

**CAAD: Arbitragem Tributária**

**Processo n.º: 734/2021-T**

**Tema: IRC – Benefício fiscal. Fundo de investimento mobiliário não residente.  
Liberdade de circulação de capitais.**

## **DECISÃO ARBITRAL**

Os árbitros Rita Correia da Cunha, Luís Menezes Leitão e Susana Mercês, designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) para formar o presente Tribunal Arbitral Coletivo, constituído a 25.01.2022, decidem o seguinte:

### **I. RELATÓRIO**

1. **A...**, organismo de investimento coletivo em valores mobiliários constituído de acordo com o direito luxemburguês, com sede em ..., Luxemburgo, NIF ..., (doravante, “Requerente”), veio, em 12.11.2021, ao abrigo do disposto nos artigos 2.º, n.º 1, al. a), 5.º, n.º 3, al. a), 6.º, n.º 2, al. a) e 10.º, n.ºs 1, al. a) e 2, do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, que aprovou o Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (doravante, abreviadamente designado “RJAT”), requerer a constituição do Tribunal Arbitral, em que é Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante, abreviadamente designada “AT” ou “Requerida”), com vista à pronúncia deste Tribunal relativamente à declaração de ilegalidade e anulação dos atos de retenção na fonte de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (“IRC”), a título definitivo, sobre rendimentos de capital de fonte portuguesa pagos entre os meses de janeiro e setembro de 2019, no montante total de €60.669,34 (sessenta mil e seiscentos e sessenta e nove euros e trinta e quatro cêntimos), bem como da decisão de indeferimento da reclamação graciosa n.º 308..., que teve como objeto os ditos atos.

2. O pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite em 15.11.2021 pelo Exmo. Senhor Presidente do CAAD e automaticamente notificado à Requerida.

3. O Requerente não exerceu o direito à designação de árbitro, pelo que, ao abrigo do disposto no artigo 6.º, n.º 2, al. a), e do artigo 11.º, n.º 1, al. a), ambos do RJAT, o Exmo. Senhor Presidente do Conselho Deontológico do CAAD designou os ora signatários como árbitros do Tribunal Arbitral Coletivo, que comunicaram a aceitação do cargo no prazo aplicável.

4. Em 05.01.2022, as partes foram notificadas dessa designação, não tendo manifestado vontade de recusar a designação dos árbitros, nos termos conjugados do artigo 11.º, n.º 1, al. b), do RJAT e dos artigos 6.º e 7.º, do Código Deontológico do CAAD.

5. Em conformidade com o preceituado no artigo 11.º, n.º 1, al. c), do RJAT, o Tribunal Arbitral Coletivo foi constituído em 25.01.2022.

6. No dia 28.02.2022, a Requerida, devidamente notificada para o efeito, juntou o processo administrativo e apresentou a sua Resposta na qual suscitou a exceção dilatória de incompetência material do Tribunal Arbitral, pugnou pela improcedência do pedido de pronúncia arbitral, a sua absolvição do pedido e, ainda, a suspensão do processo em apreço 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, com o fundamento de estar em causa a mesma questão de Direito, com um substrato fáctico em tudo semelhante ao do presente processo.

7. Em 14.03.2022, o Requerente apresentou requerimento, no qual se pronunciou quer quanto à exceção dilatória de incompetência material do Tribunal Arbitral, quer no que concerne ao pedido de suspensão da instância, peticionando pela improcedência daquela e pelo indeferimento deste, por se afigurar desnecessário.

8. Em 17.03.2022, o Requerente apresentou novo requerimento, no qual se pronunciou no sentido de ser dispensada tanto a reunião a que se refere o artigo 18.º, do RJAT, como a apresentação de alegações escritas, por se tratar de uma questão de direito sobre a qual o TJUE já se pronunciou em termos que vinculam os tribunais nacionais e em nome do princípio da economia processual.

9. Em 02.05.2022, foi proferido pelo Tribunal Arbitral, o seguinte despacho:

*“1. Julga-se indeferido o pedido da Requerida de suspensão da instância até decisão do TJUE no caso C-545/19, formulado nos artigos 206.º e 207.º da Resposta que apresentou a 28.2.2022, por o TJUE já ter proferido a referida decisão.*

*2. Julga-se indeferido o pedido da Requerente do presente Tribunal notificar a Requerida para juntar aos autos o Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo no processo n.º 93/19.7BALSb, formulado no artigo 25.º do requerimento que apresentou em 15.3.2022, por já não se justificar uma eventual suspensão da instância.*

*3. Considerando que as partes não arrolaram testemunhas nem requereram a produção de prova adicional, e que a Requerente apresentou, em 15.3.2022, requerimento de resposta às exceções invocadas pela Requerida na sua resposta, notifique-se as partes para, querendo, se pronunciarem, no prazo de 5 dias, sobre a necessidade de realização da reunião prevista no artigo 18.º do RJAT e da apresentação de alegações escritas finais.”*

10. Em 02.05.2022, veio o Requerente, em complemento ao requerimento por si apresentado em 14.03.2022, dar a conhecer ao Tribunal Arbitral de que havia sido proferido e publicado o acórdão do TJUE no processo prejudicial n.º C-545/19, e que por isso o pedido de suspensão da instância formulado pela Requerida ficou desprovido de sentido, devendo os autos prosseguir a sua regular tramitação e, a final, ser concedido integral provimento à pretensão do Requerente.

11. Por despacho de 19.05.2022, foi decidido, ao abrigo dos princípios da autonomia do Tribunal Arbitral na condução do processo e do princípio da livre determinação das diligências de prova necessárias (cf. artigo 16.º, al c) e e), do RJAT), dispensar a realização da reunião do artigo 18.º do RJAT, bem como a apresentação de alegações finais escritas, por desnecessárias no presente processo arbitral.

12. No dia 24.05.2022, o Requerente procedeu ao pagamento da taxa de justiça subsequente.

## **I.1. ARGUMENTOS DAS PARTES**

13. Os argumentos carreados para os autos assentam, fundamentalmente, na questão da conformidade da aplicação da retenção na fonte sobre os rendimentos de capital obtidos pelo

---

Requerente com a liberdade de circulação de capitais, prevista no artigo 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”).

14. O Requerente alega que a retenção na fonte incidente sobre os rendimentos de capital auferidos por Organismos de Investimento Coletivo (“OICs”) não residentes viola a liberdade de circulação de capitais, consagrada no artigo 63.º, do TFUE, com os fundamentos que a seguir se sumarizam:

- a) Trata-se de um caso paradigmático de divergência no tratamento fiscal entre contribuintes domiciliados na União Europeia em função da residência fiscal do beneficiário dos rendimentos, que afronta de forma direta e injustificada a liberdade de circulação de capitais consagrada no artigo 63.º, n.º 1, do TFUE.
- b) Um OIC não residente em Portugal, tal como o ora Requerente, será, por regra, tributado quanto aos rendimentos de capital de fonte Portuguesa; inversamente, um OIC residente em território português não estará sujeito a tributação quanto ao mesmo tipo de rendimento.
- c) Existe jurisprudência arbitral recente e uniforme que, com base na teoria do ato claro (*acte éclairé*), tem declarado ilegal o artigo 22.º, n.º 1, do Estatuto dos Benefícios Fiscais (“EBF”), por ser desconforme com o direito europeu ao restringir o seu âmbito de aplicação às entidades constituídas segundo a legislação nacional, excluindo os organismos de investimento constituídos à luz da legislação de outro Estado-Membro da União Europeia.
- d) As normas de direito comunitário vigoram diretamente na ordem jurídica interna e prevalecem sobre as normas de direito interno, não podendo, assim, ser afastadas pelos Estados-Membros através de imposição de normas de direito interno.
- e) A diferenciação no tratamento fiscal dos rendimentos de fonte doméstica obtidos por OICs residentes e não residentes reside, pois, num único fator: a residência.

- 
- f) Da leitura conjugada do disposto nos n.ºs 1 e 3 do artigo 22.º do EBF, na redação conferida pelo Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro, é possível concluir que a tributação em IRC por meio de retenção na fonte não se teria verificado se o Requerente fosse residente.
- g) Resulta destas disposições legais que os rendimentos de capitais, os rendimentos prediais e as mais-valias, tal como definidos nos artigos 5.º, 8.º e 10.º do Código do IRS, não são considerados no apuramento do lucro tributável dos OICs desde que estes se constituam e operem de acordo com a legislação nacional.
- h) O novo quadro legal veio consagrar, derradeiramente, ao lado dos veículos de investimento constituídos e a operar em conformidade com as regras domésticas, a regra da irrelevância, para o apuramento do respetivo lucro tributável dos rendimentos de capital, dos rendimentos prediais e das mais-valias (cf. artigo 22.º, n.º s 1 e 3, do EBF).
- i) O objetivo visado pelo legislador com a alteração ao regime fiscal dos OICs promovida pelo Decreto-Lei n.º 7/2015 foi estabelecer um *“regime fiscal neutro (para o próprio organismo de investimento coletivo), passando a tributação para a esfera dos investidores a uma taxa única”*.
- j) Do lado dos investidores não residentes, a isenção sobre os rendimentos provenientes de unidades de participação em fundos de investimento mobiliário ou de participações sociais em sociedades de investimento mobiliário – o caso de uma SICAV – quando tais fundos ou sociedades sejam constituídos e operem de acordo com a legislação nacional (cf. artigo 22.º-A, n.º 1, al. d), do EBF).
- k) O TJUE decidiu, em vários processos, que as medidas de direito interno que são aptas a dissuadir ou simplesmente tornar menos atrativos os investimentos de não residentes num Estado-Membro ou os investimentos de residentes noutros Estados-Membros são proibidas pelo artigo 63.º, n.º 1, do TFUE.

- 
- l) O TJUE não tem, pois, hesitado em declarar desconformes com o direito da União Europeia as legislações internas que estabeleçam diferentes regimes de tributação – retenção na fonte para os não residentes *versus* isenção ou exclusão de tributação para os residentes – exclusivamente com base no local de residência do titular do rendimento.
- m) É exclusivamente à luz da liberdade de circulação de capitais que deve ser escrutinada a (des)conformidade entre o regime previsto no artigo 22.º, n.ºs 1 e 3, do EBF e o direito da União Europeia.
- n) A legislação doméstica (EFB) não faz depender a exclusão de tributação dos rendimentos de capitais (e.g. dividendos) obtidos por OICs do facto de o nível de participação lhes conferir – ou não – uma influência certa ou decisiva na entidade participada.
- o) A vantagem fiscal aplica-se a qualquer OIC desde que o mesmo seja constituído e opere conforme a lei portuguesa (cf. artigo 22.º, n.ºs 1 e 3, do EBF).
- p) A necessidade de assegurar uma repartição equilibrada do poder de tributação entre Estados-Membros não podia ser invocada como causa de justificação para restringir a livre circulação de capitais, já que o Estado-Membro em questão optou por não tributar os OICs residentes que recebessem dividendos de origem doméstica.
- q) De igual modo, a necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais não permitia justificar uma tributação incidente apenas sobre os não residentes, dado que um Estado que abdica da receita fiscal de IRC relativamente a rendimentos gerados no seu território não tem a necessidade de controlar a cobrança de imposto.
- r) Tendo em conta que esta causa de justificação surge associada ao risco da evasão e fraude fiscais e da perda de receitas, a sua eventual invocação pelo Estado Português seria descabida não só pelo facto de o regime do artigo 22.º, n.ºs 1 e 3, do EBF não ter como finalidade específica combater práticas fraudulentas ou abusivas como também por prever um sistema de tributação “à saída”.

- 
- s) Seria, de resto, incongruente alegar a necessidade de assegurar a eficácia dos controlos fiscais quando o objetivo primordial da alteração legislativa promovida pelo Decreto-Lei n.º 7/2015 foi precisamente alinhar o regime doméstico em matéria de tributação dos OICs com o que é praticado pela maior parte dos Estados-Membros (tributação à “saída”).
  - t) A disposição do artigo 65.º, n.º 1, al. a), do TFUE, enquanto derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, deve ser objeto de interpretação estrita.
  - u) Por conseguinte, não pode ser interpretada no sentido de que qualquer legislação fiscal que comporte uma distinção entre os contribuintes, em função do lugar onde residam ou do Estado-Membro onde invistam os seus capitais, é automaticamente compatível com o Tratado.
  - v) Isto quer dizer que a distinção não deve configurar um meio de discriminação arbitrária nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos.
  - w) As diferenças de tratamento autorizadas pelo artigo 65.º, n.º 1, al. a), do TFUE, devem ser distinguidas das discriminações proibidas pelo n.º 3 do mesmo preceito normativo, ou seja, para que uma regulamentação fiscal nacional possa ser considerada compatível com as disposições do TFUE relativas à livre circulação de capitais é necessário que a diferença de tratamento diga respeito a situações comparáveis objetivamente ou se justifique por razões imperiosas de interesse geral.
  - x) Como tem vindo a decidir o TJUE e os tribunais arbitrais tributários do CAAD, a isenção de que o organismo de investimento (no caso, o ora Requerente) beneficia no seu Estado-Membro de residência (no caso, Luxemburgo) por força de disposições de direito doméstico não afeta a comparabilidade com um organismo de investimento coletivo português.
  - y) A legislação portuguesa previne o risco de tributação em cadeia dos rendimentos de capital de fonte doméstica distribuídos a organismos de investimento que aqui estejam

estabelecidos ao excluir estes rendimentos de tributação na esfera do veículo, mas, em sentido inverso, submete o mesmo tipo de rendimento a tributação quando o seu beneficiário é um organismo de investimento não residente.

- z) Uma diferenciação que prejudica, irremediavelmente, qualquer possibilidade de invocação de uma causa de justificação da restrição à livre circulação de capitais que o artigo 22.º, n.º 1, do EBF encerra.
- aa) A leitura do artigo 22.º, n.ºs 1 e 3, do EBF revela que a exclusão da tributação dos dividendos na esfera do OIC residente não está, de forma alguma condicionada ou dependente da tributação destes mesmos rendimentos na esfera do investidor.
- bb) Daí que não se possa dizer que existe o indispensável nexo direto entre a vantagem fiscal conferida pelo artigo 22.º, n.ºs 1 e 3, do EBF aos residentes e a sua compensação pela exigência de um determinado imposto, o que significa que *in casu* não pode ser acolhido o argumento da coerência (ou coesão) do sistema fiscal para justificar a restrição em análise.
- cc) É o próprio Estado da fonte dos dividendos (Portugal) que, podendo tributar, decide (porque é próprio de um modelo de tributação “à saída”) excluir de tributação os rendimentos de capitais pagos a OICs residentes.
- dd) Portanto, não pode este Estado (Portugal), que prescindiu da tributação sobre o rendimento auferido pelos residentes, sujeitar a imposto os não residentes pelo simples facto de aí não se encontrarem estabelecidos, com o argumento de que tal é necessário para preservar o seu poder tributário.
- ee) Trazer à liça a sujeição a Imposto do Selo dos veículos de investimento residentes como forma de “compensar” ou “equilibrar” a exclusão de tributação destes em sede de IRC e de justificar a discriminação negativa reservada aos não residentes – genericamente sujeitos a IRC, ao contrário dos residentes, mas não a Imposto do Selo – extrapola a



letra e o espírito da lei e ofende os critérios interpretativos definidos pelo TJUE em matéria de comparabilidade entre situações domésticas e transfronteiriças.

ff) À luz dos cânones interpretativos gerais consagrados pelo artigo 9.º, do Código Civil, aplicável *ex vi* do artigo 11.º, n.º 1, da LGT, não é possível retirar do artigo 22.º do EBF que o desidrato legislativo de prevenir a dupla tributação – ou tributação em cascata ou cadeia – dos rendimentos pagos a OICs residentes tenha como contrapartida a sujeição destes mesmos veículos – os residentes – a um imposto indireto.

gg) O artigo 22.º, n.ºs 1 e 3, do EBF deixa claro que é única e exclusivamente a residência noutra Estado-Membro, e não a sujeição a outros impostos ou qualquer outro fator de ordem fiscal, que obsta a que uma ampla gama de rendimentos – incluindo os de capital – obtidos em território português por OICs aqui não domiciliados possam ser desconsiderados no apuramento do respetivo lucro tributável, que é a forma como o legislador nacional concretiza o objetivo de evitar a tributação em cascata dos rendimentos auferidos por investidores não residentes.

hh) A comparabilidade objetiva, a coerência (ou coesão) do sistema fiscal, a tributação do imposto do selo, não podem servir como justificação da restrição e da discriminação dos não residentes com o argumento que Portugal não isenta completamente os OICs residentes, mas apenas submete estas entidades a uma forma diferente de tributação.

15. A AT contra-argumentou com base nos seguintes argumentos:

a) Não compete à AT avaliar a conformidade das normas internas com as dos Tratados da União Europeia, nem com as orientações interpretativas do TJUE, não podendo, assim, no âmbito da sua atividade, deixar de aplicar uma norma legal com o fundamento na sua desconformidade com os referidos tratados.

b) A AT não pode aceitar de forma direta e automática as orientações interpretativas do TJUE, quando estas não têm, na sua origem, a apreciação da compatibilidade entre as disposições do direito interno português e o direito europeu.

- c) A AT não pode deixar de aplicar as normas legais que imediatamente a subordinam e a vinculam, porquanto está a mesma adstrita ao princípio da legalidade positivada.
- d) Como qualquer órgão da Administração Pública, a AT encontra-se estritamente vinculada ao cumprimento da lei, de acordo com o estipulado pelo n.º 2 do artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa – concretizado no artigo 3.º do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”), aplicável subsidiariamente às relações jurídico-tributárias (*ex vi* do artigo 2.º, al. c), da LGT).
- e) A distribuição dos dividendos efetuada por sociedades residentes em Portugal ao Requerente é passível de ser qualificada como movimento de capital na aceção do artigo 63.º do TFUE e da própria Diretiva 88/361/CC, de 24 de junho de 1998.
- f) A opção legislativa de “aliviar” os OICs da tributação em IRC, mediante a subtração à base tributável dos rendimentos típicos dos OIC, isto é, dos rendimentos de capitais (artigo 5.º do CIRS), dos rendimentos prediais (artigo 8.º do CIRS) e das mais-valias (artigo 10.º do CIRS), conforme previsto no n.º 3 do artigo 22.º do EBF, e, ainda, prevendo a isenção de derrama municipal e de derrama estadual, nos termos do n.º 6, do artigo 22.º do EBF, desloca a tributação para a esfera do imposto de selo.
- g) A tributação em imposto do selo apenas recai sobre os OICs abrangidos pelo artigo 22.º do EBF, o que significa que dela são excluídos os OICs constituídos e que operem ao abrigo de uma legislação estrangeira.
- h) Os OICs abrangidos pelo artigo 22.º do EBF – tal como ocorre com os fundos de pensões – por beneficiarem de isenção parcial de IRC, estão obrigados a liquidar e entregar a tributação autónoma incidente sobre os lucros distribuídos, quando as correspondentes partes sociais não sejam detidas, de modo ininterrupto, há pelo menos um ano.
- i) Os OICs não abrangidos pelo artigo 22.º do EBF, como é o caso do Requerente, não estão sujeitos a tributação autónoma sobre os dividendos.

- j) Para efeitos de comparação da carga fiscal incidente sobre os dividendos auferidos em Portugal pelos OICs abrangidos pelo artigo 22.º do EBF e os OICs constituídos no Luxemburgo, é redutor, e manifestamente insuficiente para extrair conclusões, atender ao imposto retido na fonte e abstrair de outras imposições suscetíveis de onerar fiscalmente os dividendos.
- k) Para se avaliar se o tratamento fiscal aplicado aos dividendos obtidos em Portugal é menos vantajoso do que o tratamento fiscal atribuído aos dividendos obtidos pelos OICs abrangidos pelo artigo 22.º do EBF e, se tal diferenciação é suscetível de afetar o investimento em ações emitidas por sociedades residentes, teria de ser colocado em confronto o imposto retido na fonte, com caráter definitivo, à taxa de 15%, e os impostos – IRC e IS – que incidem sobre os segundos, e que, em conjunto, podem, em certos casos, exceder 23% do valor bruto dos dividendos.
- l) O imposto retido ao Requerente poderá eventualmente dar lugar a um crédito de imposto por dupla tributação internacional tanto na esfera do Requerente, como na esfera dos investidores, sendo que esta última questão o Requerente não esclareceu.
- m) O Requerente não esclareceu/provov (apenas alegou) se, no caso concreto, existiu ou não um crédito de imposto por dupla tributação internacional na esfera do próprio Requerente ou dos investidores.
- n) Não pode afirmar-se que se esteja perante situações objetivamente comparáveis, porquanto a tributação dos dividendos opera segundo modalidades diferentes, e nada indica que a carga fiscal que onera os dividendos auferidos pelos OICs abrangidos pelo artigo 22.º do EBF possa ser mais reduzida do que a que recai sobre os dividendos auferidos em Portugal pelo Requerente, antes pelo contrário.
- o) Para efeitos de averiguar, em concreto, se as situações objetivas dos OICs abrangidos pelo artigo 22.º do EBF e dos fundos de investimento estabelecidos noutros Estados-Membros são comparáveis, no tocante à tributação dos dividendos distribuídos por uma

sociedade residente, torna-se necessário comparar a carga fiscal que onera uns e outros em relação ao mesmo tipo de investimentos.

- p) Só deste modo será possível concluir se a desvantagem de *cash-flow* criada pela retenção na fonte de IRC aos fundos de investimentos estabelecidos noutros Estados-Membros da EU cria um obstáculo ao acesso ao mercado financeiro nacional, colocando-os numa situação desfavorável quando comparada com a situação tributária aplicada aos OICs abrangidos pelo artigo 22.º do EBF.
- q) Para avaliar se a legislação nacional aplicável aos OICs constituídos e estabelecidos em Portugal é discriminatória relativamente ao tratamento dos fundos de investimentos de outros Estados-Membros não basta olhar apenas o n.º 10 do artigo 22.º do EBF, pois, mesmo quando o que é sindicado é a tributação incidente sobre os dividendos pagos por uma sociedade residente a um fundo de investimento estabelecido no Luxemburgo, impõe-se levar em conta todos os ónus fiscais incidentes sobre tais rendimentos e sobre os ativos (*in casu*, ações) que lhe dão origem.
- r) O que existe é uma aparência de discriminação na forma de tributar os dividendos distribuídos por sociedades residentes a OICs não residentes, a que não corresponde uma discriminação em substância.
- s) Um OIC constituído ao abrigo da lei portuguesa e um fundo de investimento constituído ao abrigo das normas de outro Estado-Membro (neste caso, o Luxemburgo) não estão em situações comparáveis para efeitos de averiguar se existe um tratamento discriminatório em termos fiscais e uma clara restrição à liberdade de circulação de capitais.
- t) Para efeitos de averiguar, em concreto, se as situações objetivas dos OICs abrangidos pelo artigo 22.º do EBF e dos fundos de investimento estabelecidos noutros Estados-Membros são comparáveis, no tocante à tributação dos dividendos distribuídos por uma

sociedade residente, necessário se torna comparar a carga fiscal que onera uns e outros em relação ao mesmo tipo de investimentos.

- u) Deste modo, reitera-se que se reputa ligeira e simplista a conclusão de que o regime de tributação dos OICs abrangidos pelo artigo 22.º do EBF se mostra contrária ao Direito da União Europeia e que contraria as disposições do TFUE relativas ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, bem como relativas à livre circulação de capitais, porquanto, se baseia apenas no n.º 3 dessa disposição, alheando-se do disposto no n.º 8 do mesmo preceito, bem como da tributação em imposto de selo.
- v) O regime fiscal aplicável aos OICs constituídos ao abrigo da legislação nacional, embora consagre a isenção dos dividendos distribuídos por sociedades residentes, não afasta a tributação desses rendimentos por outras formas, seja por tributação autónoma, seja em imposto de selo, quando os mesmos rendimentos integram o valor líquido destes organismos, logo, não pode afirmar-se que, em substância, as situações em que se encontram aqueles OICs e os fundos de investimentos constituídos e estabelecidos noutros Estados-Membros que auferem dividendos com fonte em Portugal, sejam objetivamente comparáveis.
- w) Não pode concluir-se que o regime fiscal dos OICs – que não se contém em exclusivo no n.º 3 do artigo 22.º do EBF – esteja em conformidade com as obrigações que decorrem do artigo 63.º do TFUE.
- x) A retenção na fonte efetuada sobre os dividendos pagos ao Requerente respeita o disposto na legislação nacional e a convenção para evitar a dupla tributação celebrada entre Portugal e Luxemburgo, devendo ser mantida na ordem jurídica.

## **II. SANEAMENTO**

16. O pedido de pronúncia arbitral é tempestivo, nos termos do n.º 1 do artigo 10.º do RJAT.

17. O Tribunal Arbitral foi regularmente constituído.
18. As partes gozam de personalidade e capacidade judiciária, têm legitimidade e encontram-se regularmente representadas (cfr. artigos 4.º e 10.º, n.º 2, do RJAT e artigo 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março).
19. O processo não enferma de nulidades.
20. A exceção de incompetência material do Tribunal Arbitral suscitada pela Requerida será apreciada após determinada a matéria de facto.

### **III. MATÉRIA DE FACTO**

#### **III.1. FACTOS PROVADOS**

21. Consideram-se provados os seguintes factos:
  - A.** O Requerente é um organismo de investimento especializado, constituído ao abrigo do direito luxemburguês, sob a forma de *Société d'Investissement à Capital Variable* (“SICAV”), tratando-se, desde 31.03.2011, de uma entidade residente para efeitos fiscais no Luxemburgo (Cf. Documentos n.ºs 1 e 2 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido).
  - B.** O Requerente segue, na sua constituição e funcionamento, as regras previstas na Diretiva 2009/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho, relativa a Organismos de Investimento Coletivo em Valores Mobiliários, que foi transposta para o ordenamento jurídico luxemburguês por meio da Lei de 17 de dezembro de 2010, correspondendo, no direito português, a um organismo de investimento coletivo sob a forma societária ou sociedade de investimento coletivo.

C. No exercício da sua atividade, o Requerente é titular de participações sociais em sociedades consideradas residentes, para efeitos fiscais, em Portugal, que, no ano de 2019, geraram os seguintes rendimentos, a título de dividendos:

Entidade pagadora / distribuidora	Data de pagamento	Rendimento bruto	Retenção na fonte	Rendimento líquido	Doc. n.º
C	09/05/2019	33.475,00	8.368,75	25.106,25	3 e 4
	09/05/2019	9.831,25	3.440,94	6.390,31	5 e 6
D	10/09/2019	8.696,88	3.043,91	5.652,97	7 e 8
	09/05/2019	47.190,00	16.516,50	30.673,50	9 e 10
	10/09/2019	41.745,00	14.610,75	27.134,25	11 e 12
<b>TOTAL</b>		<b>140.938,13</b>	<b>45.980,85</b>	<b>94.957,28</b>	

D. Também em 2019, mais precisamente em 15 de janeiro de 2019, o Requerente recebeu um montante bruto de €138.000,00 (cento e trinta e oito mil euros), a título de juros – cupão – provenientes de obrigações hipotecárias emitidas pela B..., com o NIF ..., o qual, após a retenção na fonte de €14.688,49 (catorze mil e seiscentos e oitenta e oito euros e quarenta e nove cêntimos), correspondeu a um montante líquido de €123.311,51 (cento e vinte e três mil e trezentos e onze euros e cinquenta e um cêntimos) (Cf. Documentos n.ºs 13 e 14 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido).

E. Aquando do pagamento dos rendimentos ao Requerente por parte das entidades residentes em território português, houve lugar à tributação em IRC por meio da aplicação do mecanismo de retenção na fonte, a título definitivo, tendo sido aplicada a taxa de:

- a) 25%, no caso dos dividendos pagos pela C...;
- b) Agravada de 35%, no caso dos juros pagos pela B... – apenas num primeiro momento – pois, posteriormente, foi restituída a importância de €33.611,51 (trinta e três mil e seiscentos e onze euros e cinquenta e um cêntimos);
- c) Agravada de 35%, no caso dos dividendos distribuídos pela D...;

o que teve como consequência uma retenção na fonte de IRC em Portugal, a título definitivo, no montante total de €60.669,34 (sessenta mil e seiscentos e sessenta e nove euros e trinta e

quatro cêntimos) (Cf. Documentos n.ºs 3 a 14 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido).

**F.** No dia 6 de Abril de 2021, o Requerente apresentou reclamação graciosa contra os *supra* identificados atos de retenção na fonte de IRC, a título definitivo, no montante total de €60.669,34, que foi objeto de proposta de indeferimento, por ofício da Direção de Finanças de Lisboa, de 13 de julho de 2021, com os fundamentos, que aqui se dão como reproduzido (Cf. Documento n.º 15 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido).

**G.** Por despacho da Chefe de Divisão da Direção de Finanças, proferido em 7 de Setembro de 2021, ao abrigo de subdelegação de competências, e notificado ao Requerente por intermédio do ofício de 10 de Setembro de 2021, a proposta de decisão foi convolada em decisão final de indeferimento da reclamação graciosa, após ter sido concedido ao Requerente a possibilidade de exercer o direito de participação, o qual não foi exercido por este (Cf. Documento n.º 16 junto com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido).

**H.** O Requerente apresentou pedido de pronúncia arbitral em 12.11.2021.

### **III.2. FACTOS NÃO PROVADOS**

22. Os factos dados como provados são aqueles que o Tribunal considera relevantes, não se considerando factualidade dada como não provada que tenha interesse para a decisão.

### **III.3. FUNDAMENTAÇÃO DA FIXAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO**

23. Ao Tribunal incumbe o dever de selecionar os factos que interessam à decisão e discriminar a matéria que julga provada e declarar a que considera não provada, não tendo de se pronunciar sobre todos os elementos da matéria de facto alegadas pelas partes, tal como decorre dos termos conjugados do artigo 123.º, n.º 2, do CPPT e do artigo 607.º, n.º 3, do CPC, aplicáveis ex vi artigo 29.º, n.º 1, al. a) e e), do RJAT.



24. Os factos pertinentes para o julgamento da causa foram assim selecionados e conformados em função da sua relevância jurídica, a qual é definida tendo em conta as várias soluções plausíveis das questões de direito para o objeto do litígio, tal como resulta do artigo 596.º, n.º 1, do CPC, aplicável *ex vi* do artigo 29.º, n.º 1, al. e), do RJAT.

25. Tendo em conta as posições assumidas pelas partes, o disposto nos artigos 110.º, n.º 7, e 115.º, n.º 1, ambos do CPPT, a prova documental e o PPA junto aos autos, consideram-se provados, com relevo para a decisão, os factos acima elencados.

#### **IV. DA INCOMPETÊNCIA MATERIAL DO TRIBUNAL ARBITRAL**

26. O âmbito de competência material do tribunal é de ordem pública e o seu conhecimento procede o de qualquer outra matéria (Cf. artigo 13.º do CPTA, aplicável *ex vi* do artigo 29.º, n.º 1, al. c), do RJAT), sendo que a infração das regras da competência em razão da matéria é de conhecimento oficioso (Cf. artigo 16.º do CPPT e artigos 96.º, al. a), e 97.º, n.º 1, do CPC, aplicável *ex vi* do artigo 29.º, n.º 1, al. a) e e), do RJAT).

27. A Autoridade Tributária defende, em suma, que:

(a) O Requerente, no pedido arbitral, vem suscitar ilegalidades que, por até ao momento ainda não terem sido colocadas à apreciação dos órgãos competentes, constituem uma questão nova relativamente à qual a AT não teve oportunidade de apreciar e, sobre a mesma, decidir; em concreto, as eventuais irregularidades ocorridas no que concerne à taxa aplicada aos dividendos recebidos pela D...;

(b) O que o Requerente pretende é obter o reembolso da quantia que considera indevidamente retida na fonte, a entrega excessiva do imposto nos cofres do Estado de deduções por retenção na fonte a título definitivo;

- (c) Ora, não é possível a impugnação direta deste ato de retenção na fonte, tendo o reembolso da quantia excessiva, necessariamente, de ser suscitado administrativamente com a interposição de um procedimento administrativo de reclamação graciosa;
- (d) Relativamente a estes atos de retenção na fonte não foi, administrativamente, suscitada a declaração de ilegalidade dos mesmo junto da AT;
- (e) Em suma: estamos na presença de uma situação de incompetência do CAAD para apreciar o pedido subsidiário de declaração de ilegalidades dos atos de retenção na fonte, no segmento relativo a eventual excesso de imposto retido na fonte, na medida em que não tendo tal pedido sido procedido de um procedimento administrativo de reclamação graciosa, a AT não teve oportunidade de apreciar a legalidade de tais atos, por via administrativa, antes de a questão ser sindicada em sede arbitral.

28. Vejamos, então, se assiste razão à Requerida.

29. O Requerente apresentou reclamação graciosa, nos termos do artigo 137.º do CIRC e artigo 132.º do CPPT, contra a retenção na fonte de IRC, a título definitivo, efetuada no ano de 2019, solicitando a restituição do montante retido no valor total de €60.669,34 (sessenta mil e seiscentos e sessenta e nove euros e trinta e quatro cêntimos) (Cf. Documentos n.ºs 15 e 16 juntos com o pedido de pronúncia arbitral, cujo teor se dá como reproduzido).

30. Posteriormente, e face ao indeferimento da reclamação graciosa, o Requerente propôs pedido de pronúncia arbitral, no qual contestou a decisão de indeferimento da dita reclamação, pugnando pela anulação integral dos aludidos atos de retenção na fonte de IRC, a título definitivo (pedido idêntico ao constante da reclamação graciosa) e, acrescentou, apenas, a título subsidiário, e para o caso de o tribunal arbitral não conceder provimento ao pedido principal de anulação da totalidade dos ditos atos, que os mesmos fossem parcialmente anulados, no montante correspondente a €10.746,31, por erro na aplicação da taxa de imposto (Cf. artigo 99.º, al a), do CPPT).

31. Ora, é sabido que a vinculação da AT à jurisprudência arbitral tributária e a consequente competência material dos tribunais arbitrais tributários em matéria de pretensões relativas à declaração de ilegalidade de atos de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamentos por conta depende do recurso prévio à via administrativa nos termos dos artigos 131.º a 133.º do CPPT, como prevê o artigo 2.º, al. a), da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março.

32. Sendo nosso entendimento, que a imposição ao recurso prévio à via administrativa foi, efetivamente, cumprida no caso dos autos, na medida em que os atos tributários de retenção na fonte de IRC, a título definitivo, sindicados no presente processo, são exatamente os mesmos cuja (i)legalidade a AT teve oportunidade de apreciar no dito procedimento de reclamação graciosa, não lhe tendo sido coartada tal possibilidade.

33. Com efeito, de acordo com o artigo 99.º, do CPPT, constitui fundamento de impugnação qualquer ilegalidade do ato, não se fazendo aí qualquer restrição relativamente aos vícios do ato de liquidação que podem ser invocados, isto é, qualquer limitação aos vícios invocados na reclamação graciosa.

34. Não é pelo facto de a reclamação graciosa poder ser deduzida com os mesmos fundamentos previstos para a impugnação judicial (artigo 70.º, n.º 1, do CPPT) que a mesma tem de ficar condicionada ou limitada aos fundamentos invocados naquela, como resulta do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 17.12.2015, no Processo n.º 369/04.8BEPRT, que aqui se transcreve:

*“2- Não incorre em excesso de pronúncia, a sentença que apreciou e decidiu uma ilegalidade do ato tributário invocada na impugnação judicial e que não havia sido suscitada no âmbito da fase graciosa.*

*3- Na impugnação judicial subsequente a decisão da AT que recaia sobre reclamação graciosa podem e devem, os órgãos jurisdicionais conhecer de todas as ilegalidades de substância que afetem o ato tributário impugnado, quer essas ilegalidades tenham ou não sido suscitadas na fase graciosa do litígio.”*

35. Esta questão foi igualmente objeto de apreciação e decisão no Acórdão do STA (Pleno), de 03.06.2015, no Processo n.º 0793/14, onde ficou expressamente consignado que:

*“Na impugnação judicial subsequente a decisão da AT que recaia sobre a reclamação graciosa ou pedido de revisão oficiosa do ato tributário, podem, e devem, os órgãos jurisdicionais conhecer de todas as legalidades de substância que afetem o ato tributário em crise, quer essas ilegalidades tenham ou não sido suscitadas na fase graciosa do litígio (...).”*

36. Dito isto, deve concluir-se que a impugnação judicial ou a decisão arbitral não estão limitadas ou condicionadas pelos fundamentos invocados na reclamação graciosa, podendo ter como fundamento qualquer ilegalidade do ato tributário.

37. Pelo que, sufragamos o entendimento proferido pelo Requerente de que *“A alegação de um vício – rectius, ilegalidade – dos atos que não foi suscitado em sede graciosa não é impeditiva do seu conhecimento pelo tribunal arbitral tributário, tão-pouco constitui causa de não vinculação da AT à jurisdição arbitral e de incompetência material.”*

38. Desta feita, compreendendo a competência dos tribunais arbitrais a apreciação das pretensões de declaração de ilegalidade de atos de retenção na fonte, é cristalino que o pedido principal (anulação da totalidade dos atos de retenção na fonte de IRC, a título definitivo) e o pedido subsidiário (anulação parcial dos ditos atos tributários, no montante correspondente a €10.746,31), formulados pelo Requerente, enquadram-se na matéria incluída na al. a) do n.º 1 do artigo 2.º do RJAT.

**39. Improcede, portanto, a exceção de incompetência material do Tribunal Arbitral suscitada pela Requerida.**

## **V. MATÉRIA DE DIREITO**

40. A questão *decidenda* consiste em determinar a compatibilidade do regime instituído pelo artigo 22.º do EBF, que prevê a retenção na fonte do imposto com carácter liberatório sobre os rendimentos de capital recebidos de entidades portuguesas a favor de OIC's não residentes em Portugal e estabelecidos noutros países da União Europeia, ao mesmo tempo que isenta desses mesmos rendimentos os OIC's constituídos ao abrigo da legislação fiscal Portuguesa e

residentes fiscais em Portugal, com o princípio da livre circulação de capitais, consagrado no artigo 63.º do TFUE.

## V. 1. DO ARTIGO 22.º DO EBF

41. Prevê o n.º 1 do artigo 22.º do EBF que:

*“São tributados em IRC, nos termos previstos neste artigo, os fundos de investimento mobiliário, fundos de investimento imobiliário, sociedades de investimento mobiliário e sociedade de investimento imobiliário que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional”.*

42. Acresce o n.º 3 e o n.º 6 do citado preceito normativo, nos quais se pode ler:

*“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 de 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 da 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 revertam para as entidades referidas no n.º 1.*

*6 - As entidades referidas no n.º 1 estão isentas de derrama municipal e derrama estadual.”*

43. Decorre, em especial do disposto nos n.ºs 3 e 6 do citado preceito normativo, que as entidades referidas no n.º 1 beneficiam de um regime consideravelmente mais favorável do que o regime geral de tributação em IRC, porquanto não são considerados, para efeitos do apuramento do lucro tributável, os rendimentos de capitais, os rendimentos prediais, as mais-valias, além de tais entidades se encontrarem isentas de derrama estadual e municipal.

44. Por outro lado, ao abrigo do n.º 1 da referida norma, o benefício fiscal aí estabelecido aplica-se aos OICs que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional, o que conduz a afastar, numa interpretação literal do preceito, os organismos equiparáveis que operem

---

no território nacional português segundo o nosso direito interno, mas que tenham sido constituídos segundo a legislação de um outro Estado-Membro da União Europeia.

45. Do que resulta que os OICs não residentes em território português são tributados em IRC, por retenção na fonte, a título definitivo, não se enquadrando no âmbito do benefício previsto nesta disposição (cf. artigos 87.º, n.º 4, 94.º, n.º 3, al. b) e, artigo 5.º, todos do CIRC), o que levanta a questão da compatibilidade deste tratamento fiscal dos OICs não residentes com o princípio da livre circulação de capitais, nos termos do artigo 63.º do TFUE.

## **V. 2. DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITALS**

46. Decorre de jurisprudência pacífica que, para determinar se uma legislação nacional é abrangida por uma das liberdades fundamentais asseguradas pelo TFUE, é necessário ter em consideração o objetivo da legislação em causa.

47. Pugna-se nos autos pela declaração de ilegalidade de atos de retenção na fonte de IRC, efetuados a título definitivo, sobre os rendimentos de capital pagos ao Requerente, por entidades estabelecidas em Portugal, entre os meses de janeiro e setembro de 2019, por incompatibilidade com o direito da União da legislação nacional que reserva o benefício fiscal de isenção de tributação por retenção na fonte apenas aos OICs constituídos e que operam de acordo com a legislação portuguesa.

48. O artigo 22.º do EBF, ao estabelecer o regime fiscal dos rendimentos recebidos por OICs residentes (que prevê nos seus n.ºs 1 e 3 a denominada regra da irrelevância para apuramento do lucro tributável dos rendimentos de capital, prediais e de mais-valias, estipulando um regime fiscal neutro para as entidades residentes), exclui do seu âmbito os rendimentos de capital dos OICs não constituídos em Portugal, o que poderá infringir o princípio da livre circulação de capitais, nos termos do artigo 63.º do TFUE.

## **V.3. DAS EVENTUAIS RESTRIÇÕES À LIVRE CIRCULAÇÃO DE CAPITALS**

49. Decorre de jurisprudência europeia assente que as medidas proibidas pelo artigo 63.º, n.º 1, do TFUE, enquanto restrições aos movimentos de capitais, compreendem as que são suscetíveis de dissuadir os não residentes de investir num Estado-Membro ou de dissuadir os residentes de investir noutros Estados.

50. É inequívoco que a isenção fiscal consagrada no artigo 22.º do EBF é concedida aos rendimentos de capital pagos a OICs constituídos e que operam de acordo com a legislação portuguesa, ao passo que os rendimentos de capital pagos a OICs estabelecidos noutros Estados-Membros não podem beneficiar dessa isenção.

51. Assim, a legislação nacional procede a um tratamento desfavorável dos rendimentos de capital pagos aos OICs não residentes, dissuadindo estes de investirem em entidades estabelecidas em Portugal, o que constitui uma restrição à livre circulação de capitais proibida, em princípio, pelo artigo 63.º do TFUE.

52. Não obstante, é certo que o artigo 65.º, n.º 1, al. a), do TFUE, prevê a possibilidade de os Estados-Membros aplicarem disposições restritivas de direito fiscal que determinem uma 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.

53. Contudo, essa previsão deve ser atenuada pelo requisito estabelecido no artigo 65.º, n.º 3, do TFUE, 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 citado artigo 63.º, ou seja, as restrições têm como limite a garantia da própria liberdade de circulação de capitais.

54. Assim, tal disposição – o artigo 65.º, n.º 1, al. a), do TFUE – *“enquanto derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, é de interpretação estrita. Por conseguinte, não pode ser interpretada no sentido de que qualquer legislação fiscal que comporte uma distinção entre os contribuintes em função do lugar em que residam ou do Estado-Membro onde invistam os seus capitais é automaticamente compatível com o Tratado*

---

*FUE. Com efeito, a derrogação prevista no artigo 65.º, n.º 1, al. a), TFUE é ela própria limitada pelo disposto no artigo 65.º, n.º 3, TFUE (...).” – Vd. Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Março de 2022, proferido em reenvio prejudicial no âmbito do Processo n.º C-545/19, (considerando 41).*

55. Desta feita, pese embora os Estados-Membros possam regular em alguma medida a circulação de capitais, existe uma proibição de diferenciação discriminatória arbitrária entre capitais do Estado-Membro e capitais provenientes de fora, em razão da nacionalidade ou da residência.

56. Posto isto, há que distinguir as diferenças de tratamento permitidas pelo artigo 65.º, n.º 1, al. a), do TFUE, das discriminações proibidas pelo artigo 65.º, n.º 3, do mesmo diploma.

57. Neste sentido, conforme afirmado pela jurisprudência europeia, para que uma legislação nacional possa ser considerada compatível com as disposições do TFUE, referentes à livre circulação de capitais, é necessário que a distinção de tratamento daí resultante respeite a situações que não sejam objetivamente comparáveis ou se justifique por uma razão imperiosa de interesse geral.

#### **V.4. DA COMPARABILIDADE DAS SITUAÇÕES**

58. Para aferir a comparabilidade das situações em apreço, e seguindo a jurisprudência europeia, é necessário apurar se (i) a situação fiscal dos detentores de participações sociais deve ser tida em conta do mesmo modo que a dos OICs e se (ii) esta comparabilidade pode ser afetada pela existência, no sistema fiscal português, de determinados impostos que recaem apenas sobre OICs residentes.

59. No que respeita à primeira questão, tem-se entendido, de forma unânime e reiterada, que a mesma não poderá ser levada em consideração, para a apreciação da comparabilidade das situações, pois, *“se o regime português em matéria de tributação dos dividendos visa, no intuito de não renunciar pura e simplesmente à tributação dos dividendos distribuídos por sociedades*



---

*residentes em Portugal, transferir essa tributação para a esfera dos detentores de participações sociais dos OICs, há que recordar que o Tribunal de Justiça já declarou que, sendo este o objetivo, são, em princípio, as condições materiais do poder de tributação sobre os rendimentos dos acionistas que devem ser consideradas determinantes e não a técnica de tributação utilizada” – Vd. Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Março de 2022, proferido em reenvio prejudicial no âmbito do Processo n.º C-545/19, (considerando 68).*

60. Logo, a comparabilidade das situações não fica comprometida pela técnica de tributação do legislador português ao deslocar a tributação para os detentores das participações em OICs residentes, penalizando, assim, os OICs não residentes.

61. Ora, os OICs não residentes podem ser detentores/titulares de participações sociais de entidades que tenham residência em Portugal e sobre cujos rendimentos este Estado-Membro exerce o seu poder de tributação, sendo manifesto que um OIC não residente encontra-se numa situação objetivamente comparável à de um OIC residente em Portugal.

62. Mais, *“como resulta de jurisprudência do Tribunal de Justiça, a situação de um OIC residente que beneficia de uma distribuição de dividendos é comparável à de um OIC não residente, na medida em que, em ambos os casos, os lucros realizados podem, em princípio, ser objeto de dupla tributação económica ou de tributação em cadeia.” – Vd. Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Março de 2022, proferido em reenvio prejudicial no âmbito do Processo n.º C-545/19, (considerando 72).*

63. Além de que, a leitura do artigo 22.º do EBF revela que a exclusão da tributação dos dividendos na esfera do OIC residente não está, de forma alguma, condicionada ou dependente da tributação destes mesmos rendimentos na esfera do investidor.

64. Por outro lado, apenas os critérios de distinção pertinentes estabelecidos pela legislação em apreço, *in casu* a Portuguesa, devem ser tidos em consideração para aferir se a distinção de tratamento resultante da mesma implica uma diferença de situação objetiva.

65. Com efeito, é cristalino que o único critério de distinção estabelecido pela nossa legislação assenta no lugar de residência dos OICs, sujeitando os OICs não residentes a uma retenção na fonte dos dividendos que recebem e isentando desta os OICs residentes.

66. Assim, a jurisprudência europeia tem apontado globalmente no sentido de dever considerar-se decisivo, para efeitos de comparabilidade, o facto de a lei portuguesa distinguir expressamente, em sede de retenção na fonte, os OICs, com base na sua residência – e não a situação fiscal, mais ou menos vantajosa, que os fundos não residentes possam beneficiar nos respetivos Estados da residência ou, ainda, a situação fiscal individual dos respetivos investidores.

67. E, conforme tem sido entendimento comum, tal critério (residência) não permite, sem mais, concluir pela existência de uma diferença objetiva de situações entre uns e outros.

68. Por sua vez, e no que respeita ao segundo ponto – a possível pertinência da existência, no sistema fiscal português, de determinados impostos (nomeadamente, o Imposto do Selo e o Imposto específico previsto no artigo 88.º, n.º 11, do CIRC), que recaem apenas sobre os OICs residentes – temos que o mesmo, também, não colocará os OICs (residentes e não residentes) numa situação objetivamente diferente.

69. Quanto ao Imposto do Selo, importa salientar, desde logo, que este é um imposto sobre o património, uma vez que a sua matéria coletável é constituída pelo valor líquido contabilístico dos OICs, não podendo ser, de forma alguma, equiparado a um imposto sobre o rendimento.

70. Aliás, *“a legislação fiscal portuguesa distingue, no caso dos OIC residentes, entre o rendimento do capital acumulado e o que é imediatamente redistribuído, apenas o primeiro sendo englobado na matéria coletável do referido imposto do selo.”*

71. E, mesmo que se considerasse que o dito imposto pode ser equiparado a um imposto sobre os dividendos, *“um OIC residente pode escapar a tal tributação dos dividendos procedendo à sua distribuição imediata, ao passo que esta possibilidade não está aberta a um OIC não residente.”* – Vd. Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Março de 2022, proferido

em reenvio prejudicial no âmbito do Processo n.º C-545/19, (considerandos 54 e 55, respetivamente).

72. Já no que respeita à tributação autónoma, à taxa de 23%, consagrada no artigo 88.º, n.º 11, do CIRC, a mesma só incidirá sobre os dividendos recebidos por OICs residentes quando as partes sociais a que respeitam os lucros não tenham permanecido na titularidade do mesmo sujeito passivo, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à data da sua colocação à disposição e não venham a ser mantidas durante o tempo necessário para completar esse período.

73. Assim, tal tributação está dependente de situações de ocorrência eventual e incerta (só incidindo sobre os dividendos de origem nacional recebidos por um OIC residente em casos limitados), pelo que não pode ser equiparada ao imposto geral de que são objeto os dividendos de origem nacional recebidos pelos OICs não residentes.

74. Desta feita, não colhe o argumento deduzido pela AT, a saber:

*“O regime fiscal aplicável aos OICs constituídos ao abrigo da legislação nacional, embora consagre a isenção dos dividendos distribuídos por sociedades residentes, não afasta a tributação desses rendimentos por outras formas, seja por tributação autónoma, seja em imposto de selo, quando os mesmos rendimentos integram o valor líquido desses organismos, logo, não pode afirmar-se, em substância, as situações em que se encontram aqueles OICs e os Fundos de Investimento constituídos e estabelecidos noutros Estados-Membros que auferem dividendos com fonte em Portugal, sejam objetivamente comparáveis.”*

75. O que o artigo 22.º, n.º s 1 e 3, do EBF evidencia é que é, única e exclusivamente, a residência noutro Estado-Membro (e não a sujeição a outros impostos ou qualquer outro fator de ordem fiscal) que obsta a que uma ampla gama de rendimentos – incluindo os de capital – obtidos em território português por OICs aqui não domiciliados possam ser desconsiderados no apuramento do respetivo lucro tributável.

76. Em síntese, há que concluir que a diferença de tratamento fiscal assente unicamente no critério da residência entre os OICs residentes e os OICs não residentes que resulta do artigo

22.º do EBF constitui, inequivocamente, uma distinção de tratamento entre OICs em situações objetivamente comparáveis.

## **V.5. DA EXISTÊNCIA DE UMA RAZÃO IMPERIOSA DE INTERESSE GERAL**

77. Neste âmbito, a jurisprudência europeia admite a possibilidade de se restringir o princípio da livre circulação de capitais consagrado no artigo 63.º do TFUE caso essa restrição se justifique por razões imperiosas de interesse geral, e seja adequada a garantir a realização do objetivo que se visa prosseguir e não for além do que é necessário para o alcançar.

78. Há, assim, que apurar se as três razões imperiosas de interesse geral chamadas à colação no presente processo – necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional; necessidade de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar; necessidade de prevenir as infrações fiscais entre os dois Estados-Membros – revestem tal natureza, justificando uma restrição ao aludido princípio.

79. No que respeita à necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional, enquanto justificação para restringir as liberdades fundamentais, é necessário que exista uma relação direta entre o benefício fiscal em causa e a compensação desse benefício por uma determinada imposição legal.

80. O que não se verifica em relação ao benefício fiscal em apreço, pois a isenção de retenção na fonte dos rendimentos obtidos pelos OICs residentes não está sujeita à condição dos dividendos recebidos pelos organismos serem redistribuídos por estes e de a sua tributação na esfera dos detentores de participações sociais permitir compensar a isenção de retenção na fonte.

81. Esta relação direta também não é satisfeita através da eventual sujeição dos OICs residentes às taxas de tributação autónoma de IRC e da verba 29 da Tabela Geral do Imposto do Selo.

82. Em conclusão: a necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional, assente apenas na pretensa instituição de um regime fiscal neutro, que desloca a tributação para a esfera dos investidores, não constitui justificação para uma restrição à livre circulação de capitais, decorrente da diferença de regime de tributação entre os OICs residentes e não residentes, visto que não ficou demonstrada a existência de qualquer relação direta entre o benefício fiscal em causa e a compensação por dada imposição legal.

83. Por outro lado, e no que toca ao segundo fundamento – a necessidade de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre os Estados-Membros – entende-se, acompanhando a posição adotada pelo TFUE, que quando um Estado-Membro tenha optado por não tributar os OICs residentes beneficiários de dividendos de origem nacional, não pode invocar a necessidade de garantir a repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, para justificar a tributação de OICs não residentes beneficiários de tais rendimentos.

84. Na verdade, as restrições assentes na necessidade de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre os Estados-Membros apenas podem ser admitidas quando um regime visa prevenir comportamentos suscetíveis de comprometer o direito de um Estado exercer a sua competência fiscal em relação às atividades realizadas no seu território, o que não se verifica no regime instituído pela legislação portuguesa para a tributação dos OICs não residentes.

85. Isto porque *“se os Estados Membros utilizarem a liberdade de sujeitar a imposto os rendimentos gerados no seu território, são obrigados a respeitar o princípio da igualdade de tratamento e as liberdades de circulação garantidas pelo direito primário da União.”* – Vd. Decisão Arbitral proferida no processo n.º 528/2019-T.

86. Por fim, no que respeita à necessidade de prevenção de infrações fiscais, sempre se dirá que é o próprio Estado Português que opta deliberadamente por diferenciar entre fundos residentes e não residentes para efeitos de retenção na fonte (isentando os primeiros e sujeitando

a tributação os segundos, com base, única e exclusivamente, na residência), colocando-os numa situação comparável, e em seguida tratando-os de forma diferente.

87. Para além de que a diferenciação de tributação que resulta do artigo 22.º do EBF não visa especificamente a prevenção de expedientes puramente artificiais e desprovidos de materialidade, nem tampouco faz qualquer menção a esta.

88. Assim, e face a todo o exposto, sufragamos a conclusão do Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de março de 2022, proferido em reenvio prejudicial no âmbito do processo n.º C-545/19 e do qual a Requerida lançou mão para peticionar pela suspensão do presente processo, a saber:

*“O artigo 63.º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro por força da qual os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um organismo de investimento coletivo (OIC) não residente são objeto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção”.*

89. Desta feita, havendo de atender-se a que a diferença de tratamento na legislação fiscal nacional, em relação à livre circulação de capitais, apenas é compatível com as disposições do TFUE se respeitar a situações objetivamente não comparáveis (o que não é o caso dos autos), ou se se justificar por razões imperiosas de interesse geral (as quais também não se verificaram nos autos), o presente Tribunal julga ilegais e a anula os atos de retenção na fonte de IRC sindicados (objeto mediato do pedido de pronúncia arbitral), bem como a decisão de indeferimento da reclamação graciosa contra eles apresentado (objeto imediato do pedido de pronúncia arbitral), por assentarem em disposição legal que viola o princípio da liberdade de circulação de capitais consagrado no artigo 63.º, n.º 1, do TFUE.

## **VI. REEMBOLSO DO IMPOSTO INDEVIDAMENTE PAGO E JUROS INDEMNIZATÓRIOS**

90. De harmonia com disposto na al. b) do artigo 24.º do RJAT, a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação vincula a AT, a partir do termo

---

do prazo previsto para o recurso ou impugnação, devendo esta, nos exatos termos da procedência da decisão arbitral a favor do sujeito passivo e, até ao termo do prazo previsto para a execução espontânea das sentenças dos tribunais judiciais tributários, “*restabelecer a situação que existiria se o ato tributário objeto da decisão arbitral não tivesse sido praticado, adotando os atos e operações necessários para o efeito*”, de acordo com o preceituado no artigo 100.º da LGT (aplicável por força do disposto na al. a) do n.º 1 do artigo 29.º, do RJAT).

91. Nestes termos, deverá a AT restituir ao Requerente a quantia €60.669,34 (sessenta mil e seiscentos e sessenta e nove euros e trinta e quatro cêntimos), relativa às retenções na fonte de IRC suportadas por este em Portugal sobre os rendimentos de capital de fonte portuguesa auferidos entre os meses de janeiro e setembro de 2019.

92. O n.º 5, do artigo 24.º, do RJAT, ao estipular que “*é devido o pagamento de juros, independentemente da sua natureza, nos termos previstos na lei geral tributária e no Código de Procedimento e de Processo Tributário*”, deve ser entendido como permitido o reconhecimento do direito a juros indemnizatórios no processo arbitral.

93. Nos termos do artigo 43.º, n.º 1, da LGT, o direito a juros indemnizatórios pressupõe que haja sido pago imposto por montante superior ao devido e que tal derive de erro, de facto ou de direito, imputável aos serviços da AT.

94. No caso dos autos, é manifesto que os serviços da AT se limitaram a aplicar a lei vigente, a qual encerra um regime discriminatório em sede de tributação de IRC em relação a OICs não residentes, comparativamente aos OICs residentes em território nacional, o que consubstancia uma violação do artigo 63.º do TFUE.

95. Em face da unidade do nosso sistema jurídico e visto que, nos termos do n.º 4 do artigo 8.º da CRP, o direito comunitário faz parte integrante da ordem jurídica interna, a referida violação do artigo 63.º do TFUE consubstancia um erro de direito imputável aos serviços.

96. Por todas as razões *supra* enunciadas, atenta a ilegalidade dos atos de retenção na fonte de IRC contestados, deverá a AT proceder ao pagamento de juros indemnizatórios ao

Requerente, à taxa legal, sobre o montante de €60.669,34 (sessenta mil e seiscentos e sessenta e nove euros e trinta e quatro cêntimos), contados desde a data dos referidos atos de retenção na fonte até ao momento do processamento da nota de crédito, conforme decorre do n.º 1 do artigo 43.º da LGT e do artigo 61.º do CPPT.

## VII. DECISÃO

Termos em que se decide neste Tribunal Arbitral julgar o pedido de pronúncia arbitral inteiramente procedente e, em consequência:

- a) Declarar a ilegalidade e anular os atos tributários de retenção na fonte ora sindicados (objeto mediato do pedido de pronúncia arbitral), bem como o ato de indeferimento da reclamação graciosa n.º 308..., que teve como objeto os ditos atos (objeto imediato do pedido de pronúncia arbitral), por erro nos pressupostos de direito, por violação da liberdade de circulação de capitais consagrada no artigo 63.º do TFUE;
- b) Condenar a Requerida à restituição da quantia €60.669,34 (sessenta mil e seiscentos e sessenta e nove euros e trinta e quatro cêntimos), relativa a retenções na fonte de IRC suportadas pelo Requerente em Portugal sobre os rendimentos de capital de fonte portuguesa auferidos entre os meses de janeiro e setembro de 2019;
- c) Condenar a Requerida no pagamento de juros indemnizatórios, à taxa legal, sobre o montante de €60.669,34 (sessenta mil e seiscentos e sessenta e nove euros e trinta e quatro cêntimos), contados desde a data dos referidos atos de retenção na fonte até ao momento do processamento da nota de crédito, conforme decorre do n.º 1 do artigo 43.º da LGT e do artigo 61.º do CPPT.

## VIII. VALOR DA CAUSA

Fixa-se ao processo o valor de **€60.669,34** (sessenta mil e seiscentos e sessenta e nove euros e trinta e quatro cêntimos), nos termos do artigo 97.º-A do CPPT, aplicável por força do disposto



---

no artigo 29.º, n.º 1, al. a), do RJAT, e do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária (RCPAT).

## **IX. CUSTAS**

Nos termos do artigo 22.º, n.º 4, do RJAT, fixa-se o montante das custas em **€2.448,00** (dois mil e quatrocentos e quarenta e oito euros), nos termos da tabela I anexa ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, a cargo da Requerida em razão do decaimento.

Notifiquem-se as partes e o Ministério Público junto dos TCAS, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 17.º, n.º 3, do RJAT.

(Texto elaborado em computador, nos termos do artigo 131.º, n.º 5, do CPC, aplicável por remissão do artigo 29.º, n.º 1, al. e), do RJAT.)

Lisboa, 7 de junho de 2022

**O Tribunal Arbitral Coletivo,**

**Rita Correia da Cunha**

(Presidente)

**Luís Menezes Leitão**

(Árbitro Adjunto)

**Susana Mercês**

(Árbitra Adjunta)