

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 131/2021-T

Tema: IRC – Organismos de Investimento Coletivo não Residentes – Retenções na Fonte – Discriminação e Violação da Livre Circulação de Capitais – Arts. 22.º, n.ºs 1 a 3 e 10 EBF e 63.º do TFUE.

DECISÃO ARBITRAL

Os árbitros Alexandra Coelho Martins (presidente), Diogo Leite de Campos e Nina Aguiar (vogais), designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa (“CAAD”) para formarem o Tribunal Arbitral Coletivo, constituído em 21 de maio de 2021, acordam no seguinte:

I. RELATÓRIO

A..., na qualidade de representante e entidade gestora do Fundo de Investimento Imobiliário de direito alemão **B...**, doravante designado por “Requerente”, com sede em ..., Alemanha, titular do número de identificação fiscal alemão ..., apresentou, em 1 de março de 2021, pedido de constituição de Tribunal Arbitral e de pronúncia arbitral, ao abrigo dos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), 5.º, n.º 3, alínea a), 6.º, n.º 2, alínea a) e 10.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2, todos do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (“RJAT”), aprovado pelo Decreto-lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, na redação vigente.

É Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira, doravante referida por “AT” ou “Requerida”.

O Requerente pretende que sejam anulados os atos tributários de retenção na fonte respeitantes a IRC referentes aos períodos de tributação compreendidos entre 1 de agosto de 2016 e 31 de julho de 2018, no montante global de € 268.386,86, tendo deduzido a presente ação arbitral na sequência do indeferimento tácito do pedido de revisão oficiosa submetido em 30 de julho de 2020 contra tais atos tributários.

Em 1 de março de 2021, o pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite pelo Exmo. Senhor Presidente do CAAD e seguiu a sua normal tramitação com a notificação à AT.

Em conformidade com os artigos 5.º, n.º 3, alínea a), 6.º, n.º 2, alínea a), e 11.º, n.º 1, alínea a), todos do RJAT, o Conselho Deontológico do CAAD designou os árbitros do Tribunal Arbitral Coletivo, que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável. As Partes, tendo sido notificadas dessa designação, não se opuseram.

O Tribunal Arbitral Coletivo ficou constituído em 21 de maio de 2021.

Em 27 de agosto de 2021, a Requerida apresentou a sua Resposta, com defesa por exceção e por impugnação, e juntou o processo administrativo (“PA”).

Por despacho de 20 de setembro de 2021, o Tribunal Arbitral determinou a suspensão da instância, por estar pendente no Tribunal de Justiça o processo de reenvio prejudicial C-545/19 no qual se colocava questão similar à suscitada na presente ação, em relação à conformidade ao direito da União Europeia da discriminação existente no artigo 22.º do EBF na tributação de dividendos, por retenção na fonte, entre Organismos de Investimento Coletivo (“OIC”) residentes e não residentes, por forma a assegurar a conformidade da pronúncia arbitral com a interpretação do direito europeu realizada pelo Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional dotado de competência para o efeito.

Na sequência do acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de março de 2022 no mencionado processo C-545/19, o Tribunal Arbitral, por despacho de 21 de março,

determinou a cessação da suspensão da instância e dispensou a reunião prevista no artigo 18.º do RJAT, por desnecessidade, ao abrigo dos princípios da autonomia na condução do processo e da celeridade, simplificação e informalidade processuais (artigos 16.º, alínea c) e 29.º, n.º 2 do RJAT), notificando-se as Partes para se pronunciarem, querendo.

As Partes foram notificadas para apresentarem alegações, o que fizeram em 4 de maio de 2022.

O prazo para prolação da decisão foi prorrogado ao abrigo do artigo 21.º, n.º 2 do RJAT, por despacho de 10 de maio de 2022, derivado da tramitação processual, da interposição de períodos de férias judiciais e da situação pandémica.

II. QUESTÕES A DECIDIR

A primeira questão que cumpre apreciar respeita à alegada exceção de intempestividade do pedido de revisão oficiosa deduzido contra os atos tributários impugnados, com fundamento na revogação do n.º 2 do artigo 78.º da LGT, a qual, em caso de procedência, conduz à inimpugnabilidade dos mesmos e à consequente absolvição [da Requerida] da instância (v. artigos 89.º, n.º 2 e n.º 4, alínea i) do CPTA, *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, alínea c) do RJAT).

Não se verificando a questão prévia invocada pela Requerida, importará decidir o mérito da causa relativo à admissibilidade de um regime de tributação diferenciado, para efeitos de IRC, dos rendimentos de capitais auferidos por OIC – *in casu*, Fundos de Investimento Imobiliário – que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional e Fundos da mesma natureza “não residentes” e sem estabelecimento estável em Portugal.

A legislação portuguesa prevê que os OIC “residentes” não sejam tributados a final pelo recebimento de rendimentos de capitais (v. artigos 22.º, n.ºs 1 e 3 do EBF e 5.º, n.º 1 e n.º

2, alíneas a) e h) do Código do IRS), não estando também sujeitos a tributação no momento do seu pagamento ou colocação à disposição (artigo 22.º, n.º 10 do EBF). Diversamente, os OIC não residentes e sem estabelecimento estável em Portugal, nos quais se inclui o Requerente, estão sujeitos a tributação em IRC, por retenção na fonte a título definitivo à taxa de 25%, dos juros e dividendos pagos por entidades localizadas em território português, imposto que não poderia deduzir (v. artigo 94.º, n.º 1, alínea c), n.º 3, alínea b) e n.º 6, e artigo 87.º, n.º 4, todos do Código do IRC).

Discute-se, neste âmbito, a discriminação injustificada em razão da nacionalidade (v. artigo 18.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – “TFUE”) e a consequente restrição às liberdades fundamentais violadora do princípio da livre circulação de capitais (v. artigo 63.º do TFUE), tendo em conta que o regime de retenção na fonte, à taxa de 25%, não é aplicável a organismos de investimento coletivo (“OIC”) que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional, prevendo o artigo 22.º, n.º 10 do EBF a dispensa de retenção na fonte em relação aos rendimentos de capitais auferidos por estes últimos. Em síntese, a tributação dos OIC não residentes é, em circunstâncias equiparáveis, mais gravosa do que a tributação de idênticas entidades que residam em território nacional.

Tendo sido suscitada pela Requerida a intempestividade do pedido de pronúncia arbitral (“ppa”), cujo conhecimento tem caráter prioritário, começa-se por apreciar a, logo após a fixação da matéria de facto.

III. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

1. MATÉRIA DE FACTO PROVADA

Com relevo para a decisão, importa atender aos seguintes factos:

- A. O B..., aqui Requerente, é um Fundo de Investimento Imobiliário Especial constituído e operando ao abrigo da legislação alemã de investimento, residente, para efeitos fiscais, na Alemanha, nos termos do artigo 4.º da Convenção celebrada entre a República Portuguesa e a República Alemã para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal (“Convenção”), sendo a sua entidade gestora o A... GMBH, sociedade de direito alemão – cf. Documento n.º 4 junto pelo Requerente.
- B. Entre 2016 e 2020, o Requerente era titular da totalidade do capital social da sociedade de direito português C..., S.A. (adiante C...) – cf. resulta do cotejo dos Documentos n.ºs 5 e 6 juntos pelo Requerente sendo o A... GMBH anteriormente designado por D... GMBH.
- C. De acordo com a Circular n.º 6/2015, de 17 de junho de 2015, a AT determinou que:

“[...]

Razão das instruções

Na sequência da publicação do Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro, que procedeu à reforma do regime de tributação dos organismos de investimento coletivo (OIC), alterando o Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 215/89, de 1 de julho, o Código do Imposto do Selo (CIS), aprovado pela Lei n.º 150/99, de 11 de setembro e a Lei n.º 64-A12008, de 31 de dezembro, no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, e com o objetivo de divulgar as características essenciais deste novo regime, bem como esclarecer eventuais dúvidas de interpretação, foi, por despacho de 16-06-2015, do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, determinada a emissão dos seguintes esclarecimentos:

Artigo 22.º, n.º 1 do EBF

Âmbito de aplicação

1. O regime de tributação dos OIC estabelecido no artigo 22.º do EBF é aplicável aos rendimentos obtidos após 1 de julho de 2015 por 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.

Artigo 22.º, n.º 2 do EBF

Artigo 22.º, n.º 3 do EBF

Determinação do lucro tributável

2. Nos termos do n.º 2 do artigo 22.º do EBF, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 7/2015, o apuramento do lucro tributável dos OIC corresponde ao resultado líquido do período, apurado segundo as normas contabilísticas aplicáveis a essas entidades.

3. Contudo, o n.º 3 do mesmo artigo exclui da determinação do lucro tributável dos OIC os rendimentos de capitais, prediais e mais-valias, referidos, respetivamente, 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.

4. Esta exclusão abrange todos os rendimentos, realizados ou potenciais, que tenham a natureza de rendimentos de capitais, prediais ou mais-valias, incluindo, nomeadamente, as menos-valias realizadas ou potenciais, os rendimentos vencidos e ainda não recebidos, os rendimentos e gastos decorrentes da aplicação do justo valor a instrumentos financeiros e imóveis que integrem o

património do fundo, bem como os ganhos ou perdas associados a variações cambiais, os quais consubstanciam, por natureza, rendimentos daquelas categorias e, de acordo com o normativo contabilístico aplicável aos OIC, devem ser contabilizados conjuntamente com os ativos que lhes deram origem. [...] Os rendimentos obtidos pelas entidades abrangidas por este regime estão dispensados de retenção na fonte, não estando, igualmente, estas entidades obrigadas a efetuar pagamentos por conta nem pagamentos especiais por conta [...]

Artigo 22.º, n.ºs 9 a 13 do EBF

Liquidação e pagamento do imposto

[...]

17. Os rendimentos obtidos pelas entidades abrangidas por este regime estão dispensados de retenção na fonte, não estando, igualmente, estas entidades obrigadas a efetuar pagamentos por conta nem pagamentos especiais por conta.

[...]”.

- D.** Entre 1 de agosto de 2016 e 30 de junho de 2018, o Requerente auferiu dividendos distribuídos pela C... no montante de € 868.431,73, tendo em relação aos mesmos sido retida na fonte a importância de € 130.264,76, a título de IRC. O ato de retenção na fonte mais recente tem data limite de pagamento de 20 de junho de 2018 – cf. Documentos n.ºs 1 a 3 juntos pelo Requerente.
- E.** No mesmo período (entre 1 de agosto de 2016 e 30 de junho de 2018), ao abrigo de um contrato de financiamento (“Shareholders Loan Agreement”) celebrado entre o Requerente e a C..., aquela auferiu juros no montante bruto de € 920.813,90, sobre os quais incidiram retenções na fonte, a título de IRC, no valor de € 138.122,10. O ato de retenção na fonte mais recente tem data limite de

pagamento de 20 de junho de 2018 – cf. Documentos n.ºs 1 a 3 e 5 juntos pelo Requerente.

- F. Em 31 de julho de 2020, o Requerente apresentou revisão oficiosa contra as retenções na fonte identificadas nos dois pontos antecedentes, não tendo sido proferida sobre a mesma, até ao presente, decisão administrativa – cf. Documento n.º 6 junto pelo Requerente e provado por acordo (processo administrativo – “PA”).
- G. Por não se conformar com as retenções na fonte, em sede de IRC, sobre dividendos e juros acima identificadas, o Requerente apresentou junto do CAAD, em 1 de março de 2021, o pedido de constituição do Tribunal Arbitral Coletivo que deu origem ao presente processo – cf. registo de entrada do pedido de pronúncia arbitral (“ppa”) no SGP do CAAD.

2. MOTIVAÇÃO E FACTOS NÃO PROVADOS

Os factos pertinentes para o julgamento da causa foram escolhidos e recortados em função da sua relevância jurídica, em face das soluções plausíveis das questões de direito, nos termos da aplicação conjugada dos artigos 123.º, n.º 2 do CPPT, 596.º, n.º 1 e 607.º, n.º 3 do Código de Processo Civil (“CPC”), aplicáveis por remissão do artigo 29.º, n.º 1, alíneas a) e e) do RJAT.

No que se refere aos factos provados, a convicção dos árbitros fundou-se essencialmente na análise crítica da prova documental junta aos autos que, sem o necessário relevo jurídico, merece, em geral, o acordo do Requerente e da Requerida. Não obstante, esta última, em fase de alegações, após a pronúncia do Tribunal de Justiça, veio invocar *ex novo* que a prova documental produzida nos autos não demonstra “*a qualidade de entidade equiparada a um OIC constituído de acordo com a legislação nacional*” que “*impede a consideração da factualidade apurada na presente ação arbitral à luz da jurisprudência vertida no acórdão do TJUE proferido no processo de reenvio prejudicial n.º C-545/19*”.

Trata-se, porém, de um juízo conclusivo, *i.e.*, de direito, que será apreciado na fundamentação jurídica.

Com relevo para a decisão não existem factos que devam considerar-se não provados.

IV. EXCEÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE E DEMAIS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

O Tribunal foi regularmente constituído e é competente em razão da matéria, respeitante a atos de liquidação de retenções na fonte, a título definitivo, de IRC, atenta a conformação do objeto do processo (v. artigos 2.º, n.º 1, alínea a) e 5.º do RJAT e 2.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março).

As partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias, têm legitimidade e encontram-se regularmente representadas (v. 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).

Sobre a tempestividade, na sua resposta, a Requerida pugna pela absolvição da instância com fundamento na caducidade do direito de ação do Requerente, alegando ser inaplicável ao caso o prazo de 4 anos de que esta se prevalece. De acordo com a Requerida, a pretensão do Requerente apenas teria enquadramento no n.º 2 do artigo 78.º da LGT, que ficcionava que o erro na autoliquidação era um erro imputável aos serviços. Porém, à data dos factos, esta norma já se encontrava revogada.

Na perspetiva da AT, tendo sido tal preceito legal revogado pela alínea h) do n.º 1 do artigo 215.º da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março (LOE2016), com a consequente supressão da ficção legal de “*imputabilidade do erro aos serviços*” quanto aos atos tributários autoliquidados, foi eliminada essa garantia dos contribuintes, passando estes a ter o ónus de comprovar a imputabilidade do erro, que anteriormente se “*presumia atribuída aos serviços*”.

Assim, partindo da configuração de atos de retenção na fonte a título definitivo como autoliquidações de imposto, a Requerida sustenta que a revisão daqueles só poderia beneficiar do prazo de 4 anos se o contribuinte demonstrasse que ocorreu erro imputável aos serviços, ónus que, em seu entender, o Requerente não satisfaz, além de afirmar que não houve erro de direito ou de facto imputável aos Serviços. Nos demais casos, o pedido de revisão efetuado por iniciativa do sujeito passivo deve ser apresentado no prazo de reclamação administrativa, que é de 2 anos, de acordo com o disposto no artigo 131.º, n.º 1 do CPPT, o qual, na situação vertente, estava esgotado, uma vez que o pedido de revisão oficiosa foi apresentado em 31 de julho de 2020 e o ato de retenção na fonte mais recente tem data limite de pagamento de 20 de junho de 2018.

Do ponto de vista do Requerente, a entidade pagadora que procedeu à retenção na fonte estava no exercício de uma atividade administrativa, sendo essa atividade de substituto tributário comparável à de um agente administrativo, pelo que o erro de direito é imputável à administração tributária, nos termos do artigo 78.º, n.º 1 da LGT, tendo usado o prazo de 4 anos assente nessa convicção.

Decidindo a questão prévia, antecipa-se que este Tribunal Arbitral não pode acompanhar o entendimento da AT. Em primeiro lugar, porque as situações de substituição tributária, nas quais se insere a retenção na fonte¹, não correspondem, nem são equiparáveis a autoliquidações, pelo menos por banda do retido. Relembra-se que na substituição tributária por retenção na fonte, o devedor dos rendimentos deduz aos mesmos um montante que irá entregar ao credor tributário.

¹ V. neste sentido o artigo 20.º da LGT que, sob a epígrafe “*Substituição tributária*” dispõe o seguinte:

“1 - A substituição tributária verifica-se quando, por imposição da lei, a prestação tributária for exigida a pessoa diferente do contribuinte.

2 - A substituição tributária é efetivada, designadamente, através do mecanismo de retenção na fonte do imposto devido.”

Assim, um terceiro impõe ao sujeito passivo o pagamento do imposto, subtraindo-lhe esse valor do pagamento a efetuar, disponibilizando-lhe apenas o remanescente, inexistindo um ato de autoliquidação por parte do sujeito passivo cujos rendimentos são objeto de retenção.

Note-se que esta distinção tem claro acolhimento nos artigos 131.º a 133.º do CPPT ao estabelecer a disciplina de reclamação prévia necessária para os atos de autoliquidação (131.º) e de pagamentos por conta (133.º) e de retenção na fonte (132.º), pressupondo a distinta qualificação e natureza destas três realidades às quais dedica preceitos autónomos.

Desta forma, a situação vertente enquadra-se diretamente no n.º 1 do artigo 78.º da LGT e não tem cabimento na previsão do revogado n.º 2 do mesmo artigo, pelo que soçobra a arguição da Requerida.

Ao que se expôs acresce ainda que, no caso dos autos, a retenção na fonte foi efetuada pelo substituto tributário de acordo com as orientações administrativas constantes da Circular n.º 6/2015, de 17 de junho, acima parcialmente transcrita, que constitui um regulamento administrativo. Esta Circular reflete precisamente a diferença de tratamento, objeto central da presente ação, entre os OIC residentes (na aceção de constituídos e operando de acordo com a legislação nacional) e não residentes. É razoável e legítimo concluir, como o faz o Requerente, que quando o substituto tributário procedeu às retenções na fonte vertentes, o fez no cumprimento das – e tendo por base as – orientações genéricas da Autoridade Tributária contidas na citada Circular n.º 6/2015, de 17 de junho, que impunham tal comportamento. Assim, os atos de retenção na fonte que materializaram a tributação dos rendimentos do Requerente foram determinados por erro da AT.

Pelo que, ainda que as retenções na fonte impugnadas fossem enquadráveis como autoliquidações, estaria preenchida a condição de “erro imputável aos serviços”, de que depende a aplicação do prazo de 4 anos previsto no artigo 78.º, n.º 1 da LGT, face à alegação de erro de direito, por violação do direito da União Europeia.

Aliás, o erro referido no utilizado artigo 78.º, n.º 1 da LGT pode ser de facto ou de Direito. Esta é a posição correta e perfilhada por Requerente e Requerida. Para este efeito, não assume interesse decisivo saber qual a veste que a Requerida tomou, substituta tributária ou outra qualquer veste. A lei não distingue e, neste caso, o Tribunal também entende não haver que distinguir. O artigo 78.º, n.º 1 da LGT é suficientemente abrangente.

Como veremos quanto ao problema de fundo, a AT ao exigir aos OIC com sede fora de Portugal um imposto no momento da colocação à sua disposição dos rendimentos, e não aos outros OIC estava a violar o Direito europeu. Violando também a CRP que coloca como princípio básico a dignidade da pessoa (artigo 1.º). Dignidade que impõe igualdade, também neste caso.

A este respeito uma nota final no sentido de não se deverem confundir os requisitos de aplicabilidade do prazo de 4 anos previsto no artigo 78.º, n.º 1 da LGT, que constituem condição de admissibilidade do processo (ou instância), com as condições de procedência (de mérito) da ação. Neste âmbito, saber se, efetivamente, estão reunidos os pressupostos do erro imputável aos serviços é questão que se situa no plano do conhecimento do fundo da causa, do qual não depende a contagem do prazo para a propositura da ação, que se afere com a causa de pedir nos termos em que esta foi modelada pelo Requerente. Dito de outro modo, não é necessário concluir que o Requerente tem razão quanto ao preenchimento e verificação dos pressupostos do alegado “erro imputável aos serviços”, ou seja, decidir pela procedência da ação, para aquilatar da tempestividade da ação. É suficiente que o erro de direito imputável aos serviços (no caso concreto, por violação do direito da União Europeia) seja a causa de pedir invocada.

À face do exposto, conclui este Tribunal Arbitral pela não verificação da invocada extemporaneidade do pedido de revisão oficiosa apresentado pelo Requerente em 30 de julho de 2020, relativamente aos atos de retenção na fonte impugnados, reportados ao período de agosto de 2016 a junho de 2018. Conclui-se também pela tempestividade da ação arbitral,

deduzida em 1 de março de 2021, *i.e.*, dentro do prazo de 90 dias previsto no artigo 10.º, n.º 1, alínea a) do RJAT, contado da formação da presunção de indeferimento tácito, em 30 de novembro de 2020², de acordo com a remissão operada para o artigo 102.º, n.º 1 do Código de Procedimento e de Processo Tributário (“CPPT”) (aplicando-se, neste caso, a respetiva alínea d)).³ Nestes termos, quer o pedido de revisão, quer a ação arbitral foram oportunamente apresentados.

Não foram identificadas outras questões prévias ou nulidades processuais.

V. DO MÉRITO

Passemos agora ao problema de fundo: saber se devia ter havido retenção na fonte ou, em termos gerais, qualquer amputação dos rendimentos enviados para o estrangeiro, quando tal amputação não existia quanto aos rendimentos auferidos em Portugal e destinados a uma entidade residente.

Nesta matéria, o Requerente e a Requerida desenvolveram profundas e doutas considerações, que mereceram também muito cuidadosa análise.

Contudo, estão postas em causa ou ultrapassadas pelo decidido no processo C-545/19 do Tribunal de Justiça da União Europeia, no seguimento de reenvio prejudicial, com os fundamentos que *infra* se transcrevem.

² De notar que o prazo de caducidade do direito de ação terminava num domingo (dia 28 de fevereiro de 2021), pelo que esse prazo se transferiu para o primeiro dia útil (v. artigos 3.º-A do RJAT, 138.º do Código de Processo Civil e 279.º, alínea e) do Código Civil).

³ Interessa assinalar que, caso se tivesse concluído pela intempestividade do pedido de revisão dos atos de retenção na fonte, o respetivo efeito processual não seria o da subsequente intempestividade desta ação, que só se verifica se o prazo de 90 dias previsto no artigo 10.º, n.º 1, alínea a) do RJAT, contado a partir dos factos elencados no artigo 102.º do CPPT, não for respeitado. O que sucede neste caso é que a extemporaneidade do pedido de revisão impediria o Tribunal Arbitral de conhecer do mérito da questão por haver “*caso decidido ou caso resolvido*”. Veja-se, a respeito da impugnação judicial, em que se coloca questão idêntica, o entendimento sufragado no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 14 de outubro de 2020, processo n.º 0937/02.2BTLRS 0318/15.

Antes, porém, convém referir que a questão, apenas suscitada em fase de alegações pela Requerida, de que não estava demonstrada pelo Requerente a sua qualidade de entidade equiparada a um OIC constituído de acordo com a legislação nacional, consubstancia um fundamento inovador que não consta da Resposta ao ppa, pelo que estava precluída a respetiva invocação.

Não obstante, cabendo ao Tribunal a aferição dos pressupostos materiais da causa de pedir do Requerente, sempre se dirá que este configura um Fundo de Investimento Imobiliário Especial constituído ao abrigo da legislação alemã, conforme atestado pelas autoridades fiscais desse Estado-Membro. Enquanto Fundo de Investimento Imobiliário constituído ao abrigo da legislação alemã, enquadrado e submetido ao direito da União Europeia, nomeadamente à Diretiva 2011/ 61/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2011, o Requerente é uma entidade equiparada a um OIC residente em qualquer Estado Membro da União Europeia nos termos dessa Diretiva, nomeadamente a um OIC residente em Portugal, como também se retira do disposto na Lei n.º 16/ 2015, de 24 de fevereiro (v. artigo 2.º, n.º 1, alínea bb)).

Retomando o ponto central que nos ocupa, relativo à compatibilidade do regime doméstico com o direito da União Europeia, decidiu o Tribunal de Justiça que 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 OIC não residente, como o Requerente, são objeto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção. Fundamenta aquele órgão jurisdicional europeu nos seguintes termos:

“Quanto à existência de uma restrição à livre circulação de capitais

36 *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 suscetíveis de dissuadir os não residentes de investir num Estado-Membro*

ou de dissuadir os residentes de investir noutros Estados (v., designadamente, Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 27 e jurisprudência referida, e de 30 de janeiro de 2020, Köln-Aktiefonds Deka, C-156/17, EU:C:2020:51, n.º 49 e jurisprudência referida).

37 *No caso em apreço, é facto assente que a isenção fiscal prevista pela legislação nacional em causa no processo principal é concedida aos OIC constituídos e que operam de acordo com a legislação portuguesa, ao passo que os dividendos pagos a OIC estabelecidos noutro Estado-Membro não podem beneficiar dessa isenção.*

38 *Ao proceder a uma retenção na fonte sobre os dividendos pagos aos OIC não residentes e ao reservar aos OIC residentes a possibilidade de obter a isenção dessa retenção na fonte, a legislação nacional em causa no processo principal procede a um tratamento desfavorável dos dividendos pagos aos OIC não residentes.*

39 *Esse tratamento desfavorável pode dissuadir, por um lado, os OIC não residentes de investirem em sociedades estabelecidas em Portugal e, por outro, os investidores residentes em Portugal de adquirirem participações sociais em OIC e constitui, por conseguinte, uma restrição à livre circulação de capitais proibida, em princípio, pelo artigo 63.º TFUE (v., por analogia, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.os 44, 45 e jurisprudência referida).*

40 *Não obstante, segundo o artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE, o disposto no artigo 63.º TFUE não prejudica o direito de os Estados-Membros aplicarem 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.*

41 *Esta disposição, 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, alínea a), TFUE é ela própria limitada pelo disposto no artigo 65.º, n.º 3, TFUE, que prevê que as disposições nacionais a que se refere o n.º 1 desse artigo «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 [TFUE]» [Acórdão de 29 de abril de 2021, Veronsaajien oikeudenvolventayksikkö (Rendimentos distribuídos por OICVM), C-480/19, EU:C:2021:334, n.º 29 e jurisprudência referida].

42 O Tribunal de Justiça declarou igualmente que, por conseguinte, há que distinguir as diferenças de tratamento permitidas pelo artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE das discriminações proibidas pelo artigo 65.º, n.º 3, TFUE. Ora, para que uma legislação fiscal nacional possa ser considerada compatível com as disposições do Tratado FUE relativas à livre circulação de capitais, é necessário que a diferença de tratamento daí decorrente diga respeito a situações que não sejam objetivamente comparáveis ou se justifique por uma razão imperiosa de interesse geral [Acórdão de 29 de abril de 2021, Veronsaajien oikeudenvolventayksikkö (Rendimentos distribuídos por OICVM), C-480/19, EU:C:2021:334, n.º 30 e jurisprudência referida].

Quanto à existência de situações objetivamente comparáveis

43 Para apreciar a comparabilidade das situações em causa, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, por um lado, sobre a questão de saber se a situação dos detentores de participações deve ser tida em conta do mesmo modo que a dos OIC e, por outro, sobre a eventual pertinência da existência, no sistema fiscal português, de certos impostos aos quais apenas estão sujeitos os OIC residentes.

44 O Governo português alega, em substância, que as respetivas situações dos OIC residentes e dos OIC não residentes não são objetivamente comparáveis uma vez que a

tributação dos dividendos recebidos por estas duas categorias de organismos de investimento de sociedades residentes em Portugal é regulada por técnicas de tributação diferentes — a saber, por um lado, esses dividendos são objeto de retenção na fonte quando são pagos a um OIC não residente e, por outro, estão sujeitos ao imposto do selo e ao imposto específico previsto no artigo 88.º, n.º 11, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas quando são pagos a um OIC residente.

45 *Este Governo indica igualmente que resulta do artigo 22.º-A do EBF que os dividendos distribuídos por OIC residentes a detentores de participações sociais residentes em território português ou que sejam imputáveis a um estabelecimento estável situado neste território são tributados à taxa de 28 % (quando os beneficiários estão sujeitos ao imposto sobre o rendimento das pessoas singulares) ou de 25 % (quando os beneficiários estão sujeitos ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas), ao passo que os dividendos pagos a detentores de participações sociais que não residem no território português e que não têm estabelecimento estável neste último estão, em princípio, isentos do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares e do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (com algumas exceções destinadas essencialmente a prevenir abusos).*

46 *Segundo o referido Governo, há uma estreita coerência entre a tributação dos rendimentos dos OIC e dos detentores de participações sociais nestes organismos. Assim, o modelo português de tributação dos OIC, de natureza «compósita», conjuga estruturalmente os impostos incidentes, por um lado, sobre os OIC residentes, ou seja, o imposto do selo e o imposto específico previsto no artigo 88.º, n.º 11, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, bem como, por outro, os incidentes sobre os detentores de participações sociais em tais organismos, conforme referidos no número anterior. Estas diferentes tributações, muito bem integradas entre si, sendo cada uma delas imprescindível à coerência do sistema de tributação instituído, devem ser entendidas como um todo.*

47 *Além disso, este mesmo Governo acrescenta, em substância, que, no âmbito da apreciação da comparabilidade das situações em causa, não se deve abstrair dos efeitos da*

transparência fiscal que caracteriza a relação entre a recorrente no processo principal e os detentores de participações sociais na mesma, o que leva a que a retenção na fonte efetuada em Portugal possa ser imediatamente repercutida nos detentores de participações sociais que, não estando isentos de imposto, podem imputar ou, ainda, creditar a sua participação dessa retenção efetuada em Portugal sobre o imposto do qual são devedores na Alemanha.

48 *Por último, o Governo português considera que, ao ter livremente optado por não operar em Portugal através de um estabelecimento estável, a recorrente no processo principal autoexcluiu-se de qualquer comparação com os OIC estabelecidos em Portugal, sendo a sua situação, isso sim, comparável a todas as situações das demais entidades não residentes e cujos dividendos auferidos em Portugal são sempre tributados a taxas nunca inferiores a 25 %.*

49 *Resulta de jurisprudência constante que, a partir do momento em que um Estado, de modo unilateral ou por via convencional, sujeita ao imposto sobre o rendimento não só os contribuintes residentes mas também os contribuintes não residentes, relativamente aos dividendos que auferem de uma sociedade residente, a situação dos referidos contribuintes não residentes assemelha-se à dos contribuintes residentes (Acórdão de 22 de novembro de 2018, Sofina e o., C-575/17, EU:C:2018:943, n.º 47 e jurisprudência referida).*

50 *Quanto ao argumento do Governo português que figura no n.º 44 do presente acórdão, há que recordar que, nas circunstâncias que deram origem ao Acórdão de 22 de dezembro de 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762), o Tribunal de Justiça admitiu a aplicação, aos beneficiários de rendimentos de capitais, de técnicas de tributação diferentes consoante esses beneficiários sejam residentes ou não residentes, uma vez que esta diferença de tratamento diz respeito a situações que não são objetivamente comparáveis (v., neste sentido, Acórdão de 22 de dezembro de 2008, Truck Center, C-282/07, EU:C:2008:762, n.º 41).*

51 *Do mesmo modo, no processo que deu origem ao Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), o Tribunal de Justiça declarou que o tratamento diferenciado da tributação dos dividendos pagos a fundos de pensões segundo a qualidade de residente ou de não residente destes últimos, resultante da aplicação, a esses fundos respetivos, de dois métodos de tributação diferentes, era justificado pela diferença de situação entre estas duas categorias de contribuintes à luz do objetivo prosseguido pela regulamentação nacional em causa nesse processo, bem como do seu objeto e do seu conteúdo.*

52 *No entanto, sob reserva da verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, a legislação nacional em causa no processo principal não se limita a prever diferentes modalidades de cobrança de imposto em função do local de residência do OIC beneficiário de dividendos de origem nacional, mas prevê, na realidade, uma tributação sistemática dos referidos dividendos que onera apenas os organismos não residentes (v., por analogia, Acórdão de 8 de novembro de 2012, Comissão/Finlândia, C-342/10, EU:C:2012:688, n.º 44 e jurisprudência referida).*

53 *A este propósito, importa salientar, por um lado, no que respeita ao imposto do selo, que resulta tanto das observações escritas apresentadas pelas partes como da resposta do órgão jurisdicional de reenvio ao pedido de informações do Tribunal de Justiça que, pelo facto de a sua matéria coletável ser constituída pelo valor líquido contabilístico dos OIC, esse imposto do selo é um imposto sobre o património, que não pode ser equiparado a um imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas.*

54 *Além disso, como salientou a advogada-geral no n.º 47 das suas conclusões, no processo principal, 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. Ora, este aspeto basta, por si só, para distinguir este processo do que deu origem ao Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402).*

55 *Com efeito, mesmo considerando que esse mesmo imposto do selo possa 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.*

56 *Por outro lado, no que se refere ao imposto específico previsto no artigo 88.º, n.º 11, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, resulta das indicações da Autoridade Tributária, contidas na decisão de reenvio, que, por força desta disposição, este imposto só incide sobre os dividendos recebidos por OIC 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. Assim, o imposto previsto pela referida disposição só incide sobre os dividendos de origem nacional recebidos por um OIC residente em casos limitados, pelo que não pode ser equiparado ao imposto geral de que são objeto os dividendos de origem nacional recebidos pelos OIC não residentes.*

57 *Por conseguinte, a circunstância de os OIC não residentes não estarem sujeitos ao imposto do selo e ao imposto específico previsto no artigo 88.º, n.º 11, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas não os coloca numa situação objetivamente diferente em relação aos OIC residentes no que se refere à tributação dos dividendos de origem portuguesa.*

58 *Em seguida, quanto ao argumento do Governo português que figura no n.º 48 do presente acórdão, há que salientar que, como alegou a Comissão em resposta às perguntas escritas do Tribunal de Justiça, no domínio da livre prestação de serviços, ao abrigo do artigo 56.º TFUE, os operadores económicos devem ser livres de escolher os meios adequados para exercer as suas atividades num Estado-Membro diferente do da sua residência, independentemente de se estabelecerem ou não de modo permanente nesse outro*

Estado-Membro, não devendo esta liberdade ser limitada por disposições fiscais discriminatórias.

59 *Além disso, na medida em que o argumento do Governo português se refere à pretensa necessidade de ter em conta a situação dos detentores de participações sociais, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a comparabilidade de uma situação transfronteiriça com uma situação interna do Estado-Membro em causa deve ser examinada tendo em conta o objetivo prosseguido pelas disposições nacionais controvertidas (v., designadamente, Acórdão de 30 de abril de 2020, Société Générale, C-565/18, EU:C:2020:318, n.º 26 e jurisprudência referida), bem como o objeto e o conteúdo destas últimas (v., designadamente, Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 48 e jurisprudência referida).*

60 *Por outro lado, apenas os critérios de distinção pertinentes estabelecidos pela legislação em causa devem ser tidos em conta para apreciar se a diferença de tratamento resultante dessa legislação reflete uma diferença de situação objetiva (v., neste sentido, Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 49 e jurisprudência referida).*

61 *No caso em apreço, no que diz respeito, em primeiro lugar, ao objeto, ao conteúdo e ao objetivo do regime português em matéria de tributação dos dividendos, seja ao nível dos próprios OIC ou dos seus detentores de participações sociais, resulta tanto da resposta do órgão jurisdicional de reenvio ao pedido de informação do Tribunal de Justiça como da resposta do Governo português às perguntas escritas que lhe foram dirigidas no âmbito do presente processo que o referido regime foi concebido numa lógica de «tributação à saída», ou seja, os OIC que são constituídos e operam de acordo com a legislação portuguesa estão isentos do imposto sobre o rendimento, sendo o encargo que este último representa transferido para os detentores de participações sociais que têm a qualidade de residentes, estando os detentores de participações sociais não residentes dele isentos.*

62 *Com efeito, o Governo português precisou que o regime nacional em matéria de tributação dos dividendos visava alcançar objetivos como, nomeadamente, evitar a dupla tributação económica internacional e transferir a tributação na esfera dos OIC para a esfera dos respetivos participantes, procurando assim que a tributação incidente sobre estes rendimentos seja aproximadamente equivalente à que ocorreria caso esses rendimentos tivessem sido obtidos diretamente pelos participantes nesses mesmos OIC.*

63 *Caberá ao órgão jurisdicional de reenvio, que tem competência exclusiva para interpretar o direito nacional, tendo em conta todos os elementos da legislação fiscal em causa no processo principal e o conjunto dos elementos constitutivos desse mesmo regime de tributação, determinar o objetivo principal prosseguido pela legislação nacional em causa no processo principal (v., neste sentido, Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Köln-Aktienfonds Deka, C-156/17, EU:C:2020:51, n.º 79).*

64 *Se o órgão jurisdicional de reenvio concluir que o regime português em matéria de tributação dos dividendos visa evitar a dupla tributação dos dividendos pagos por sociedades residentes, atendendo à qualidade de intermediário dos OIC face aos seus detentores de participações sociais, importa recordar que o Tribunal de Justiça já declarou que, relativamente às medidas previstas por um Estado-Membro para evitar ou atenuar a tributação em cadeia ou a dupla tributação económica dos rendimentos distribuídos por uma sociedade residente, as sociedades beneficiárias residentes não se encontram necessariamente numa situação comparável à das sociedades beneficiárias não residentes (Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 53 e jurisprudência referida).*

65 *Todavia, como resulta do n.º 49 do presente acórdão, a partir do momento em que um Estado-Membro, de modo unilateral ou por via convencional, sujeita ao imposto sobre o rendimento não só as sociedades residentes mas também as sociedades não residentes, relativamente aos rendimentos que auferem de uma sociedade residente, a situação das referidas sociedades não residentes assemelha-se à das sociedades residentes.*

66 *Com efeito, é unicamente o exercício por esse mesmo Estado da sua competência fiscal que, independentemente de tributação noutro Estado-Membro, cria um risco de tributação em cadeia ou de dupla tributação económica. Em tal caso, para que as sociedades beneficiárias não residentes não sejam confrontadas com uma restrição à livre circulação de capitais, proibida, em princípio, pelo artigo 63.º TFUE, o Estado de residência da sociedade distribuidora deve assegurar que, em relação ao mecanismo previsto no seu direito nacional para evitar ou atenuar a tributação em cadeia ou a dupla tributação económica, as sociedades não residentes sejam submetidas a um tratamento equivalente ao tratamento de que beneficiam as sociedades residentes (Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 55 e jurisprudência referida).*

67 *Tendo a República Portuguesa optado por exercer a sua competência fiscal sobre os rendimentos auferidos pelos OIC não residentes, estes encontram-se, por conseguinte, numa situação comparável à dos OIC residentes em Portugal no que respeita ao risco de dupla tributação económica dos dividendos pagos pelas sociedades residentes em Portugal (v., por analogia, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 56 e jurisprudência referida).*

68 *Caso o órgão jurisdicional de reenvio chegue à conclusão de que 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 OIC, há que recordar que o Tribunal de Justiça já declarou que, se o objetivo da legislação nacional em causa for deslocar o nível de tributação do veículo de investimento para o acionista desse veículo, 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 (Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 60).*

69 *Ora, um OIC não residente pode ter detentores de participações sociais que tenham residência fiscal em Portugal e sobre cujos rendimentos este Estado-Membro exerce o seu poder de tributação. Nesta perspetiva, um OIC não residente encontra-se numa situação objetivamente comparável à de um OIC residente em Portugal (v., por analogia, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 61).*

70 *É certo que a República Portuguesa não pode tributar os detentores de participações sociais não residentes sobre os dividendos distribuídos por OIC não residentes, como aliás o Governo português admitiu tanto nas suas observações escritas como em resposta às perguntas que lhe foram submetidas pelo Tribunal de Justiça. Contudo, essa impossibilidade é coerente com a lógica de deslocação do nível de tributação do veículo para o detentor de participações sociais (v., por analogia, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 62).*

71 *No que respeita, em segundo lugar, aos critérios de distinção pertinentes, na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça referida no n.º 60 do presente acórdão, há que observar que o único critério de distinção estabelecido pela legislação nacional em causa no processo principal se baseia no lugar de residência dos OIC, sujeitando apenas os organismos não residentes a uma retenção na fonte dos dividendos que recebem.*

72 *Ora, 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 beneficiário 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 (v., neste sentido, Acórdão de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 58 e jurisprudência referida).*

73 *Por conseguinte, o critério de distinção a que se refere a legislação nacional em causa no processo principal, que tem por objeto unicamente o lugar de residência dos OIC,*

não permite concluir pela existência de uma diferença objetiva de situações entre os organismos residentes e os organismos não residentes.

74 *Atendendo a todos os elementos precedentes, há que concluir que, no caso em apreço, a diferença de tratamento entre os OIC residentes e os OIC não residentes diz respeito a situações objetivamente comparáveis.*

Quanto à existência de uma razão imperiosa de interesse geral

75 *Há que recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, uma restrição à livre circulação de capitais pode ser admitida se se justificar por razões imperiosas de interesse geral, for adequada a garantir a realização do objetivo que prossegue e não for além do que é necessário para alcançar esse objetivo [Acórdão de 29 de abril de 2021, Veronsaajien oikeudenvolvontayksikkö (Rendimentos distribuídos por OICVM), C-480/19, EU:C:2021:334, n.º 56 e jurisprudência referida].*

76 *No caso em apreço, há que constatar que, embora o órgão jurisdicional de reenvio não invoque essas razões no pedido de decisão prejudicial, uma vez que este se concentra na eventual comparabilidade das situações em causa no processo principal, o Governo português alega, tanto nas suas observações escritas como em resposta às perguntas que lhe foram submetidas pelo Tribunal de Justiça, que a restrição à livre circulação de capitais efetuada pela legislação nacional em causa no processo principal se justifica à luz de duas razões imperiosas de interesse geral, a saber, por um lado, a necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional e, por outro, a de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre os dois Estados-Membros em causa, ou seja, a República Portuguesa e a República Federal da Alemanha.*

77 *No que respeita, em primeiro lugar, à necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional, o Governo português considera, como resulta do n.º 46 do presente acórdão, que o modelo de tributação português dos dividendos constitui um modelo*

«compósito». Assim, só seria possível garantir a coerência deste modelo se a entidade gestora dos OIC não residentes operasse em Portugal através de um estabelecimento estável, de modo a que essa entidade pudesse concretizar as retenções na fonte necessárias junto dos detentores de participações sociais residentes, bem como, em certos casos excecionais orientados por considerações ligadas ao facto de evitar a planificação fiscal, junto dos detentores de participações sociais não residentes.

78 A este respeito, há que recordar que, embora o Tribunal de Justiça tenha declarado que a necessidade de preservar a coerência de um regime fiscal nacional pode justificar uma regulamentação nacional suscetível de restringir as liberdades fundamentais (v., neste sentido, 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.º 50 e jurisprudência referida, e de 13 de março de 2014, *Bouanich*, C-375/12, EU:C:2014:138, n.º 69 e jurisprudência referida), precisou, contudo, que, para que um argumento baseado nessa justificação possa ser acolhido, é necessário que esteja demonstrada a existência de uma relação direta entre o benefício fiscal em causa e a compensação desse benefício por uma determinada imposição fiscal (v., neste sentido, Acórdão de 8 de novembro de 2012, *Comissão/Finlândia*, C-342/10, EU:C:2012:688, n.º 49 e jurisprudência referida, e de 13 de novembro de 2019, *College Pension Plan of British Columbia*, C-641/17, EU:C:2019:960, n.º 87).

79 Ora, no presente processo, como resulta do n.º 71 do presente acórdão, a isenção da retenção na fonte dos dividendos em benefício dos OIC residentes não está sujeita à condição de os dividendos recebidos pelos organismos serem redistribuídos por estes e de a sua tributação na esfera dos detentores de participações sociais permitir compensar a isenção da retenção na fonte (v., por analogia, 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.º 52, e de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 93).

80 *Consequentemente, não há uma relação direta, na aceção da jurisprudência referida no n.º 78 do presente acórdão, entre a isenção da retenção na fonte dos dividendos de origem nacional auferidos por um OIC residente e a tributação dos referidos dividendos enquanto rendimentos dos detentores de participações sociais nesse organismo.*

81 *A necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional não pode, por conseguinte, ser invocada para justificar a restrição à livre circulação de capitais induzida pela legislação nacional em causa no processo principal.*

82 *No que diz respeito, em segundo lugar, à necessidade de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre a República Portuguesa e a República Federal da Alemanha, há que recordar que, como o Tribunal de Justiça declarou reiteradamente, a justificação baseada na preservação da repartição equilibrada do poder de tributar entre os Estados-Membros pode ser admitida quando o regime em causa visa prevenir comportamentos suscetíveis de comprometer o direito de um Estado-Membro exercer a sua competência fiscal em relação às atividades realizadas no seu território (v., neste sentido, Acórdão de 22 de novembro de 2018, Sofina e o., C-575/17, EU:C:2018:943, n.º 57 e jurisprudência referida, e de 20 de janeiro de 2021, Lexel, C-484/19, EU:C:2021:34, n.º 59).*

83 *No entanto, como o Tribunal de Justiça também já declarou, quando um Estado-Membro tenha optado, como na situação em causa no processo principal, por não tributar os OIC residentes beneficiários de dividendos de origem nacional, não pode invocar a necessidade de garantir uma repartição equilibrada do poder de tributar entre os Estados-Membros para justificar a tributação dos OIC não residentes beneficiários desses rendimentos (Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 71 e jurisprudência referida).*

84 *Daqui resulta que a justificação baseada na preservação de uma repartição equilibrada do poder de tributar entre os Estados-Membros também não pode ser acolhida.*

85 *Atendendo a todas as considerações precedentes, há que responder às questões submetidas que o artigo 63.º 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 OIC não residente são objeto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.”*

Atendendo à citada jurisprudência do Tribunal de Justiça, idêntico raciocínio é de aplicar aos juros auferidos, também qualificados de rendimentos de capitais, que partilham do mesmo regime dos dividendos.

Em síntese, à face da interpretação do Tribunal de Justiça no processo C-545/19, os OIC não residentes e sem estabelecimento estável em Portugal, como o Requerente, não podem ser tributados por retenção na fonte a título definitivo em relação a rendimentos de capitais (*in casu*, juros e dividendos), quando, os OIC residentes, por referência aos mesmos rendimentos não são objeto de tributação, nem estão sujeitos a retenção na fonte no momento do seu pagamento ou colocação à disposição (v. artigos 22.º, n.ºs 1, 3 e 10 do EBF), pois tal regime consubstancia uma restrição à livre circulação de capitais, vedada pelo artigo 63.º do TFUE, pelo que se julga a ação procedente em relação às duas tipologias de rendimentos [dividendos e juros].

Sobre os juros indemnizatórios, conclui-se que assiste ao Requerente o direito ao seu recebimento, por se verificar o pressuposto de erro imputável aos serviços, por violação do direito da União Europeia, nos termos do disposto no artigo 43.º, n.º 1 e n.º 3, alínea c) da LGT. Tratando-se de revisão de atos tributários por iniciativa do contribuinte, os juros só começam a contar-se se a revisão se efetuar mais de um ano após o pedido deste, ou seja, a partir de 31 de julho de 2021.

* * *

Por fim, importa referir que foram conhecidas e apreciadas as questões relevantes submetidas à apreciação deste Tribunal, não o tendo sido aquelas cuja decisão ficou prejudicada pela solução dada a outras, ou cuja apreciação seria inútil (artigo 608.º do Código de Processo Civil (“CPC”), *ex vi* do artigo 29.º, n.º 1, alínea e), do RJAT).

VI. DECISÃO

De harmonia com o *supra* exposto, acordam os árbitros deste Tribunal Arbitral em julgar procedente o pedido arbitral, com a consequente:

- (a) Anulação das retenções na fonte de IRC acima identificadas no valor de € 268.386,86;
- (b) Condenação da AT ao pagamento de juros indemnizatórios, nos termos do disposto no artigo 43.º, n.º 3, alínea c) da LGT, contados a partir de 31 de julho de 2021, tudo com as legais consequências.

VII. VALOR DO PROCESSO

Fixa-se ao processo o valor de € **268.386,86**, indicado pelo Requerente, correspondente ao valor das retenções na fonte de IRC cuja anulação se pretende, e não impugnado pela Requerida (valor da utilidade económica do pedido), de harmonia com o disposto nos artigos 3.º, n.º 2 do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária (“RCPAT”), 97.º-A, n.º 1, alínea a) do CPPT e 306.º, n.ºs 1 e 2 do CPC, este último *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, alínea e) do RJAT.

VIII. CUSTAS

Custas no montante de € **4.896,00**, a cargo da Requerida, por decaimento, de acordo com a Tabela I anexa ao RCPAT, e com o disposto nos artigos 12.º, n.º 2 e 22.º, n.º 4 do

RJAT; 4.º, n.º 5 do RCPAT e 527.º, n.ºs 1 e 2 do CPC, *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, alínea e) do RJAT.

Notifique-se.

Lisboa, 11 de julho de 2022

Os árbitros,

Alexandra Coelho Martins

Diogo Leite de Campos

Nina Aguiar