

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 68/2020-T

Tema: IRC - OIC - Fundo de Investimento Especializado não residente - Retenção na Fonte - Artigo 22.º, n.º1, EBF.

DECISÃO ARBITRAL

A Signatária, **Dra. Elisabete Flora Louro Martins Cardoso**, foi designada pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) para formar o TRIBUNAL ARBITRAL SINGULAR, o qual foi constituído em **5 de agosto de 2020**.

I. Relatório

1) **A...**, Organismo de Investimento Coletivo (OIC) constituído de acordo com o direito alemão, com o número de identificação fiscal português ..., com sede em, ... *Frankfurt* ..., *Alemanha*, (**doravante, Requerente**), representado por B... GMBH, na qualidade de sociedade gestora, com sede na mesma morada, veio, nos termos e para efeitos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 2.º e dos artigos 10.º e seguintes, todos do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (**doravante, RJAT**), em conjugação com a alínea *a*) do artigo 99.º e com a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 102.º do Código do Procedimento e Processo Tributário (CPPT), aplicável por força do disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 10.º do RJAT, requerer a constituição de Tribunal Arbitral em 04 de fevereiro de 2020, tendo em vista pedir a declaração de ilegalidade e anulação dos atos de retenção na fonte de IRC sobre dividendos pagos pela Requerente em 19 de maio de 2017, através da Guia de pagamento n.º..., relativos ao período de tributação de 2017, no valor de EUR 38 417,76 (trinta e oito mil quatrocentos e dezassete euros e setenta e seis cêntimos). É Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira (**doravante, AT ou Requerida**).

2) Em 4 de fevereiro de 2020, a Requerente apresentou pedido de pronúncia arbitral pedindo: *“(i) A anulação dos atos tributários de retenção na fonte ora sindicados por vício de violação de lei, em concreto por violação do Direito Comunitário e da CRP, e o consequente reconhecimento do direito da Requerente à restituição da quantia de EUR 38 417,76, relativa a retenções na fonte de IRC suportadas em Portugal sobre dividendos distribuídos no ano de 2017, ao abrigo do disposto nos artigos 94.º do CIRC e 22.º do EBF, tudo com as demais consequências legais; (ii) A eventual suspensão do processo até decisão por parte do TJUE em sede do pedido de reenvio prejudicial das questões prejudiciais formuladas no âmbito do processo n.º 93/2019-T, dado que, como acima referido, está em causa a mesma questão de Direito, com um substrato fáctico em tudo semelhante ao da Requerente no presente processo; (iii) Subsidiariamente, requer-se o reenvio prejudicial para o TJUE do presente processo quanto à questão relativa à incompatibilidade do artigo 22.º do EBF com o Direito da União Europeia, ao abrigo do disposto no artigo 267.º do Tratado; e (iv) Com a procedência dos pedidos formulados supra, a condenação da AT no pagamento das custas de arbitragem”*.

3) O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Senhor Presidente do CAAD em 5 de fevereiro de 2020 e automaticamente notificado à AT.

4) Nos termos do disposto na alínea *a)* do n.º 2 do artigo 6.º e da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT, o Conselho Deontológico designou a signatária como árbitro em 6 de julho de 2020, e a signatária comunicou a aceitação no prazo aplicável.

5) As partes devidamente notificadas dessa designação não manifestaram vontade de recusar a designação do árbitro, nos termos conjugados do artigo 11.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)* do RJAT, e dos artigos 6.º e 7.º do Código Deontológico.

6) Assim, em conformidade com o preceituado na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT, na redação introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro, o Tribunal Arbitral Singular foi constituído em **5 de agosto de 2020**.

7) No pedido de pronúncia arbitral, a Requerente defende que Portugal ao sujeitar, à data dos factos tributários em análise (2017), a retenção na fonte em IRC — à taxa de 25% (artigos 94.º n.º 1 alínea c), 94.º n.º 3 alínea b), 94.º n.º 4, e 87.º n.º 4 do CIRC) — os dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal aos Organismos de Investimento Coletivo estabelecidos em Estados Membros da União Europeia (*in casu* a Alemanha), simultaneamente isentando de tributação a distribuição de dividendos a Organismos de Investimento Coletivo estabelecidos e domiciliados em Portugal (artigo 22.º do EBF), Portugal viola, de forma frontal, o artigo 63.º do Tratado para o Funcionamento da União Europeia (TFUE), conforme tem sido entendimento unânime do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Para fundamentar a sua posição, a Requerente recorre ao entendimento assumido por jurisprudência do TJUE.

8) Notificada para o efeito, a Requerida apresentou Resposta e apresentou o processo administrativo em 26 de setembro de 2020, pugnando pela improcedência do pedido de pronúncia arbitral com os seguintes argumentos: **(i)** os regimes fiscais aplicáveis aos OIC constituídos ao abrigo da legislação nacional, e dos OIC constituídos e estabelecidos na Alemanha não são genericamente comparáveis; e **(ii)** a AT encontra-se subordinada ao princípio da legalidade, pelo que não poderia, na apreciação da reclamação graciosa interposta pela Requerente, aplicar de forma direta e automática as decisões do TJUE proferidas sobre casos concretos que não relevam do direito nacional, para mais não estando em causa situações materialmente idênticas, e em que a aplicação correta do direito comunitário não se revela tão evidente (Ato Claro) que não deixe margem para qualquer dúvida razoável quanto ao modo como deve ser resolvida a questão suscitada.

9) A reunião do artigo 18.º do RJAT foi dispensada por despacho de 8 de outubro de 2020, o qual tem o seguinte teor: “*Tendo em consideração que: (a) não está requerida a produção de prova testemunhal; (b) não existe matéria de exceção sobre a qual as partes careçam de se pronunciar; (c) no processo arbitral vigoram os princípios processuais gerais da economia processual e da proibição da prática de actos inúteis; (1) Ao abrigo do disposto nas als. c) e e) do art.º 16.º, e n.º 2 do art.º 29.º, ambos do RJAT: (1.1) Dispensa-se a realização da reunião*

a que alude o art.º 18.º do RJAT; (1.2) Faculta-se às partes a possibilidade de, querendo, apresentarem, alegações escritas, podendo a Requerente fazê-lo no prazo de 10 dias, contados da notificação do presente despacho, e a AT no mesmo prazo, contado da notificação das alegações da Requerente, ou da falta de apresentação das mesmas. (1.3) A decisão final será proferida até ao termo do prazo fixado no art.º 21.º/1 do RJAT (até dia 5 de fevereiro de 2021), devendo a Requerente, até 10 dias antes do termo de tal prazo, proceder ao depósito da taxa arbitral subsequente. (2) Notifica-se a Requerente para no prazo de 10 dias, juntar os documentos protestados juntar”.

10) Uma vez notificada do referido despacho: (i) em 16 de outubro de 2020 a Requerente veio apresentar alegações; e (ii) em 23 de outubro de 2020 a Requerente veio aos autos juntar os documentos traduzidos que protestou juntar.

II. Saneamento

O tribunal arbitral foi regularmente constituído, à face do preceituado nos artigos 2.º n.º 1 alínea a), e 10.º n.º 1, do RJAT, e é competente.

As partes estão devidamente representadas, gozam de personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas, e estão representadas (artigo 4.º e artigo 10.º n.º 2 do RJAT, e artigo 1.º da Portaria n.º 112-A/2011 de 22 de março).

O processo não enferma de nulidades.

Não foi suscitada matéria de exceção.

Nada impede, portanto, a apreciação do pedido.

III. Matéria de facto

III.1 Factos provados

A) A Requerente é um uma pessoa coletiva de direito alemão, mais concretamente um Organismo de Investimento Coletivo (OIC) constituído sob a forma contratual com residência fiscal na Alemanha;

B) A Requerente é gerida por uma entidade gestora de fundos de investimento, a B... GmbH, entidade igualmente com sede na Alemanha;

C) A Requerente é um fundo independente, aberto, autónomo, que tem por base um compromisso contratual entre a entidade gestora B... GmbH, os seus investidores e o banco responsável pela custódia dos valores mobiliários (banco depositário do Fundo), e o objeto do fundo de investimento prende-se exclusivamente com a administração, gestão e com o investimento do seu património;

D) Por não se tratar de um OIC sob a forma societária (sociedade de investimento), mas antes meramente contratual (fundo de investimento), a Requerente não reveste juridicamente a forma de sociedade comercial, não estando, nos termos da legislação alemã aplicável, sujeita a qualquer obrigação de registo no Registo Comercial alemão e, como tal, não pode ser titular de direitos ou obrigações (cfr. memorando descritivo do regime legal a que está sujeita a Requerente, preparado pela C... mbH na qualidade de *legal advisers* da Requerente na Alemanha, que a Requerente juntou como Doc. 4);

E) A Requerente e a respetiva entidade gestora são entidades sujeitas a supervisão do Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (“BaFin”), entidade federal responsável pela supervisão do setor financeiro na Alemanha;

F) Do ponto de vista tributário, a Requerente é uma entidade residente fiscal na Alemanha, sujeita a imposto sobre as pessoas coletivas no seu país de residência, tendo-lhe sido todavia concedida uma isenção (nos termos da **Secção 1 parágrafo 1 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Sociedades Alemão – “German Corporate Income Tax Act” – e da secção 11 parágrafo 1, 2 do Código Fiscal de Investimento Alemão – “German Investment Tax Act”**), o que a impossibilita de recuperar a título de crédito por dupla tributação internacional ou formular qualquer pedido de reembolso, os impostos suportados ou pagos no estrangeiro;

G) A Requerente detém diversos investimentos financeiros em Portugal, consubstanciados na detenção de participações sociais em sociedades residentes, para efeitos fiscais, em Portugal;

H) No ano de 2017, a Requerente era detentora de lotes de participações sociais na seguinte sociedade residente em Portugal: **D..., S.A. Acções ao Portador (320.148)**;

I) A entidade responsável pela custódia dos títulos detidos em Portugal era a E... AG.;

J) A Requerente, no ano de 2017, na qualidade de acionista de sociedades residentes em Portugal, recebeu dividendos sujeitos a tributação em Portugal, por se tratar do Estado da fonte de obtenção dos mesmos;

K) Os dividendos recebidos no decorrer do ano de 2017 foram sujeitos a tributação em Portugal por retenção na fonte liberatória, à taxa de 25% prevista no artigo 87.º, número 4, alínea c) do Código do IRC (CIRC);

L) No ano de 2017, a Requerente recebeu dividendos e suportou em Portugal imposto por retenção na fonte no montante a seguir discriminado:

Ano da Retenção	Valor Bruto do Dividendo	Data de Pagamento	Taxa de Retenção na Fonte	Número da guia de pagamento de imposto	Valor da retenção
2017	153.671,04	19.05.2017	25	...	38.417,76

M) O quadro referido no ponto acima permite discriminar, relativamente ao ano de 2017, (i) os lotes de ações detidos pela Requerente, (ii) os montantes brutos dos dividendos recebidos, (iii) o imposto suportado por retenção na fonte e a data de pagamento dos referidos rendimentos, e (iv) o número da guia de pagamento através do qual o imposto foi retido na fonte e foi entregue junto dos cofres da AT em Portugal (quadro este que não foi impugnado pela Requerida na sua Resposta);

N) A Requerente suportou em Portugal, no ano de 2017, a quantia total de imposto de EUR 38 417,76, a qual constitui objeto do presente pedido de pronúncia arbitral;

O) Em 28.12.2018, a Requerente apresentou, ao abrigo dos artigos 98.º e 137.º do CIRC, 132.º do CPPT, e 22.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), reclamação graciosa dos atos de retenção na fonte de IRC relativos ao ano de 2017, na qual solicitou a anulação dos mesmos por vício de ilegalidade por violação direta do Direito Comunitário, bem como o reconhecimento do seu direito à restituição do imposto indevidamente suportado em Portugal – processo que correu termos na Direção de Finanças de Lisboa sob o n.º REC .../19;

P) Em 05.11.2019 (carta registada de 04.11), a Requerente foi notificada da decisão final de indeferimento da Reclamação Graciosa, com os fundamentos melhor descritos na referida decisão que se encontra no processo administrativo;

III.2 Factos não provados

Não existe outra factualidade alegada que não tenha sido considerada provada e que seja relevante para a composição da lide.

III.3 Fundamentação da matéria de facto

Relativamente à matéria de facto, o Tribunal não tem que se pronunciar sobre tudo o que foi alegado pelas partes, cabendo-lhe, sim, o dever de selecionar os factos que importam para a decisão e discriminar a matéria provada da não provada (conforme artigo 123.º n.º 2 do CPPT, e artigo 607.º n.º 3 do Código de Processo Civil (CPC), aplicáveis *ex vi* artigo 29.º n.º 1 alíneas *a*) e *e*), do RJAT). Deste modo, os factos pertinentes para o julgamento da causa são selecionados em função da sua relevância jurídica, a qual é estabelecida em atenção às várias soluções plausíveis das questões de direito (conforme anterior artigo 511.º n.º 1 do CPC, correspondente ao atual artigo 596.º, aplicável *ex vi* do artigo 29.º n.º 1 alínea *e*) do RJAT).

Os factos foram dados como provados com base nos documentos juntos com o pedido de pronúncia arbitral e no processo administrativo, não havendo controvérsia sobre eles.

Para tentar por em causa a comparabilidade do regime fiscal Alemão e o regime fiscal Português, a Requerida (i) alega no ponto 31 da Resposta que “não está demonstrado

cabalmente que, embora a Requerente não consiga recuperar o imposto retido na fonte (Portugal) no seu estado de residência (Alemanha), devido ao seu estatuto de entidade isenta de tributação”, e (ii) faz ao longo da sua Resposta considerações genéricas sobre a forma como, os Fundos de Investimento constituídos na legislação Alemã, “geralmente eram tratados”. Contudo, a verdade é que, conforme melhor será analisado adiante, estamos perante uma **questão de direito** e não de matéria de facto que coubesse à Requerente fazer prova.

Ademais, embora faça considerações genéricas sobre o regime fiscal Alemão, a Requerida não impugna expressamente o alegado pela Requerente (artigo 13.º da PI) de que foi: *“concedida uma isenção (nos termos da Secção 1 parágrafo 1 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Sociedades Alemão – “German Corporate Income Tax Act” – e da secção 11 parágrafo 1, 2 do Código Fiscal de Investimento Alemão – “German Investment Tax Act”), o que o impossibilita de recuperar a título de crédito por dupla tributação internacional ou formular qualquer pedido de reembolso, os impostos suportados ou pagos no estrangeiro”*.

IV. Apreciação Jurídica

IV.1 Questão de Fundo

A questão em causa nos presentes autos é a seguinte: a conformidade do artigo 22.º n.º 1 do EBF com o Direito Comunitário — especificamente, no que respeita ao regime de tributação da distribuição de dividendos — na medida em que este regime do artigo 22.º do EBF é aplicável apenas aos OIC (fundos de investimento mobiliário, fundos de investimento imobiliário, sociedades de investimento mobiliário e sociedades de investimento imobiliário), que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional — ficando de fora da aplicação deste regime, os OIC que se constituam e operem na Alemanha ou em outros Estados Membros da União Europeia.

Esta questão já foi apreciada amplamente pela jurisprudência nacional, designadamente já foi apreciada pela Signatária em Tribunal Coletivo presidido pela Conselheira Fernanda Maçãs,

na Decisão Arbitral proferida em 11 de janeiro de 2021, no processo nº 922/2019-T¹, numa situação idêntica à dos autos, apenas com a diferença de o OIC em causa na referida Decisão Arbitral ser residente fiscal no Grão-Ducado do Luxemburgo.

Sendo a uniformidade na aplicação do direito um valor em si mesmo, o facto de a questão jurídica em causa ser a mesma — bem como a semelhança da situação de facto e dos argumentos expostos nas peças processuais na Decisão Arbitral de 11 de janeiro de 2021, (proferida no processo nº 922/2019-T), e na situação em causa nos autos — determina que **é adequada a reiteração da argumentação adotada pelo Tribunal Arbitral que decidiu o Proc. nº 922/2019-T**, pelo que, na fundamentação da presente Decisão, remetemos para o teor da Decisão Arbitral de 11 de janeiro de 2021 (proferida no processo nº 922/2019-T), a qual reproduzimos:

“3.2. A questão decidenda e a sua resolução na jurisprudência

O que está em causa é saber se é admissível, para efeito de tributação de dividendos e retenção na fonte em IRC, a existência de uma diferença de tratamento entre organismos de investimento colectivo residentes e não residentes em Portugal.

Caso se entenda admissível tal diferenciação de regime, importará então saber se há de facto um tratamento mais favorável dispensado às entidades residentes em sede de IRC (tendo sido invocadas duas linhas argumentativas diferentes para o recusar: a de tal ilusão resultar de não se ter em conta a totalidade do regime fiscal a que estão sujeitos os organismos de investimento colectivo residentes; e a de tal resultar de se desconsiderar que os organismos de investimento colectivo não residentes, ou os seus beneficiários, podem recuperar o valor do imposto retido).

Antes de se ponderarem essas questões, porém, e uma vez que o parâmetro invocado para a aferição da legislação nacional é o direito da União Europeia, é preciso aclarar a questão prévia de saber se podem os Tribunais desaplicar normas regularmente aprovadas pelo legislador interno porque elas chocam com normas ou princípios de direito da União.

¹ Ainda não transitado em julgado.

Esta questão tem sido resolvida em sentido positivo designadamente nos Processos n.ºs 194/2019-T e 926/2019-T, que se debruçaram sobre questão idêntica ao caso em análise.

3.2.1. O dever de os Tribunais apreciarem a compatibilidade do direito nacional com o direito da União Europeia

Como se notou na decisão do Proc. n.º 194/2019-T, ainda que a AT esteja limitada na sua capacidade de actuar em conformidade com o direito da União Europeia quando isso implique afastamento da legislação interna – como a própria invoca nos presentes autos –, tal limitação não se estende aos tribunais que, tal como se escreveu nessa decisão, estão vinculados ao disposto no artigo 204.º da CRP («nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados») e, portanto, estão sujeitos também ao preceituado no seu artigo 8.º, n.º 4 (que estabelece que «as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático»).

Quer dizer que cabe aos Tribunais aferir da compatibilidade do seu direito nacional com o direito da União, até também pela obrigação de a última instância decisional de cada Estado-Membro estar obrigada a suscitar perante o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) uma apreciação, prévia à decisão, do sentido do direito da União quando tal sentido não esteja jurisdicionalmente estabelecido, ou não seja claro. (Como resulta do artigo 267.º do TFUE – «O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. / Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. / Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.» – e do parágrafo 6 das Recomendações à

atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais (2016/C 439/01) – «Quando for suscitada uma questão no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão jurisdicional é no entanto obrigado a submeter um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça (v. artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE), exceto quando já existir uma jurisprudência bem assente na matéria ou quando a forma correta de interpretar a regra de direito em causa não dê origem a nenhuma dúvida razoável.»).

O facto de nenhuma das partes ter, no caso dos autos, suscitado a questão do reenvio é indiferente: como se escreve no parágrafo 3 das referidas Recomendações, «A competência do Tribunal de Justiça para se pronunciar, a título prejudicial, sobre a interpretação ou a validade do direito da União é exercida por iniciativa exclusiva dos órgãos jurisdicionais nacionais, independentemente de as partes no processo principal terem ou não exprimido a intenção de submeterem uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça.»

Assim, tendo em conta a jurisprudência nacional e do TJUE sobre esta matéria (a que adiante se fará referência), entende-se não ser de suscitar uma questão prévia quanto à conformidade do direito nacional com o direito da União, mas fica claro que o que a AT não pode fazer (desaplicar o direito nacional) é uma obrigação dos tribunais quando tal direito seja incompatível com a primazia do direito da União.

3.2.3. A jurisprudência do CAAD sobre a incompatibilidade do disposto no artigo 22.º do EBF com o direito da União Europeia

Numa decisão do CAAD de 19 de Outubro de 2020 – que a Requerente solicitou que fosse junta aos autos –, em que um fundo de investimento especializado constituído à luz da legislação luxemburguesa impugnava os montantes de retenção na fonte de IRC decorrentes da distribuição de dividendos por empresas residentes em território nacional referentes ao ano de 2017, e em que argumentos utilizados em ambos os pedidos de pronúncia arbitral foram iguais – até na sua formulação literal (como resulta da sua transcrição feita nessa decisão) –, foi a pretensão da então Requerente deferida.

Tendo a Requerente nos presentes autos sido a mesma desse outro processo, isso torna os dois casos idênticos e especialmente adequada a reiteração da argumentação adoptada pelo Tribunal Arbitral que decidiu o Proc. n.º 926/2019-T, já que a uniformidade na aplicação do direito é um valor em si. O que também nesses autos já fora entendido, ao seguir-se de perto uma anterior decisão sobre a mesma matéria – de resto conforme com a jurisprudência estabilizada do STA e do TJUE.

Na decisão do referido Proc. n.º 926/2019-T escreveu-se o seguinte²:

«A Requerente, sendo uma entidade de direito luxemburguês, é, em comparação com as figuras jurídicas de direito português, o que se designa como organismo de investimento coletivo (OIC) sob forma societária (artigos 5.º, 6.º, n.º 3, 11.º, 49.º e seguintes da Lei n.º 16/2015, de 24 de fevereiro, que aprovou o Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo.

Face à similitude da questão de fundo que se discute neste processo, em relação à que subjaz no processo CAAD n.º 194/2019-T, este TAC, adere ao que aí se refere (...):

(...)

«3.2.2. Interpretação do artigo 22.º, n.º 1, do EBF

O artigo 22.º do EBF estabelece um regime consideravelmente mais favorável que o regime geral de tributação em IRC, pois, nos termos do seu n.º 3, «para efeitos do apuramento do lucro tributável, não são considerados os rendimentos referidos nos artigos 5.º, 8.º e 10.º do Código do IRS, exceto quando tais rendimentos provenham de entidades com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada em portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, os gastos ligados àqueles rendimentos ou previstos no artigo 23.º-A do Código do IRC, bem como os rendimentos, incluindo os descontos, e gastos relativos a comissões de gestão e outras comissões que

² Tendo em conta que há citações dentro de citações, mantêm-se os itálicos do original.

revertam para as entidades referidas no n.º 1» e isenção de derramas estadual e municipal (n.º 6).

O n.º 1 do artigo 22.º do EBF estabelece que «são tributados em IRC, nos termos previstos neste artigo, os fundos de investimento mobiliário, fundos de investimento imobiliário, sociedades de investimento mobiliário e sociedades de investimento imobiliário que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional», pelo que exclui do âmbito do regime aí previsto as sociedades como a Requerente, que não foram constituídas de acordo a legislação nacional, mesmo que operem de acordo com a legislação nacional, como sucede com a Requerente”.

Tal como refere a Requerente nos artigos 53º a 55º do PPA (e a Requerida não refere que assim não seja): “... um OIC constituído e a operar de acordo com a legislação portuguesa beneficia da isenção de tributação relativamente aos dividendos recebidos, bem como da dispensa de retenção na fonte sobre os mesmos, em condições substancialmente mais favoráveis do que os OIC não residentes beneficiários do mesmo tipo de rendimentos de fonte nacional.

“De facto, sendo uma sociedade residente para efeitos fiscais no Grão-Ducado do Luxemburgo, a Requerente foi sujeita a retenção na fonte em Portugal relativamente aos rendimentos que lhe foram distribuídos por uma entidade residente para efeitos fiscais em Portugal, em face do disposto no artigo 87.º, n.º 4, do Código do IRC, ex vi artigo 94.º, n.º 5, do mesmo diploma e, bem assim, em resultado de uma interpretação a contrário sensu do n.º 1 do artigo 22.º do EBF”.

“Situação diferente se verificaria caso a Requerente fosse residente para efeitos fiscais em Portugal, caso em que os dividendos recebidos seriam excluídos de tributação na sua esfera, inclusivamente beneficiando de uma dispensa de retenção na fonte”.

Mais se expressa no processo CAAD nº 194/2019-T:

(...)

**3.2.3.1. Violação da proibição de restrições à circulação de capitais
(artigo 63.º do TFUE)**

Afigura-se que há jurisprudência do TJUE que esclarece a aplicação do artigo 63.º do TFUE.

Refere-se no acórdão do TJUE de 10-04-2014, proferido no processo n.º C-190/12:

38 Importa recordar, antes de mais, que, embora a fiscalidade direta seja da competência dos Estados Membros, estes devem, todavia, exercer essa competência no respeito do direito da União (acórdão de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o., C 338/11 a C 347/11, n.º 14 e jurisprudência referida).

39 A este respeito, resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que as medidas proibidas pelo artigo 63.º, n.º 1, TFUE, enquanto restrições aos movimentos de capitais, incluem as que são de molde a dissuadir os não residentes de investirem num Estado Membro ou a dissuadir os residentes desse Estado Membro de investirem noutros Estados (acórdãos de 18 de dezembro de 2007, A, C-101/05, Colet., p. I-11531, n.º 40; de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen, C-436/08 e C-437/08, Colet., p. I-305, n.º 50; e Santander Asset Management SGIIC e o., já referido, n.º 15).

40 No caso vertente, a isenção fiscal prevista pela legislação fiscal nacional em causa no processo principal era concedida unicamente aos fundos de investimento que exerciam a sua atividade em conformidade com a Lei sobre os fundos de investimento.

41 Resulta igualmente da decisão de reenvio que, nos termos da legislação nacional em causa no processo principal, os fundos de investimento só beneficiam da isenção na condição de a sua sede se

situar em território polaco. Por conseguinte, os dividendos pagos a fundos de investimento não residentes não podiam beneficiar, apenas devido ao local de estabelecimento desses fundos, da isenção da retenção na fonte, mesmo que esses dividendos pudessem eventualmente ser objeto de uma redução da taxa de tributação ao abrigo de uma convenção preventiva da dupla tributação.

42 Ora, uma tal diferença de tratamento fiscal dos dividendos entre os fundos de investimento residentes e os fundos de investimento não residentes é suscetível de dissuadir, por um lado, os fundos de investimento estabelecidos num país terceiro de adquirirem participações em sociedades estabelecidas na Polónia e, por outro, os investidores que residem nesse Estado Membro de adquirirem participações em fundos de investimento não residentes (v., neste sentido, acórdão Santander Asset Management SGIIC e o., já referido, n.º 17).

43 Daqui resulta que uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal é de molde a conduzir a uma restrição à livre circulação de capitais proibida, em princípio, pelo artigo 63.º TFUE.

Afigura-se ser claro que à situação que se depara nestes autos se aplica, por paridade ou mesmo maioria de razão, esta jurisprudência do TJUE, pois, à face do artigo 22.º, n.º 1, do EBF, o benefício fiscal não se aplica à Requerente exclusivamente por a sua constituição não ter sido feita segundo a legislação nacional.

Na verdade, as sociedades constituídas noutro Estado Membro serão tendencialmente não residentes em Portugal (como sucede no caso em apreço), pelo que este artigo 22.º, n.º 1, impondo-lhes um regime de tributação consideravelmente mais gravoso do que o aplicável às sociedades constituídas segundo a legislação nacional, tem potencialidade para «dissuadir os não residentes de investirem num

Estado Membro», desde logo porque tem de enfrentar a concorrência das de sociedades que usufruem do benefício fiscal, ficam em melhores condições para comercialização os seus produtos de investimento.

É certo que, como diz a Autoridade Tributária e Aduaneira, «a alínea a) do n. 1 do Art.º 65.º do TFUE, permite que os Estados-membros apliquem "(...) as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido", tendo em conta a sua soberania fiscal, desde que, verificado o n.º 3 da mencionada disposição legal».

Mas, como se refere no n.º 3 deste artigo 65.º, «as medidas e procedimentos a que se referem os n.ºs 1 e 2 não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º».

Neste caso, está-se perante uma discriminação arbitrária, pois não se vislumbra qualquer fundamento para a fazer, ... como resulta da posição assumida no presente processo pela Autoridade Tributária e Aduaneira, em que não é aventada qualquer justificação para a diferença de tratamento”.

Com efeito, o argumento de que a referência à aplicação aos OIC nacionais (sujeitos ao regime do artigo 22º do EBF) da tributação em Imposto do Selo da verba 29º da TGIS, porquanto a própria norma de incidência visa apenas aqueles OIC que “exclusivamente invistam em instrumentos de mercado monetário e depósitos”, o que não tem a ver com o investimento em acções de empresas portuguesas (valores mobiliários).

Mais refere a decisão CAAD nº 194/2019-T:

“Por outro lado, se é certo que, como diz a Autoridade Tributária e Aduaneira, «o tratamento fiscal diferenciado de residentes e não residentes não é discriminatório, desde que uns e outros se encontrem

em situações diferentes (...)", também o é que no caso presente, actuando a Requerente segundo a legislação nacional, encontra-se, quanto à sua actividade geradora de tributação em IRC, em situação idêntica à das sociedades constituídas segundo o direito nacional.

Como entendeu o Supremo Tribunal Administrativo no acórdão de 08-02-2017, proferido no processo n.º 0678/16, «para que uma regulamentação fiscal possa ser considerada compatível com as disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais, é necessário que a diferença de tratamento diga respeito a situações não comparáveis objectivamente ou se justifique por razões imperiosas de interesse geral», se «aquela restrição, substanciada em maior tributação de entidade não residente, não pode ser neutralizada, em concreto, por via da Convenção celebrada entre os Estados para evitar a dupla tributação».

Neste caso, não há qualquer norma da Convenção entre a República Portuguesa e o Grão-Ducado do Luxemburgo para Evitar as Duplas Tributações e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento e o Património (aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2000 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 29/2000 e publicada no Diário da República I-A, n.º 149, de 30/06/2000, modificada pelo Protocolo e Protocolo Adicional, assinados no Luxemburgo em 7 de Setembro de 2010 e aprovados pela Resolução da Assembleia da República n.º 45/2012 - DR I, n.º 73, de 12/04/2012)

Termina-se na decisão CAAD n.º 194/2019-T:

“Pelo exposto, afigura-se ser claro e resulta de precedentes na jurisprudência europeia a interpretação dos artigos 63.º e 65.º do TFUE, pelo que não se justifica o reenvio prejudicial sobre esta questão.

De harmonia com o exposto, declara-se ilegal o artigo 22.º, n.º 1, do EBF na parte em que limita o regime nele previsto a sociedades constituídas segundo a legislação nacional, excluindo das sociedades

constituídas segundo legislações de Estados Membros da União Europeia”.

Assim, tal como se concluiu no Processo CAAD n.º 194/2019-T, também aqui se terá que concluir, no sentido de que a liquidação ora impugnada, enferma de vício de violação de lei, que justifica a sua anulação, de harmonia, com o disposto no artigo 163.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo subsidiariamente aplicável nos termos do artigo 2.º, alínea c), da LGT.»

*

Não foi apenas nos referidos Procs. 194/2019-T e 926/2019-T que a jurisprudência do CAAD tomou posição neste sentido (permanecendo isolada a decisão, em sentido inverso – ainda que com base no regime de transparência fiscal da entidade aí requerente – tomada no Proc. n.º 96/2019-T). Também no Proc. n.º 90/2019-T se decidiu que o regime do artigo 22.º do EBF era contrário ao disposto no direito da União, abordando-se cuidadosamente a comparabilidade das situações de organismos de investimento colectivo que são sujeitos a diferentes exigências fiscais em diferentes jurisdições, referindo-se então, designadamente, o seguinte:

«35. Consagrada no artigo 63.º do TFUE, a liberdade de circulação de capitais estabelece uma íntima relação com as demais liberdades fundamentais, a saber, de circulação de pessoas, de estabelecimento e de prestação de serviços, diferenciando-se delas na medida em que se [...] estende a terceiros Estados. A liberdade de circulação de capitais implica a proibição de discriminação entre capitais do Estado-Membro e capitais provenientes de fora. Os Estados-Membros podem regular em alguma medida a circulação de capitais, mas não podem discriminar. Quando se trata de densificar conceitualmente o âmbito normativo da liberdade de circulação de capitais observa-se a inexistência de uma definição deste conceito. Por este motivo, o TJUE tem sucessivamente acolhido e sublinhado o valor enumerativo e indicativo, mas não exaustivo, da Diretiva n.º 88/361/CEE, incluindo o respetivo Anexo I, nomeadamente o número IV, onde se subsumem ao conceito uma vasta constelação de operações e transações transfronteiriças sobre certificados de participação em organismos de

investimento coletivo, em que se incluem as relevantes in caso³. Com efeito, a distribuição de dividendos efetuada por sociedades residentes em Portugal ao ora requerente é passível de ser qualificada como movimento de capital na aceção do artigo 63.º do TFUE e da própria Diretiva 88/361/CEE, de 24 de junho de 1988.

36. Devem ser salientados, porque se revestem de grande relevância hermenêutica e metódica, pelo menos quatro aspetos fundamentais de regime jurídico. O primeiro diz respeito à aplicabilidade direta do artigo 63.º TFUE e da inerente proibição de restrições injustificadas da liberdade de circulação de capitais. O segundo refere-se ao facto de as liberdades fundamentais do mercado interno terem como principais destinatários os Estados-Membros, que devem abster-se de adotar medidas legislativas, administrativas e jurisdicionais de restrição das mesmas. O terceiro aspeto prende-se com a relação de complementaridade – e por vezes de sobreposição – que a liberdade de circulação de capitais estabelece com as liberdades de circulação de mercadorias e de pessoas, a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços. O quarto aspeto tem que ver com o reforço progressivo da importância da liberdade de circulação de capitais no mercado interno, especialmente a partir da criação da União Económica e Monetária (UEM)⁴. Um dos principais objetivos da UEM consiste, precisamente, em facilitar a livre transferência de capital entre os Estados-Membros no quadro do mercado interno e das relações económicas e financeiras com Estados terceiros. A criação de um mercado interno supõe, por definição, a gradual e efetiva abolição dos diferentes mercados nacionais, em favor de um único mercado interno, de forma a potenciar o crescimento económico à escala europeia através da mais fácil disponibilização de capital.

Âmbito normativo e tributação

37. O âmbito normativo da liberdade de circulação de capitais do artigo 63.º do TFUE abrange vários domínios (v.g. movimento físico da moeda; investimento em

³ (Nota 5 no original) C-222/97. Trummer, 16.03.1999; C-302/97, Klaus Konle, 01-06-1999. Acórdão Arbitral do CAAD, Proc. n.º 22/2013 - T, 12.09.2013.

⁴ (Nota 6 no original) Andreas Haratsch, Christian Koenig, Matthias Pechstein, Europarecht, 9 ed., Tübingen, 2014, 516 ss.

propriedade imobiliária e títulos de crédito), sendo um deles, justamente, o do tratamento fiscal dos movimentos de capitais, que cai sob alçada da respetiva aplicabilidade direta⁵. Embora a fiscalidade direta seja da competência dos Estados-Membros, a mesma deve ser exercida no respeito do direito da União Europeia, sem de qualquer discriminação em razão da nacionalidade ou da residência.

38. O problema específico do tratamento fiscal da distribuição de dividendos tem ocupado um lugar central na jurisprudência europeia, incluindo não apenas o TJUE, mas também o Tribunal EFTA⁶. Tanto este último órgão, no caso Focus Bank⁷, como o TJUE, em casos como ACT GLO⁸, Denkavit⁹, Amurta¹⁰, Truck Center¹¹,

⁵ (Nota 7 no original) Walter Frenz, Handbuch Europarecht, 1 Europäische Grundfreiheiten, Berlin, 2014, 1034 ss.

⁶ (Nota 8 no original) Cfr., sobre esta matéria, Christiana Hji Panayi, European Union Corporate Tax Law, Cambridge, 2013, 253 ss.

⁷ (Nota 9 no original) Case E – 1/04, Focus Bank ASA v. The Norwegian State, 23.11.2004, sobre dividendos pagos por uma empresa norueguesa a acionistas residentes e não residentes na Noruega, beneficiando os primeiros (e não os segundos) de um crédito de imposto sobre a retenção feita na empresa.

⁸ (Nota 10 no original) C-374/04 - Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, 12.12.2006, sobre o tratamento diferenciado de dividendos pagos por sociedades britânicas a sociedades mãe residentes ou não residentes no Reino Unido, sofrendo as mesmas uma desvantagem no fluxo de caixa, considerando-se que quando o Reino Unido exerce a sua jurisdição fiscal sobre rendimento obtido na fonte deve fazê-lo de forma a garantir a igualdade de tratamento em matéria de crédito de imposto relativamente a residentes e não residentes, considerando-se que uns e outros estão em situação comparável.

⁹ (Nota 11 no original) C-170/05, Denkavit, 14.12.2006, relativamente à retenção de imposto, pela França, sobre dividendos pagos por filiais residentes a sociedades mães não residentes, ficando os dividendos pagos a sociedades mães residentes quase isentos de impostos, tendo o TJUE estabelecido que a partir do momento em que a França, unilateralmente ou mediante tratado, decide impor uma retenção sobre pagamentos a não residentes, os mesmos ficam colocados em situação comparável aos residentes.

¹⁰ (Nota 12 no original) C-379/05, Amurta SGPS, 08.11.2007, relativamente retenção de imposto de 25%, pela Holanda, sobre dividendos pagos a sociedades mães não residentes, sendo os dividendos pagos a residentes isentos de imposto, considerando-se que ambos estão em situação comparável, devendo qualquer mitigação da dupla tributação ser abranger residentes e não residentes.

¹¹ (Nota 13 no original) C-282/07, Belgian State - SPF Finances v Truck Center SA., 22.12.2008, relativamente à retenção de imposto sobre pagamentos de juros ao exterior, tendo o Tribunal considerado que residentes e não residentes não estavam em situação comparável, na medida em que quando a sociedade distribuidora de juros e a sociedade beneficiária desses juros residem na Finlândia, esta atua na sua qualidade de Estado da residência, ao passo que quando uma sociedade residente nesse Estado paga juros a uma sociedade não residente, a Finlândia atua na sua qualidade de Estado de origem dos juros.

Aberdeen Property¹², Comissão v. Países Baixos¹³, Comissão v. Portugal¹⁴, Santander Asset Management¹⁵ e Sofina SA¹⁶, para citar apenas alguns dos mais relevantes exemplos, pese embora algumas diferenças factuais e jurídicas nas respetivas decisões, apontam globalmente no sentido de dever considerar-se que o tratamento fiscal diferenciado de residentes e não residentes – v.g. imputando aos investidores residentes um crédito de imposto e sujeitando as entidades não residentes a retenção de imposto sem imputação; retendo imposto sobre dividendos pagos a não residentes e não retendo no caso de dividendos pagos a residentes – configurar, em princípio, uma violação da liberdade de circulação de capitais e nalguns casos também da liberdade de estabelecimento, pondo em causa o funcionamento do mercado interno.

39. Embora não estejam sempre numa situação comparável, residentes e não residentes são colocados nessa posição a partir do momento em que o Estado-Membro que se considere, unilateralmente ou por convenção, opte por tributar os acionistas não residentes de maneira menos favorável que os residentes, relativamente aos dividendos que uns e outros recebam de sociedades residentes. Especialmente relevante, em sede

¹² (Nota 14 no original) C-282/07, Aberdeen Property Fininvest Alpha, 18.06.2009, sustentando que a diferença de tratamento fiscal dos dividendos entre as sociedades-mãe, em função do local da sua sede, é suscetível de constituir uma restrição à liberdade de estabelecimento, em princípio proibida pelo TFUE, uma vez que torna menos atraente o exercício da liberdade de estabelecimento por sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros, as quais poderiam, conseqüentemente, renunciar à aquisição, à criação ou à manutenção de uma filial no Estado-Membro que aplica esta diferença de tratamento.

¹³ (Nota 15 no original) C-521/07, Comissão v. Países Baixos, 11.06.2009, a não isenção de retenção de imposto a dividendos pagos a sociedades não residentes, diferentemente do que sucedia relativamente a sociedades residentes com participações iguais ou superiores a 5% constitui uma restrição da liberdade de circulação de capitais no EEE.

¹⁴ (Nota 16 no original) C-493/09, Comissão v. Portugal, 06.10.2011, sustentando que não cumpre as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 63.º TFUE e 40.º do Acordo Espaço Económico Europeu, o Estado-Membro que reserva o benefício da isenção de imposto sobre as sociedades apenas aos fundos de pensões residentes no seu território. Esta diferença de tratamento tem por efeito dissuadir os fundos de pensões não residentes de investir em sociedades portuguesas e os aforradores residentes de investir nesses fundos de pensões.

¹⁵ (Nota 17 no original) C-338/11 a C-347/11, Santander Asset Management SGIIC SA, 10.05.2012, num caso de retenção de 25% sobre dividendos distribuídos a OIC's (valores mobiliários) não residentes, considerando que quando um Estado-Membro escolhe exercer a sua competência fiscal sobre os dividendos pagos por sociedades residentes unicamente em função do lugar de residência dos OIC beneficiários, a situação fiscal dos detentores de participações destes últimos é desprovida de pertinência para efeitos de apreciação do caráter discriminatório ou não da referida regulamentação.

¹⁶ (Nota 18 no original) C-575/17, Sofina, Rebelco e Sidro, 22.11.2018, sustentando, num caso de uma retenção na fonte de 25% sobre dividendos distribuídos a não residentes, reduzida a 15% por CDT, que uma vez que os dividendos recebidos por uma sociedade não residente são tributados aquando da sua distribuição, há que ter em conta o exercício fiscal de distribuição dos dividendos para comparar a carga fiscal que incide sobre esses dividendos e a que incide sobre os dividendos distribuídos a uma sociedade residente.

das liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais, é o facto de o tratamento fiscal menos favorável dos não residentes os dissuadir, na qualidade de acionistas, de investirem no Estado da residência das empresas distribuidoras de dividendos, e constituir, igualmente, um obstáculo à obtenção de capital no exterior por parte dessas empresas.

40. Por outro lado, a jurisprudência europeia tem insistido na noção de que um Estado-Membro não pode deixar de cumprir as suas obrigações jurídicas decorrentes das liberdades fundamentais do mercado interno por considerar que outro Estado-Membro se encarregará de compensar de alguma maneira o tratamento desfavorável gerado pela sua própria legislação¹⁷. Neste domínio vale o princípio geral de que as liberdades de circulação de capitais e de estabelecimento requerem a igualdade de tratamento fiscal dos dividendos pagos a residentes e não residentes pelo Estado-Membro anfitrião, no caso de ambos estarem sujeitos a tributação de dividendos¹⁸.

41. Quando se trata de interpretar e aplicar as liberdades fundamentais do mercado interno, prevalece o entendimento, amplamente sufragado pelo TJUE, segundo o qual a liberdade é a regra e as restrições à liberdade são a exceção. Estas últimas compreendem, quer as limitações ao exercício da liberdade, quer as discriminações no exercício da liberdade. Atento o carácter excecional das restrições, devem as mesmas ser devidamente fundamentadas e objeto de interpretação restritiva. A admissibilidade de restrições à liberdade de circulação de capitais por parte dos Estados-Membros encontra-se prevista no artigo 65.º do TFUE, na senda das derrogações à liberdade de circulação de capitais já previstas na Diretiva n.º 88/361/CEE. A análise do caso concreto deve ser levada a cabo com base nas premissas normativas acima sintetizadas.

Comparabilidade das situações

42. O artigo 65.º alínea a) do TFUE prevê a possibilidade de os Estados-Membros aplicarem disposições pertinentes de direito fiscal que estabeleçam uma

¹⁷ (Nota 19 no original) *Case E – 1/04, Focus Bank ASA v. The Norwegian State*, 23.11.2004.

¹⁸ (Nota 20 no original) *Christiana Hji Panayi*, *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge, 2013, 256.

distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao lugar de residência ou ao lugar onde o capital é investido. No entanto, essa previsão deve ser atenuada pelo requisito do artigo 65.º, n.º 3, do mesmo Tratado, segundo o qual qualquer exceção não pode constituir um meio de discriminação arbitrária nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida pelo artigo 63.º. Ou seja, as restrições têm como limite a garantia da própria liberdade de circulação de capitais¹⁹. Importa, pois, para este efeito, saber se a situação dos fundos de investimento residentes e não residentes em Portugal é objetivamente comparável.

43. Recorde-se que, no caso de fundos de investimento residentes na Alemanha, o artigo 10.º da relevante CDT²⁰, permite que o imposto retido na fonte, com carácter definitivo, seja limitado à taxa de 15%. No entanto, como os fundos de investimento em causa gozam de uma isenção à luz do direito alemão, sendo considerados fiscalmente transparentes, não podem beneficiar do referido artigo. Numa primeira análise, poder-se-ia dizer que essa impossibilidade resulta do facto de gozarem de uma vantagem fiscal, a isenção, de que os seus congéneres portugueses não usufruem. Estes, beneficiam da isenção de retenção, ao mesmo tempo que estão sujeitos a dois impostos – IRC e Imposto do Selo – cujo efeito cumulativo pode, em certos casos, exceder 23% do valor bruto dos dividendos.

44. Por outro lado, o imposto retido à Requerente poderá eventualmente dar lugar a um crédito de imposto por dupla tributação internacional na esfera dos investidores individualmente considerados. Num caso e noutro, a tributação dos dividendos opera segundo modalidades diferentes, e nada indica que a carga fiscal que onera os dividendos auferidos pelos OIC abrangidos pelo artigo 22.º do EBF possa ser mais reduzida do que a que recai sobre os dividendos auferidos em Portugal pelos fundos alemães. Estas diferenças podem ser invocadas, prima facie, para sustentar que não se trata de situações comparáveis.

¹⁹ (Nota 21 no original) C-358/93, C-416/93, *Bordessa*, 23-02-1995.

²⁰ (Nota 22 no original) *Lei 12/82 de 03 de Junho*, Aviso publicado em 14.10.1982, em vigor desde 08.10.1982

45. Porém, em causa está saber se a determinação da comparabilidade da situação dos fundos residentes e não residentes em Portugal deve entrar em linha de conta com a situação fiscal em que se encontram os fundos de investimento não residentes em Portugal no respetivo Estado de residência – tendo em conta pertinente regime jurídico e as CDT's entre Portugal e esses Estados – especialmente no caso dos Estados-Membros da União Europeia ou integrantes do Espaço Económico Europeu, ou ainda levar em conta a situação concreta dos respetivos investidores²¹. Soluções normativas que obrigassem a ter em conta, para efeitos de comparação, a situação concreta dos fundos de investimento dos 28 Estados-Membros, a partir das relevantes CDT's, se os houver, ou a indagar do impacto fiscal da retenção e das medidas de mitigação da dupla tributação económica na situação fiscal de cada investidor individualmente considerado seriam extremamente complexas, mesmo numa situação em que os acionistas fossem, eles próprios, pessoas coletivas, cada qual residente numa jurisdição diferente.

46. Por outras palavras, se se quiser fazer uma determinação caso a caso para cada fundo de investimento não residente ou investidor individual, o trabalho administrativo envolvido, embora possa compensar os Estados-Membros por via de um aumento das receitas, acaba por ser, tendo em conta o grande número de investidores de alguns fundos, administrativamente impraticável. Tanto os fundos residentes em Portugal como os não residentes podem ter acionistas institucionais e individuais de todos os Estados da União Europeia e de terceiros Estados. Em causa estão, na prática, diferenças significativas de facilidade e praticabilidade administrativa.

Diferentemente, se se circunscrever a análise ao nível da situação fiscal dos fundos residentes e não residentes a quem são distribuídos dividendos, uma única determinação será suficiente.

47. Neste contexto, o que deve relevar é o impacto direto que as normas tributárias têm na atividade dos fundos e não na situação fiscal dos investidores

²¹ (Nota 23 no original) William Dickson, “Keeping More of What's Ours: Withholding Refunds and Exemptions in European Union Investments for Public Pension Funds”, 34 *Wisconsin International Law Journal*, 2016, 120 ss., 132 ss.

individualmente considerados. Estes não têm necessariamente a mesma nacionalidade dos fundos, já que hoje é extremamente fácil levar a cabo investimentos transfronteiriços, sendo que esse mesmo é um dos objetivos do mercado interno e da liberdade de circulação de capitais. O rastreamento de investidores individuais espalhados por todo o mundo e a aplicação de um conjunto diferente de regras a cada um deles, dependendo de seu país de domicílio, apresentaria uma situação impraticável para os tribunais que, no futuro, fossem chamados a analisar a conformidade da legislação fiscal nacional em causa com as liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais.

48. O fundo Requerente, residente na Alemanha, pode ter investidores estrangeiros, incluindo portugueses, e os fundos fiscalmente residentes em Portugal podem ter investidores estrangeiros, incluindo alemães. A presente ação não foi intentada pelos investidores nem os mesmos são partes nela, nem é lícito chamar à colação a posição (para efeitos fiscais) dos referidos investidores. O artigo 22.º do EBF não estabelece nenhuma ligação entre o tratamento fiscal dos dividendos de origem nacional recebidos pelos OIC —residentes ou não residentes— e a situação fiscal dos seus detentores de participações. Da mesma forma, a AT não afere da posição dos investidores em OIC estabelecidos (e residentes para efeitos fiscais) em Portugal para reconhecer a estes o regime fiscal previsto no artigo 22.º do EBF.

49. Deve, por conseguinte, considerar-se decisivo, para efeitos de comparabilidade, o facto de a lei portuguesa diferenciar expressamente, para efeitos de retenção na fonte, entre fundos de investimento residentes e não residentes – e não a situação fiscal, mais ou menos vantajosa, que os fundos não residentes possam gozar nos respetivos Estados da residência ou ainda a situação fiscal individual dos respetivos investidores. Do ponto de vista do Estado-Membro que se considere, fundos residentes e não residentes estão numa situação comparável se ambos estão sujeitos à respetiva tributação²². Como sublinhou o TJUE no caso Santander Asset Management²³, quando um Estado-Membro escolhe exercer a sua competência fiscal

(Nota 24 no original) *Christiana Hji Panayi*, *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge, 2013, 374.

²³ (Nota 25 no original) *C-338/11 a C-347/11*, *Santander Asset Management SGIIC SA*, 10.05.2012.

sobre os dividendos pagos por sociedades residentes unicamente em função do lugar de residência dos OIC beneficiários, a situação fiscal dos detentores de participações destes últimos é desprovida de pertinência para efeitos de apreciação do carácter discriminatório ou não da referida regulamentação. Também não parece a este Tribunal Arbitral ser relevante aferir do impacto fiscal que, nas mais variadas situações individuais e concretas, a sujeição da Imposto de Selo dos OIC residentes em Portugal possa produzir neste ou naquele fundo de investimento, visto tratar-se aí de um imposto sujeito a uma lógica patrimonial totalmente distinta da tributação do rendimento. O critério a ter em conta é, em primeira linha, o da letra do artigo 22.º do EBF, só depois havendo que tomar em consideração outros fatores.

50. Como se sublinhou acima, os fundos residentes e não residentes são colocados numa posição comparável a partir do momento em Portugal opta por tributar os não residentes de maneira menos favorável do que os residentes, dissuadindo aqueles, na qualidade de acionistas, de investirem das empresas residentes distribuidoras de dividendos e dificultando a obtenção de capital no exterior por parte destas mesmas empresas. Por outro lado, Portugal não pode deixar de cumprir as obrigações jurídicas decorrentes das liberdades fundamentais do mercado interno por considerar que os outros Estados-Membros se encarregarão, de alguma forma, de compensar de tratamento desfavorável gerado pela sua própria legislação²⁴.»

3.2.4. A jurisprudência do STA sobre a incompatibilidade do disposto no artigo 22.º do EBF com o direito da União Europeia

Também nos tribunais estaduais foi abordada e decidida a questão em epígrafe, nem sempre de forma uniforme, é verdade, mas actualmente estabilizada. No Acórdão do STA de 3 de Junho de 2020 (que se abona, designadamente, nos Acórdãos da sua Secção de Contencioso Tributário de “29.02.2012 processo n.º 1017/11; 28.11.2012 processo n.º 482/10; 29.05.2013

²⁴ (Nota 26 no original) *Case E – 1/04, Focus Bank ASA v. The Norwegian State, 23.11.2004.*

processo n.º 322/13; 27.11.2013 processo n.º 654/13; 18.12.2013 processo n.º 568/13; 9.04.2014 processo n.º 1318/13; 21.05.2014 processo n.º 1192/13; 12.11.2014 processo n.º 461/14; 7.10.2015 processo n.º 768/13; 31.05.2017 processo n.º 738/16” e ainda no “acórdão pronunciado em 7.10.2015 no processo n.º 768/13”) reproduziu-se, entre o mais, o seguinte trecho da sentença então recorrida, proferida em 27 de Setembro de 2017 no Tribunal Tributário de Lisboa:

«Nos termos do art.56º do Tratado que Institui a Comunidade Europeia, na versão coeva dos factos/art.63º do Tratado redominado, de instituição da União Europeia, estabelece-se uma proibição de restrição ao movimento de capitais na, ora, União Europeia, seja ela transferência no sentido chão do termo, seja no sentido da criação de óbices, alcavalas, ou mecanismos que dissuadam a sua movimentação no interior do espaço europeu, nomeadamente enquanto instrumento de investimento económico, ou até da livre circulação e estabelecimento de pessoas. É certo que nos termos do mesmo instrumento, seu art.58º n.º 1 corpo e alínea a) – hoje art.65º – essa proibição não contende com distinções de regime, mesmo se baseadas no local do estabelecimento do beneficiário ou investidor, diversos do da origem do capital, desde que para essa distinção haja um fundamento atendível em razão da própria especificidade da situação em causa, citado art.58º n.º 3.

Ora, como escarpelizado pela Impugnante, fosse ela residente em Portugal, tanto pelo lapso de tempo durante o qual vinha detendo as participações sociais cujos frutos foram objeto da tributação impugnada, como pelo montante desse seu investimento, nos termos do art. 90º n.º 1 corpo e alínea c) [e 46º n.º 1 corpo e alíneas] do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas na versão coeva, ela seria pura e simplesmente, e ex lege, isentada de tributação em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas sobre os dividendos aqui em causa.

Sucedo, porém, que ao invés desse regime para as situações localizadas unicamente no território nacional, não só o direito interno paralelamente previa a tributação desses mesmos rendimentos, se auferidos por entidades não residentes, como a Impugnante, como o fator de distinção entre os dois regimes não era outro senão o facto de o beneficiário do rendimento não ser residente. Em clara oposição, portanto,

àquele regime previsto para as situações localizadas só em Portugal, o daquele art. 90º nº 1 corpo e alínea c). Acresce que, como se tal diferenciação não bastasse, o art.14º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, pelo seu nº 3 estabelecia um regime de isenção para situações plurilocalizadas como a que aqui subjaz, contudo dependente da verificação de requisitos mais exigentes que aqueles necessários para as situações do art.90º nº 1 corpo e alínea c), para os respetivos casos de isenção, quer quanto à proporção no capital social detido na entidade situada em Portugal, geradora dos dividendos, quer quanto ao tempo de permanência na detenção dessa participação social.

Pensamos não ser necessária grande elucubração mental para aceder à conclusão de que os três regimes de tributação coexistentes no Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, coevo da tributação dos autos, se referiam sempre à tributação de rendimentos de capitais perfeitamente análogos na sua génese e frutificação – regime de isenção no plano interno, de não isenção no plano plurilocalizado e de isenção no plano plurilocalizado – e que estabeleciam as suas diferenças assentes apenas na localização em Portugal ou no estrangeiro da residência do investidor/beneficiário do rendimento, sendo que a entidade geradora, a sua fonte, era sempre residente em território nacional. E, isso, independentemente de a posteriori, no segundo e terceiro regimes, essa tributação poder vir a ser a final minorada pela operatividade própria de mecanismos para evitar a dupla tributação, ou por intervenção de instrumentos convencionais que a reduziam, como aliás ocorreu in casu.

Como se disse já, em abstrato e in linime as diferenciações não são contrárias nem ao direito interno, nem ao Direito Comunitário, desde que haja uma justificação razoável e atendível para ela. Contudo, visivelmente, esse suporte normativo não existia, pois não se enxerga, designadamente tendo presente a intervenção de mecanismos para evitar uma dupla tributação, fosse qual fosse a sua origem, qual a razão para a tributação diferenciada dos rendimentos em causa. E o fundamento que surge, rectius: a causa da diferenciação de regimes não é, senão, ser a localização do beneficiário em Portugal ou no estrangeiro, o que nos remete para um fundamento de diferenciação de

regimes que não é, de todo, aceitável, desde logo pelo Direito Comunitário quanto ao respetivo espaço de vigência, em que Portugal se insere. E não só pelo entrave e dissuasão significativos em que se constitui e que cria à livre circulação de capitais no espaço da União, como sobretudo pela arbitrariedade com que a diferenciação é criada. E não se invoque que essa diferenciação de regimes é justificada porque opera sobre tributação de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas que não é igual na sua natureza, já que no caso da retenção dos autos, ela opera a título definitivo, e o regime diverso invocado opera por retenção por conta, nos casos localizados só em Portugal. Assim é, efetivamente. Mas essa diferenciação não impede a comparabilidade de regimes, porque não só ocorre sobre rendimentos com uma génese e natureza inteiramente iguais, como sobretudo porque a diferença em apreço tem que ver não com a natureza do rendimento, ou com a sua tributação, mas apenas e só com o modo da efetivação desta. Com efeito, a retenção a título definitivo justifica-se não porque o rendimento ou o Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas no caso do não residente sejam diversos do rendimento igual e do correspondente imposto devido pelo residente, mas porque nos casos das entidades não residentes sem estabelecimento estável a tributação, em Portugal, se restringe a rendimentos obtidos no território nacional e opera tendencialmente de forma cedular, como se do único rendimento da entidade não residente se tratasse, como aliás sói ocorrer com a tributação de rendimentos de não residentes, em sede de Impostos sobre o Rendimento, arts.4º nº 1 versus nº 2 e 51º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas. Daí que a retenção possa e normalmente opere a título definitivo e não meramente como pagamento por conta de uma tributação final, global, ou sujeitos a englobamento, de todos os rendimentos sujeitos a Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, pois essa tributação global, et pour cause, não é levada a cabo por Portugal... mas pelo Estado da residência!, segundo um correspondente Imposto sobre o Rendimento desse Estado. Não há, pois, qualquer diferença objetiva na tributação da tipologia de rendimentos em causa, quando obtidos por uma entidade residente e outra não residente, que suporte a diferenciação.

Por outra parte, ao nível interno, a isenção das situações só em Portugal localizadas não se contrapõe a outra imposição de que os não residentes estejam libertos, reequacionando assim os termos de um equilíbrio aparentemente ausente. E acresce que no caso presente a intervenção do instrumento para evitar a dupla tributação introduz inclusive um desequilíbrio adicional, ou não permite repor um equilíbrio ou equivalência finais entre a tributação em Portugal e no Estado da residência, porque ao proceder a uma imputação normal do crédito de imposto que for reconhecido, e não global ou por inteiro, esbarra no direito holandês com uma isenção (simétrica aliás da existente no direito interno português, uma participation exemption, portanto) em que aquele crédito não poderá, pois, ser deduzido. E tudo isto quando, in limine, aliás, esse mesmo instrumento delega no Estado da residência a eventual tributação do rendimento, art.10º da Convenção. Deste modo, nem mesmo pela intervenção deste instrumento bilateral se acede a uma tributação equivalente àquela que logo em Portugal teria lugar se a entidade que aufer os rendimentos aqui residisse. Pelo que definitivamente se fixa uma situação de desigualdade de tratamento do prisma do regime português, que não poderá ser sanada com a intervenção da Convenção, desigualdade essa que, como já acima dito, não se suporta senão uma diferenciação segundo a residência e, precisamente em concreto, no caso específico da Impugnante, residente nos Países Baixos, não pode ela aceder a final ao reembolso que a poria em situação equivalente à isenção portuguesa para residentes, ou àquela da lei holandesa.

Em face do todo exposto, não se encontrando razões válidas para as diferenciações de regime mencionadas, entre residentes e não residentes, conclui-se que o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas na versão aplicanda, de 2005, nomeadamente pelas disposições citadas, mesmo em conjugação com a Convenção para Evitar a Dupla Tributação, celebrada entre a República Portuguesa e o Reino dos Países Baixos, obstava à livre circulação de capitais no espaço comunitário, compreendendo-se nela a aplicação e investimento por entidade de um Estado membro numa entidade radicada em Portugal e, subsequentemente, a tributação dos frutos daí advindos. E isso sucedia porque a tributação dos respetivos rendimentos era feita de modo diverso e mais gravoso que a respeito dos residentes em

*igual situação, os quais simultaneamente isentava de tributação sobre esses rendimentos. Donde que opunha entrave sem justificação à liberdade de circulação de capitais, em violação do disposto no art.56º do Tratado que Institui a Comunidade Europeia, hoje 63º do Tratado que Institui a União Europeia, como em termos análogos foi decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos seus acórdãos tirados nos casos *Denkavit II*, processo nº C-170/05, *Amurta*, processo nº C-379/05, *Secilpar*, processo nº C-199/10, inter alia, bem como decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, por acórdão de 9VII2014, tirado no processo nº 1435/12 (Pleno), ou por acórdão de 12XI2014, no processo nº 461/14, ou de 7X2015, tirado no processo nº 768/13, in www.dgsi.pt.».*

3.2.5. A jurisprudência do TJUE sobre a incompatibilidade do disposto no artigo 22.º do EBF com o direito da União Europeia

*A propósito da jurisprudência nacional a que acima se aludiu, foram sendo referidas decisões do TJUE (ACT GLO²⁵, *Denkavit*²⁶, *Amurta*²⁷, *Truck Center*²⁸, *Aberdeen Property*²⁹, *Comissão v. Países Baixos*³⁰, *Comissão v. Portugal*³¹, *Santander Asset Management*³², *Sofina SA*³³ e *Secilpar*³⁴) que se ocuparam da questão da discriminação, em razão da residência, de entidades que auferem rendimentos gerados em diferentes Estados-Membros da União Europeia.*

*No Acórdão de 21 de Junho de 2018, proferido no processo C-480/16 (*Fidelity Funds* - <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=203226&pageIndex=0&doClang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=20046416>) escreveu-se o seguinte:*

²⁵ C-374/04 - Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, 12.12.2006.

²⁶ C-170/05, *Denkavit*, 14.12.2006.

²⁷ C-379/05, *Amurta* SGPS, 08.11.2007.

²⁸ C-282/07, *Belgian State - SPF Finances v Truck Center SA.*, 22.12.2008.

²⁹ C-282/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, 18.06.2009.

³⁰ C-521/07, *Comissão v. Países Baixos*, 11.06.2009.

³¹ C- 493/09, *Comissão v. Portugal*, 06.10.2011.

³² C-338/11 a C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC SA*, 10.05.2012.

³³ C-575/17, *Sofina, Rebelco e Sidro*, 22.11.2018.

³⁴ C-199/10, *Secilpar – Sociedade Unipessoal SL*, 22.11.2010.

«43. Ao fazer uma retenção na fonte sobre os dividendos pagos aos OICVM não residentes e ao reservar aos OICVM residentes a possibilidade de obter a isenção de tal retenção na fonte, a regulamentação nacional em causa nos processos principais procede a um tratamento desfavorável dos dividendos pagos aos OICVM não residentes.

44. Tal tratamento desfavorável é suscetível de dissuadir, por um lado, os OICVM não residentes de investir em sociedades com sede na Dinamarca e, por outro, os investidores que residem na Dinamarca de adquirir participações em OICVM não residentes (Acórdão de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o., C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º17).

45. Por conseguinte, a regulamentação em causa nos processos principais constitui uma restrição à livre circulação de capitais, proibida, em princípio, pelo artigo 63.º TFUE.»

Também no processo C-190/12 (Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company), decidido pelo TJUE em 20 de Abril de 2014 (http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=150785&text=&dir=&doclang=PT&part=1&occ=first&mode=lst&pageIndex=0&cid=19109699), se ponderou a mesma questão:

«38 Importa recordar, antes de mais, que, embora a fiscalidade direta seja da competência dos Estados-Membros, estes devem, todavia, exercer essa competência no respeito do direito da União (acórdão de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o., C-338/11 a C-347/11, n.º 14 e jurisprudência referida).

39 A este respeito, resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que as medidas proibidas pelo artigo 63.º, n. 1, TFUE, enquanto restrições aos movimentos de capitais, incluem as que são de molde a dissuadir os não residentes de investirem num Estado-Membro ou a dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investirem noutros Estados (acórdãos de 18 de dezembro de 2007, A, C-101/05, Colet., p. I-11531, n. 40; de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen, C-436/08 e C-437/08, Colet., p. I-305, n.º50; e Santander Asset Management SGIIC e o., já referido, n. 15).

- 40 *No caso vertente, a isenção fiscal prevista pela legislação fiscal nacional em causa no processo principal era concedida unicamente aos fundos de investimento que exerciam a sua atividade em conformidade com a Lei sobre os fundos de investimento.*
- 41 *Resulta igualmente da decisão de reenvio que, nos termos da legislação nacional em causa no processo principal, os fundos de investimento só beneficiam da isenção na condição de a sua sede se situar em território polaco. Por conseguinte, os dividendos pagos a fundos de investimento não residentes não podiam beneficiar, apenas devido ao local de estabelecimento desses fundos, da isenção da retenção na fonte, mesmo que esses dividendos pudessem eventualmente ser objeto de uma redução da taxa de tributação ao abrigo de uma convenção preventiva da dupla tributação.*
- 42 *Ora, uma tal diferença de tratamento fiscal dos dividendos entre os fundos de investimento residentes e os fundos de investimento não residentes é suscetível de dissuadir, por um lado, os fundos de investimento estabelecidos num país terceiro de adquirirem participações em sociedades estabelecidas na Polónia e, por outro, os investidores que residem nesse Estado-Membro de adquirirem participações em fundos de investimento não residentes (v., neste sentido, acórdão Santander Asset Management SGIC e o., já referido, n.º 17).*
- 43 *Daqui resulta que uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal é de molde a conduzir a uma restrição à livre circulação de capitais proibida, em princípio, pelo artigo 63.º TFUE.»*

No despacho do TJUE de 18 de Junho de 2012

(http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=125761&text=&dir=&doclang=PT&part=1&occ=first&mode=lst&pageIndex=0&cid=19921919), proferido no processo C-38/11 (Amorim Energia BV) na sequência de um pedido de decisão prejudicial suscitado pelo STA, escreveu-se o seguinte quanto à possibilidade de compensação do imposto cobrado em Portugal com um crédito de imposto no país de sede da entidade que foi sujeita ao pagamento da retenção na fonte:

«62 O Tribunal de Justiça já declarou, relativamente ao método de imputação para a prevenção da dupla tributação, que a aplicação desse método deve permitir que o imposto sobre os dividendos cobrado no Estado de residência da sociedade que procede

à distribuição desses dividendos seja totalmente imputado ao imposto devido no Estado de residência da sociedade beneficiária, de modo a que, se sobre os dividendos recebidos por essa sociedade incidir, no final, uma tributação superior à que incide sobre os dividendos pagos a sociedades residentes no primeiro Estado-Membro, essa carga fiscal superior já não seja imputável ao Estado de residência da sociedade distribuidora, mas ao Estado de residência da sociedade beneficiária, que exerceu o seu poder tributário (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, Comissão/Espanha, n. 60, e Comissão/Alemanha, n. 67).

- 63 *Por conseguinte, a diferença de tratamento decorrente da retenção na fonte no Estado de residência da sociedade que procede à distribuição dos dividendos só pode ser neutralizada através deste método de imputação se os dividendos provenientes do Estado-Membro de residência da sociedade que procede à distribuição forem suficientemente tributados no outro Estado-Membro. Ora, se esses dividendos não forem tributados ou não o forem num montante suficiente, não é possível imputar o montante de imposto cobrado no Estado-Membro de residência da sociedade que procede à distribuição, ou uma fração dele (v. acórdãos, já referidos, Comissão/Itália, n.º 38; Comissão/Espanha, n. 62; e Comissão/Alemanha, n.º 68).»*

E no que diz respeito à possibilidade de os detentores de participações na entidade sujeita ao pagamento da retenção na fonte poderem deduzir o imposto pago por esta, escreveu-se o seguinte na decisão de 10 de Maio de 2012 do TJUE, proferida nos processos C-338/11 a C-347/11 - Santander Asset Management SGIIC SA

(http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=122645&text=&dir=&doclang=PT&part=1&occ=first&mode=lst&pageIndex=0&cid=19917148):

«28 (...) apenas os critérios de distinção pertinentes estabelecidos pela regulamentação em causa devem ser tidos em conta para efeitos de apreciar se a diferença de tratamento resultante de tal regulamentação reflete uma diferença de situações objetiva. Portanto, quando um Estado-Membro escolhe exercer a sua competência fiscal sobre os dividendos pagos por sociedades residentes unicamente em função do lugar de residência dos OICVM beneficiários, a situação fiscal dos detentores de participações

destes últimos é desprovida de pertinência para efeitos de apreciação do carácter discriminatório ou não da referida regulamentação.

29. *Quanto à regulamentação fiscal em causa nos processos principais, importa constatar que estabelece um critério de distinção fundado no lugar de residência do OICVM ao submeter apenas os OICVM não residentes a uma retenção na fonte dos dividendos que recebem.*
30. *Acresce que a ligação evocada pelo Governo francês entre a não tributação dos referidos dividendos recebidos pelos OICVM residentes e a tributação dos referidos dividendos aos detentores de participações destes últimos não existe. Com efeito, a isenção fiscal de que beneficiam os OICVM residentes não está subordinada à tributação dos rendimentos distribuídos aos seus detentores de participações.*
31. *Importa assinalar para este efeito que, tratando-se dos OICVM que procedem à capitalização dos dividendos recebidos, não se produzirá nenhuma redistribuição dos dividendos suscetível de ulterior tributação a cargo dos detentores de participações. A regulamentação nacional em causa nos processos principais não estabelece assim nenhuma ligação entre o tratamento fiscal dos dividendos de origem nacional recebidos pelos OICVM de capitalização — sejam estes residentes ou não residentes — e a situação fiscal dos seus detentores de participações.*
32. *Quanto aos OICVM que procedem à distribuição dos dividendos recebidos, a regulamentação em causa também não tem em conta a situação fiscal dos seus detentores de participações.*
33. *A este respeito, cumpre observar que a argumentação do Governo francês se baseou na premissa segundo a qual os detentores de participações dos OICVM residentes têm eles próprios a sua residência fiscal em França, ao passo que os detentores de participações dos OICVM não residentes têm a sua residência fiscal no Estado em que o OICVM em causa está sediado. As convenções bilaterais de prevenção da dupla tributação celebradas entre a República Francesa e o Estado-Membro ou o Estado terceiro em causa garantiriam assim, segundo o Governo francês, um tratamento fiscal similar aos detentores de participações dos OICVM residentes e não residentes.*

34. *No entanto, pela generalização que contém, tal premissa é inexata. Com efeito, não é inabitual que um detentor de participações de um OICVM não residente em França tenha a sua residência fiscal em França ou que um detentor de participações de um OICVM residente em França tenha a sua residência fiscal noutra Estado-Membro ou num Estado terceiro.»*

Por tudo o quanto vai exposto, temos de concluir que a questão dos autos está suficientemente tratada e que tanto a jurisprudência nacional quanto a do TJUE fornecem indicações seguras quanto à desconformidade com o direito da União da disparidade do regime de tributação dos dividendos auferidos por organismos de investimento colectivo residentes e não residentes, que tem consagração nos n.ºs 1 e 10 do artigo 22.º do EBF.

Resulta também da argumentação expendida que não constituem fundamento bastante para se afastar a condenação da disparidade de tratamento fiscal em razão da residência dos veículos de investimento sujeitos a retenção:

- nem a possibilidade de a consideração da globalidade das imposições fiscais sobre os organismos de investimento colectivo residentes (veja-se o parágrafo 42 da decisão no processo C-190/12 - Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, e tenha-se em conta que, até para a AT, o argumento da convocação das demais imposições fiscais que incidiam sobre organismos de investimento colectivo residentes só se tornou aparente ao fim de muitos casos de litigância);

- nem a possibilidade de os organismos de investimento colectivo não residentes poderem recuperar os montantes retidos (veja-se o parágrafo 63 da decisão no processo C-38/11 - Amorim Energia BV e os parágrafos 45-47 do processo 90/2019-T), ou os seus investidores (vejam-se os parágrafos 31-34 da decisão no processo Santander Asset Management SGIIC SA e, de novo, e os parágrafos 45-47 do processo 90/2019-T). De resto, resulta da legislação aplicável à Requerente – tal como foi por ela invocado – que os organismos de investimento colectivo que correspondem à sua incontestada natureza estão isentas de impostos sobre o rendimento, nos termos do disposto no artigo 173. da Lei de 17 de

Dezembro de 2010 (cfr. supra, 3.1.). Assim, fica legalmente excluída uma eventual compensação, no seu país de sede, dos montantes retidos pelo Fisco nacional”.

IV.2 Questões de conhecimento prejudicado

Sendo de julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral com fundamento em vício que assegura estável e eficaz tutela dos interesses da Requerente, fica prejudicado, por ser inútil, o conhecimento das restantes questões colocadas, de harmonia com o disposto nos artigos 130.º e 680.º n.º2 do CPC, subsidiariamente aplicável por força do artigo 29.º n.º1 alínea e) do RJAT.

IV.3 Juros Indemnizatórios

No artigo 122.º da PI, a Requerente afirma: *“Tudo ponderado, é inequívoco que a norma constante do artigo 22.º do EBF, à data dos factos tributários ora sindicados, padece de manifesto vício de lei, por violação ostensiva dos princípios da legalidade tributária e do primado do direito internacional e da liberdade de circulação de capitais, violando, por conseguinte, os artigos 8.º da CRP e 18.º e 63.º do TFUE e a jurisprudência firmada sobre a matéria pelo TJUE, o que se invoca para os devidos efeitos legais, mormente para efeitos de revogação da decisão de indeferimento exposto da reclamação e de restituição ao Requerente da quantia de EUR 38 417,76 acima melhor discriminada, tudo com as demais consequências legais, mormente o pagamento de **juros indemnizatórios**, ao abrigo do disposto no artigo 43.º da LGT”.*

Embora neste artigo 122.º da PI a Requerente faça referência à condenação da Requerida em juros indemnizatórios, no pedido a Requerente não pede expressamente que a Requerida seja condenada ao pagamento de tais juros. Contudo, a Requerente pede a condenação da Requerida à restituição da quantia de “EUR 38 417,76” relativa a retenções na fonte de IRC “tudo com as demais consequências legais”. Ora, no caso concreto, conforme será melhor exposto infra ao longo da presente Decisão Arbitral, o pagamento de juros indemnizatórios constitui uma consequência legal da decisão de procedência do pedido.

Nas palavras do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul proferido em 22 de maio de 2019 no processo n.º 1770/12.9BELRS (Acórdão que este Tribunal acompanha), “A reconstituição da situação hipotética actual justifica a obrigação de restituição do imposto que houver sido pago, tal como do pagamento de juros indemnizatórios, cuja atribuição ao sujeito passivo, nos termos da lei, **não está dependente da formulação de pedido nesse sentido**, posição esta que está de acordo com os efeitos consequentes que decorrem da anulação do acto tributário, tal como do facto do pagamento de juros não estar dependente de pedido (cfr.art.º.100, da L.G.Tributária; art.º.61, n.º.3, do C.P.P. Tributário)”.

No mesmo sentido, pronunciou-se o Supremo Tribunal Administrativo no Acórdão de 31 de março de 2016, proferido no processo n.º 120/15:

“Ou seja, o direito aos juros indemnizatórios não está subordinado ao princípio do pedido, devendo estes ser liquidados e pagos oficiosamente pela administração tributária. Sem prejuízo do que ficou dito, a verdade é que a ora Recorrida formulou autonomamente esse pedido à AT, já depois da reclamação graciosa em que pediu – e obteve – a anulação das liquidações. Sustenta o Recorrente que esse pedido só poderia ter sido feito na própria reclamação graciosa deduzida contra as liquidações de imposto de selo ou mediante acção para o reconhecimento de um direito e, porque o não foi, não pode agora ser-lhe reconhecido o direito a juros indemnizatórios. Como resulta do que deixámos já dito, não é assim, sendo até que a obrigação do pagamento dos juros indemnizatórios, desde verificados os respectivos pressupostos legais, não depende de solicitação do contribuinte, devendo ser satisfeita oficiosamente pela AT. Mas nada obsta a que o contribuinte formule esse pedido autonomamente (Neste sentido, JORGE LOPES DE SOUSA, Sobre a Responsabilidade Civil da Administração Tributária por actos ilegais, Áreas Editora, 2010, págs. 86/87, onde afirma relativamente ao pedido autónomo de juros indemnizatórios : «No caso de não estar pendente processo de reclamação graciosa ou de impugnação judicial, por estar já findo o processo em que foi decidida a anulação ou nem sequer ter sido instaurado (no caso de anulação em processo de reviso oficioso), quer em processo de execução de julgado (aplicável também nos

casos de anulação administrativa, por força do disposto no art. 157.º, n.º 3, do CPTA), se estiver em tempo, quer através da apresentação de pedido à Administração Tributária, com possibilidade de subsequente impugnação da decisão de indeferimento [através de acção administrativa especial, nos termos do art. 97.º, n.os 1, alíneas d) e p), e 2, do CPPT], quer através de acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo ou processo de intimação para um comportamento, conforme estejam ou não definidos os pressupostos do direito a juros indemnizatórios».). Por outro lado, contrariamente ao que sustenta o Recorrente, é inequívoco que no caso sub judice se verificam os pressupostos legais do pagamento de juros indemnizatórios, na medida em que a liquidação do imposto de selo foi anulada graciosamente com fundamento em inexistência de facto tributário, motivo por que deve ter-se por verificado o erro imputável aos serviços de que resulte pagamento de juros indemnizatórios (Quanto aos requisitos do direito a juros indemnizatórios nos casos de anulação de actos de liquidação ilegais e às situações de erro imputável aos serviços, vide JORGE LOPES DE SOUSA, ob. cit., págs. 41 e 42.)”.

Concluimos assim que o direito da Requerente aos juros indemnizatórios **não está subordinado ao princípio do pedido**, pelo que o Tribunal irá apreciar esta questão.

A obrigação de pagamento de juros indemnizatórios — (à taxa de 4%, nos termos do artigo 43.º n.º 4 e artigo 35.º n.º 10 da LGT, sendo que este último artigo remete para o disposto no artigo 559.º n.º 1 do Código Civil, que por sua vez remete para a Portaria 291/2003 de 8 de abril) em virtude da procedência total ou parcial de impugnação a favor do sujeito passivo — decorre da aplicação do disposto no artigo 100.º da LGT, que prevê a obrigação da Requerida de **reconstituir a legalidade do ato objeto do litígio**, tal dever compreendendo: **(i)** a obrigação de reembolso do montante indevidamente pago, e **(ii)** o pagamento de juros indemnizatórios devidos desde a data do pagamento indevido efetuado pela Requerente até à data em que o reembolso seja efetivamente efetuado.

No caso concreto, os requisitos do direito a juros indemnizatórios previsto no artigo 43.º n.º 1 da LGT estão verificados, uma vez que: **(a)** a Requerida incorreu num **erro de direito** ao emitir o ato impugnado; **(b)** o erro foi imputável exclusivamente aos serviços da Requerida (que teve

a oportunidade de anular o ato de retenção na fonte na reclamação graciosa e não o fez); (c) a existência desse erro foi determinada em decisão arbitral; e (d) desse erro resultou o pagamento de uma dívida tributária que não era devida (vide neste sentido, o Acórdão do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 22 de maio de 2019, proferido no processo n.º 1770/12.9BELRS, disponível in <http://www.dgsi.pt>).

No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14/10/2020, proferido no processo n.º 01273/08-6BELRS01364/17, transponível para a situação em causa nos autos, o Tribunal entendeu: *“Ora, no caso concreto, verificado o erro e ordenada judicialmente a sua anulação, é manifesto que, para além da devolução dos montantes ilegalmente retidos, a Recorrida tem direito a que lhe sejam pagos os juros vencidos sobre esses valores (ilegalmente retidos) até integral restituição, sendo indiferente, ao reconhecimento desse direito, que o erro decorra especialmente da violação de normas comunitárias e não apenas de normas nacionais. Ou seja, não é o facto do erro de violação de lei resultar da desconformidade do ordenamento nacional com o Direito da União que sustenta o afastamento do direito a juros indemnizatórios uma vez que o que releva é a imputabilidade do seu cometimento à Administração Fiscal, como é o caso. As normas de direito comunitário porque vigoram directamente na ordem jurídica interna, prevalecem sobre as normas do direito interno, não podendo ser afastadas pelos Estados Membros através de imposição de normas de direito interno, que, como se viu, foram aplicadas pela Administração Fiscal.”*

Termos em que, a Requerente tem direito a juros indemnizatórios, à taxa legal (4%), que são devidos desde a data do pagamento indevido efetuado pela Requerente, até à data em que o reembolso seja efetivamente efetuado.

V. Decisão

Termos em que se decide julgar **totalmente procedente** o presente pedido de pronúncia arbitral, e por conseguinte:

- a) Declarar ilegais os n.ºs. 1 e 10 do artigo 22.º do EBF, na parte em que limitam o regime nele previsto a organismos de investimento coletivo constituídos segundo a legislação nacional e excluindo os constituídos segundo legislações de Estados Membros da União Europeia;
- b) Conceder provimento ao pedido de anulação do ato de liquidação da retenção na fonte de IRC, no montante de EUR 38 417,76, referente aos dividendos de 2017 auferidos pela Requerente;
- c) Julgar procedente o pedido de restituição das quantias pagas, no montante de EUR 38.417,76;
- d) Condenar a Requerida ao pagamento de juros indemnizatórios, à taxa legal (4%), que são devidos desde a data do pagamento indevido efetuado pela Requerente, até à data em que o reembolso seja efetivamente efetuado pela Requerida à Requerente.
- e) Condenar a Requerida nas custas do processo.

VI. Valor do processo

De harmonia com o disposto nos artigos 296.º do CPC, 97.º-A n.º 1 alínea *a*) do CPPT, e 3.º n.º 2 do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, fixa-se ao processo o valor de **EUR 38 417,76**.

VII. Custas

O montante das custas (a cargo da Requerida) é fixado em **EUR 1 836,00** (nos termos do disposto no artigo 12.º n.º 2 e no artigo 22.º n.º 4 do RJAT, e na Tabela I anexa do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária).

Lisboa, 25 de janeiro de 2021

Notifique-se.

O Árbitro

Elisabete Flora Louro Martins Cardoso