

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 99/2019-T

Tema: IRC 2016. Retenção na Fonte de IRC no pagamento de dividendos a OIC Não Residente. OIC residente fiscal na Alemanha. Liberdade de circulação de capitais. Reenvio Prejudicial.

SUMÁRIO:

1) A legislação portuguesa em IRC ao tributar por retenção na fonte (RF) dividendos de fonte portuguesa distribuídos a Organismos de Investimento Coletivo (OIC) constituídos ao abrigo da legislação de outro Estado Membro - ao mesmo tempo que permite aos OIC equiparáveis constituídos ao abrigo da legislação nacional beneficiar, em idêntica situação, de isenção dessa RF - não é compatível com o Direito da UE; 2) Por violação da liberdade fundamental de circulação de capitais consagrada no Art.º 63.º do TFUE e em aplicação da Jurisprudência do TJUE *cf.* Acórdão de 17.03.2022, Proc. C-545/19; 3) As liquidações de IRC por RF sobre dividendos distribuídos a OIC não residente em aplicação dessa mesma legislação são, consequentemente, de anular.

DECISÃO ARBITRAL

1. Relatório

A..., Organismo de Investimento Coletivo constituído de acordo com o direito alemão, com o número de identificação fiscal português ..., com sede em ..., Alemanha, doravante designado por “Requerente”, “Sujeito Passivo” ou simplesmente “SP”, representado por B... GMBH, na qualidade de sociedade gestora, com sede na mesma morada, vem, ao abrigo dos art.ºs 2.º, n.º 1 al. a) e 10.º, n.º 1 al. a) do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (D.L. n.º 10/2011, de

20 de Janeiro, doravante “RJAT”), submeter ao CAAD pedido de constituição do Tribunal Arbitral.

Peticiona, assim, a declaração de ilegalidade de actos de retenção na fonte, em IRC, reportados ao exercício de 2016.

Às retenções na fonte (“RF”) em crise corresponde um valor total de € 31.221,75.

O Requerente, Organismo de Investimento Colectivo (“OIC”) de direito alemão, constituído sob a forma contratual, detinha, em 2016, lotes de participações sociais em três sociedades com sede em Portugal e assim, enquanto accionista, recebeu nesse ano dividendos que foram sujeitos a tributação, por retenção na fonte, à taxa liberatória de 25%.

Tem sede na Alemanha e não dispõe de estabelecimento estável em Portugal. É gerido por entidade gestora de Fundos de Investimento, sediada na Alemanha. Sendo sujeito passivo de IRC, qualifica, em Portugal, para efeitos fiscais, como Não Residente (“NR”).

É um fundo aberto, autónomo, que tem por base o contrato entre a entidade gestora, os investidores e o banco responsável pela custódia dos valores mobiliários. Não reveste, assim, a forma de sociedade comercial.

Tem por objecto apenas a administração, gestão e investimento do seu património, e é à entidade gestora que cabe decidir, distribuir ou reservar os seus proveitos. Os direitos dos investidores resumem-se aos de receber dividendos e solicitar o resgate de unidades de participação (“UPS”).

Qualifica como residente fiscal na Alemanha. Encontra-se sujeito, aí, a imposto sobre as pessoas colectivas, mas beneficiando de uma isenção. O que, nota, o impossibilita de recuperar a título de crédito por dupla tributação internacional (“DTI”) impostos suportados

ou pagos no estrangeiro, ou de formular qualquer pedido de reembolso dos impostos suportados ou pagos no estrangeiro.

As RF em crise, *supra*, efectuadas a título liberatório aquando do pagamento dos dividendos, tiveram lugar à taxa de 25% nos termos do art.º 87.º, n.º 4 al. c) do CIRC, refere. Era entidade responsável pela custódia dos títulos a C... .

O imposto retido foi entregue, refere ainda, junto dos cofres do Estado - Portugal, Estado da Fonte (EF), assim tendo suportado a quantia total de € 31.221,75.

Segundo o Requerente, a RF que lhe foi efectuada na distribuição de dividendos auferidos de sociedades residentes em Portugal - quando a distribuição de tais dividendos a OICs estabelecidos e domiciliados em Portugal está isenta - viola o artigo 63.º do TFUE.

Nessa base apresentou reclamação graciosa (RG) pugnando pela anulação dos actos de RF em crise (doravante também “as Retenções na Fonte” ou “as RF”), a qual foi indeferida.

Não se conforma com a decisão de indeferimento, nem com as RF, pelo que vem interpor o Pedido de Pronúncia Arbitral (PPA) na origem destes autos.

Entre o mais, expõe que enquanto entidade constituída ao abrigo da lei alemã, com residência nesse Estado Membro da UE (“EM”), é-lhe vedado beneficiar da norma de isenção prevista no art.º 22.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF) (conforme redacção introduzida pelo DL n.º 7/2015, de 13 de Janeiro, que procedeu à reforma do regime de tributação dos OIC). E assim, defende, aquando da distribuição de dividendos por sociedades sediadas em Portugal, um OIC constituído ao abrigo do Regime Geral dos OIC (RGOIC) estava sujeito, no ano em causa, a um regime fiscal mais favorável do que o aplicável a um OIC constituído de acordo com a lei de outro EM, como é o seu caso.

A situação assume maior gravidade no seu caso por beneficiar, no seu Estado de Residência (Alemanha), do estatuto de entidade isenta de tributação – que o impede de recuperar o imposto retido na fonte (em Portugal).

Conclui, no essencial e entre o mais, que caso tivesse sido constituído ao abrigo da lei portuguesa não teria incidido RF, em IRC, sobre os dividendos. Ao invés, e porque não pode beneficiar do mesmo regime de um OIC Residente, está sujeito a IRC a uma taxa definitiva de 25% sobre os dividendos obtidos de sociedades residentes.

Apela às liberdades fundamentais consagradas no TFUE - em especial no artigo 63.º (liberdade de circulação de capitais) - e defende decorrer da legislação pertinente do Ordenamento Jurídico-Tributário Português tratamento discriminatório entre OICs constituídos ao abrigo da lei portuguesa e OICs constituídos ao abrigo de normas de outros EM. Convoca, em defesa da sua posição, Jurisprudência do TJUE. Sendo as situações em questão, defende, objectivamente comparáveis.

O art.º 22.º do EBF é contrário ao Direito da União Europeia (“Direito da UE” ou “DUE”), cujas normas prevalecem sobre o Direito Interno, *cf.* art.ºs 8.º da CRP e 1.º da LGT. Resulta violada a Constituição, concretamente os princípios da legalidade tributária e do primado do Direito Internacional, e a liberdade de circulação de capitais. São violados o art.º 8.º da CRP, e os art.ºs 18.º e 63.º do TFUE, refere.

Peticona, assim, a anulação das RF, e do despacho de indeferimento da RG - por vício de violação de lei -, a devolução da quantia de € 31.221,75, juros indemnizatórios e a condenação da Requerida em custas.

Requer, subsidiariamente, se proceda Reenvio Prejudicial.

As posições das Partes são divergentes, no essencial, quanto à alegada - alegada pelo Requerente, e não acompanhada pela Requerida - ilegalidade do regime jurídico de tributação

de OICs Não Residentes (OIC NR), do qual foi feita aplicação nos actos em crise. Regime que o Requerente defende ser violador do DUE e, por essa via, estarem aqueles feridos de ilegalidade.

É Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante “AT” ou “Requerida”).

O pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite pelo Presidente do CAAD a 14.02.2019 e notificado à AT.

Nos termos do disposto na al. b) do n.º 1 do art.º 11.º do RJAT, o Conselho Deontológico designou como árbitro do Tribunal Arbitral singular a ora signatária, que atempadamente aceitou o encargo.

A 04.04.2019 as Partes foram notificadas da designação de árbitro e não manifestaram intenção de a recusar, *cf.* art.º 11º, n.º 1, al. a) e b) do RJAT e art.ºs 6.º e 7.º do Código Deontológico.

Nos termos do disposto na al. c) do n.º 1 do art.º 11.º do RJAT, o Tribunal Arbitral singular foi constituído em 26.04.2019.

Notificada para o efeito, a AT apresentou Resposta, pugnando pela improcedência do PPA por não provado, e pela conseqüente manutenção dos actos em crise na Ordem Jurídica. Entende, em síntese, que as RF (e o acto de segundo grau) não padecem do vício que lhes vem imputado. Subsidiariamente requer seja dado provimento ao pedido de Reenvio Prejudicial.

Em defesa da sua posição remete para a fundamentação na RG, daí salientando alguns pontos. Entre o mais, e sumariando, o de não competir a ela Requerida avaliar da conformidade das normas internas com as do TFUE, nem apreciar da sua constitucionalidade, cabendo-lhe actuar em conformidade com a lei.

Faz notar que o Requerente terá optado por não solicitar o reembolso *cf.* CDT PT-Alemanha, art.º 10.º, n.º 2, que estabelece um limite máximo de 15% do valor bruto dos dividendos para o imposto cobrado no EF, e que será assim que faz incidir o PPA sobre o montante total de € 31.221,75.

Expõe que o Requerente na descrição do regime fiscal dos OIC Residentes omite dois aspectos, de relevo. Um referente à opção do legislador de aliviar os OIC Residentes da tributação em IRC mas deslocando a tributação para a esfera do Imposto do Selo (IS). Refere, neste ponto, o aditamento à TGIS da Verba 29 e a tributação trimestral que da mesma resulta - incluídos potencialmente na base tributável dividendos distribuídos -, tributação da qual ficam excluídos os OICs constituídos e a operar ao abrigo de legislação estrangeira. Outro referente à sujeição às taxas de Tributação Autónoma (TA), *cf.* art.º 88.º, n.º 11 do CIRC e art.º 22.º, n.º 8 do EBF. Sendo que só os OIC Residentes (os abrangidos pelo art.º 22.º do EBF) estão obrigados a liquidar e entregar a TA incidente sobre os lucros distribuídos (isto, quando as partes sociais em questão não sejam detidas ininterruptamente há pelo menos um ano).

Refere também os Fundos de Investimento constituídos ao abrigo da legislação alemã serem, até 31.12.2017, tratados em geral como veículos transparentes. E assim qualquer rendimento gerado pelo Fundo ser tributável na esfera dos respectivos investidores, independentemente de distribuição. De onde também decorre, como melhor desenvolve, que os regimes fiscais de uns e outros OICs - “Portugueses” *versus* “Alemães” - não são genericamente comparáveis. A tributação dos primeiros abrange uma tributação em IRC sobre um lucro tributável que integra rendimentos marginais e repousa sobretudo em IS, ao passo que os segundos se encontravam isentos em imposto sobre o rendimento e aparentemente também de outros impostos.

Não pode afirmar-se de forma categórica - como faz o Requerente - que os primeiros estavam sujeitos em 2016 a um regime fiscal mais favorável na distribuição de dividendos de fonte portuguesa que os OICs constituídos segundo a legislação de qualquer outro EM.

Para efeitos de comparação da carga fiscal respectiva é redutor atender apenas ao imposto retido na fonte abstraindo de outras imposições susceptíveis de onerar fiscalmente os dividendos. Mais não se demonstrou que a parte do imposto não recuperado pelo Fundo não o venha a ser pelos investidores.

Não pode afirmar-se estarmos perante situações objectivamente comparáveis. Não há uma discriminação em substância, mas apenas uma aparência de discriminação na forma de tributar os dividendos. Centrar a análise no n.º 3 do art.º 22.º do EBF revela uma visão parcial do regime dos OICs abrangidos pelo art.º 22.º¹. Mais acertadamente do que em “dicotomia discriminatória, centrada no Estado da residência” (como faz o Requerente) deverá falar-se em diferentes modalidades de tributação. Do que, também nota, poderá até resultar a carga fiscal incidente sobre os dividendos auferidos pelos OICs Residentes ser superior à que recai sobre os dividendos auferidos em Portugal pelo Requerente.

Acresce que deverá ter-se em conta, quanto à Jurisprudência do TJUE, que a mesma é sempre proferida por referência a casos concretos submetidos pelos Tribunais Nacionais em Reenvio Prejudicial, havendo assim que considerar o respectivo contexto casuístico. Não se coloca uma questão de violação do art.º 8.º da CRP pois que não está em causa a observância de normas de DUE, mas de Decisões do TJUE, às quais subjazem factos concretos e normas de Ordenamentos Jurídico-Fiscais de outros EM.

Não pode concluir-se que o regime fiscal dos OIC – que se não contém apenas no n.º 3 do art.º 22.º - seja desconforme ao Art.º 63.º do TFUE.

As RF em crise respeitam o disposto na legislação nacional e na CDT PT-Alemanha e devem manter-se na Ordem Jurídica. O PPA deverá improceder ou, quando não, ser dado provimento ao pedido de Reenvio.

*

¹ Sempre que nos referirmos ao art.º 22.º estaremos a referir-nos ao art.º 22.º do EBF.

Por despacho de 12.06.2019 o Tribunal dispensou a reunião prevista no art.º 18.º do RJAT e notificou para alegações escritas facultativas.

Apenas o Requerente apresentou alegações. Reitera no essencial o que havia exposto no PPA. Insiste que lhe está vedado recuperar qualquer montante de imposto retido na fonte, como decorreria da CDT PT-Alemanha, art.º 24.º, n.º 1, por ser entidade isenta de imposto. Não lhe é possível activar o mecanismo do Crédito de Imposto por DTI, por inexistência de um montante de imposto ao qual possa ser deduzido o dito crédito. E esclarece que o reembolso solicitado à AT (a que a Requerida também se refere na sua Resposta) se prende, antes, “com o reembolso parcial ao abrigo da taxa reduzida do ADT entre ambos os países”.

Mais refere que para aferir da desconformidade do art.º 22.º com o DUE não releva a possibilidade de recuperação do imposto pelos investidores. A discriminação existe apenas na esfera jurídica do Requerente, sujeito a RF quando os OICs de nacionalidade portuguesa o não estão. Foi o Requerente quem intentou a presente acção, enquanto SP da RF. Não releva, em sede deste Pedido Arbitral, os investidores poderem ou não vir a recuperar parte do imposto.

Por outro lado, defende, para a análise de comparabilidade entre os OICs não há que considerar outros impostos além do imposto sobre o rendimento.

Também não releva, para a decisão da questão nestes autos, o regime fiscal alemão aplicável aos OICs aí residentes.

Indica, por fim, as questões prejudiciais que entende de formular ao TJUE e reitera o pedido de Reenvio Prejudicial.

*

Por requerimento de 25.07.2019 o SP veio pedir a suspensão da instância tendo em conta ter sido proferida entretanto Decisão de Reenvio Prejudicial em outro Processo Arbitral

Tributário (Proc.º 93/2019-T, CAAD)^{2 3} tendo por objecto a mesma questão de Direito e substracto fáctico semelhante, e onde foram colocadas as questões prejudiciais conforme o Requerente sugerira em sede de alegações nos presentes autos.

Por despacho de 30.07.2019 o Tribunal convidou a Requerida a pronunciar-se, querendo, sobre o requerimento de suspensão da instância, tendo a mesma vindo confirmar nada ter a opôr.

Por despacho de 10.09.2019 o Tribunal decidiu dar provimento ao pedido de suspensão da instância, *cf.* art.ºs 269.º, n.º 1 al. c) e 272.º, n.º 1 do CPC, aplicáveis *ex vi* art.º 29.º, n.º 1 do RJAT, e ficarem os autos a aguardar a resposta do TJUE às questões prejudiciais que lhe foram submetidas no âmbito do já referido Processo Arbitral.

A 17.03.2022 o TJUE prolatou o seu Acórdão no Processo de Reenvio Prejudicial que justificara a suspensão da instância - Processo C-545/19 - e do mesmo foi dado conhecimento aos presentes autos, tendo sido junto o Acórdão.

Por despacho de 22.03.2022, o Tribunal (*i*) determinou o levantamento imediato da suspensão da instância, (*ii*) convidou as Partes a se pronunciarem em alegações escritas complementares sobre a aplicação da Doutrina firmada no Acórdão do TJUE, e (*iii*) determinou a prorrogação do prazo para prolação da Decisão Arbitral, por motivos justificados, nos termos do art.º 21.º, n.º 2 do RJAT (como de novo assim por despacho de 01.07.2022).

Requerente e Requerida apresentaram Alegações complementares.

O Requerente defende que do Acórdão do TJUE decorre necessariamente a procedência do PPA. Conclui que se impõe a anulação dos actos de RF por força do princípio do primado,

² Decisão Arbitral de Reenvio de 09.07.2019, disponível em www.caad.org.pt

³ A Jurisprudência que se refere ao longo da Decisão estará disponível, consoante o caso, em: <https://curia.europa.eu>, www.dgsi.pt, e em www.caad.org.pt

cf. art.º 8.º, n.º 4 da CRP, julgado que foi pelo TJUE o regime interno que impõe a RF ser incompatível com o DUE.

A Requerida remete para os factos e alegações de Direito constantes da sua Resposta e conclui dever decidir-se pelo indeferimento do PPA, por não provado.

*

O Tribunal Arbitral foi regularmente constituído, é competente e as Partes têm personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas e estão devidamente representadas, *cf.* art.s 4.º e 10.º/2 do RJAT e art.º 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22.03. O Processo não enferma de nulidades e não existe matéria de excepção.

O Pedido é tempestivo, apresentado dentro do prazo legal de 90 dias - *cf.* duas últimas alíneas dos factos provados, *infra*, e ao abrigo do art.º 10.º, n.º 1 al. a), primeira parte, do RJAT (e *v.* art.º 102.º n.º 1 al. b) do CPPT).

2. Matéria de facto

2.1. Factos provados

Consideram-se provados os factos que seguem:

a) O Requerente é um Organismo de Investimento Colectivo (OIC) constituído de acordo com o direito alemão sob a forma contratual, opera de acordo com esse mesmo direito, tem sede e direcção efectiva na Alemanha, qualificando, em 2016, para efeitos fiscais, como Residente na Alemanha, e como Não Residente em Portugal, sem estabelecimento estável (em Portugal);

b) O Requerente tem por objecto a administração, gestão e investimento do seu património, é gerido por entidade gestora de fundos de investimento com sede na Alemanha, a saber a

sociedade B... GMBH, e tem como entidade responsável pela custódia dos títulos a C..., Düsseldorf;

c) O Requerente é um fundo de investimento aberto, autónomo, também denominado fundo de investimento alternativo (FIA) especial alemão (Sondervermögen), regulado e domiciliado na Alemanha, que tem por base o contrato entre a sociedade gestora, os investidores e o banco depositário (v. supra al. b));

d) O Requerente não é um Organismo de Investimento Colectivo em Valores Mobiliários alemão (OICVM)⁴, e não é um OICVM harmonizado da UE *cf.* respectiva Directiva na medida em que pode tomar decisões de investimento independentemente do cumprimento dos requisitos da Directiva aplicáveis aos OICVM; (*cf.* doc. 4, junto pelo SP)

e) A sociedade gestora investe o dinheiro depositado pelos investidores em seu próprio nome na conta conjunta dos investidores, sendo os activos do Fundo propriedade dos investidores, numa percentagem proporcional ao seu investimento, e só a sociedade gestora pode dispor dos activos do Fundo, decidindo sobre a distribuição ou acumulação dos lucros gerados;

f) Aos investidores assiste o direito às distribuições efectuadas pelo Fundo e a solicitar o resgate das unidades de participação a qualquer momento;

g) Conforme legislação aplicável na Alemanha, no exercício fiscal de 2016 um Fundo FIA Sondervermögen - como é o caso do Requerente (v. al c) *supra*) - é sujeito passivo, susceptível de tributação (*liable to tax*) mas isento de impostos, e os respectivos resultados/lucros são calculados ao nível do Fundo para depois serem tributados ao nível do investidor; (*cf.* doc. 4, junto pelo SP)

⁴ UCITS na sigla Inglesa;

h) Um Fundo FIA Sondervermögen - como é o caso do Requerente - é susceptível de tributação em imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas alemão, mas dele isento – nos termos do Ordenamento Jurídico-Tributário alemão; (*cf.* doc. 4, junto pelo SP)

i) Um Fundo FIA Sondervermögen - como é o caso do Requerente - tem direito a obter um Certificado de residência fiscal a emitir pelas autoridades fiscais alemãs para poder requerer benefícios decorrentes de CDTs; (*cf.* doc. 4, junto pelo SP)

j) O Fundo FIA Sondervermögen- como é o caso do Requerente -, por estar isento de impostos na Alemanha, não tem direito a Crédito de Imposto por Dupla Tributação nem lhe assiste a possibilidade de requerer às autoridades fiscais da Alemanha reembolso de impostos retidos na fonte no estrangeiro; (*cf.* doc. 4, junto pelo SP)

k) O Requerente tem o número de contribuinte fiscal português ... e obteve, com referência ao ano de 2016, Certificado de Residência Fiscal emitido pelas autoridades fiscais da Alemanha para efeitos da CDT PT-Alemanha; (*cf.* doc. 1, junto pelo SP)

l) Em 2016 o Requerente era titular de participações no capital social de sociedades consideradas residentes para efeitos fiscais em Portugal, e nessa qualidade auferiu dividendos, no mesmo ano, no valor total bruto de € 124.887,00, sobre os quais recaiu retenção na fonte à taxa de 25%, no valor total de € 31.221,75;

m) O total de imposto retido na fonte, de € 31.221,75, foi entregue junto dos cofres do Estado em Portugal, tem correspondência na Guia de Pagamento com o n.º... (2016-05), referente a pagamentos de dividendos efectuados em 2016, e subdivididos os valores da retenção no caso em € 16.824,27, € 6.436,15 e € 7.961,33; (*cf.* PPA; PA, Parte 2; PA, Parte 3, pp. 41 verso)

n) A 29.12.2017 o Requerente apresentou reclamação graciosa (RG) dos actos de retenção na fonte de IRC (*v. supra*) - que tramitou sob o n.º ... - pugnando pela respectiva anulação por vício de ilegalidade por violação directa do Direito Comunitário, solicitando o seu reembolso;

o) Por Ofício da Requerida de 09.10.2018, o Requerente foi notificado do projecto de indeferimento da RG e para o exercício do direito de audição, que não exerceu, tendo o projecto sido convolado em definitivo;

p) No despacho de indeferimento da RG lê-se, entre o mais: “Concordo, pelo que, convolo em definitivo o projecto de decisão, e, com os fundamentos dele constantes, com a informação prestada, infra, com o parecer que antecede e com os demais elementos integrantes dos autos, indefiro [o] pedido da reclamante nos termos e com os fundamentos propostos. (...)”, e no projecto de decisão, entre o mais (tudo se dando por integralmente reproduzido):

“ (...) V. Análise do pedido e parecer

(...) 1 - A Reclamante, não residente fiscal em Portugal e sem estabelecimento estável, é sujeito passivo de IRC, nos termos do disposto na al. c) do n.º 1 do artº 2.º do CIRC, incidindo o imposto apenas sobre os rendimentos obtidos em território nacional (país da fonte) nos termos da al. c) do n.º 1 do art.º 3 e n.º 2 do art.º 4.º, ambos do CIRC, à taxa de 25% nos termos do n.º 4 do art.º 87.º do CIRC, objecto de retenção na fonte a título definitivo ou liberatório, na data da verificação do facto tributário (pagamento ou a colocação à disposição dos rendimentos), cujas importâncias retidas devem ser entregues nos cofres do Estado até ao dia 20 do mês seguinte àquele em que forem deduzidas, nos termos da alínea c) do n.º 1, al. b) do n.º 3, n.º 5 e n.º 6, todos do artigo 94.º do CIRC. / 2 – No entanto, esta taxa pode ser afastada por aplicação de uma CDT, neste caso, celebrada entre Portugal e Alemanha, através da apresentação da declaração Mod. 21 – RFI – Pedido de reembolso do imposto português sobre dividendos de ações. Da análise ao invocado nos presentes autos, conclui-se que o mesmo não consubstancia um pedido desta natureza (...). / 3 - Quanto à desconformidade das normas legais internas com o Direito da União Europeia, mais precisamente, a não consideração destes rendimentos para efeitos do apuramento do lucro tributável, prevista no n.º 3 do art.º 22.º do EBF e sua impossibilidade de aplicação aos rendimentos distribuídos aos Organismos de Investimento Coletivo com sede fora de Portugal, cumpre dizer o seguinte. / 4 - Através do Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro, procedeu-se à reforma do regime de tributação dos Organismos de Investimento Coletivo (OIC), alterando, com interesse para o

caso em apreço, a redação do art.º 22.º do EBF, aplicável aos rendimentos obtidos por fundos de investimento mobiliário e imobiliário e sociedades de investimento mobiliário e imobiliário, que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional, conforme resulta do n.º 1 do art.º 22.º do EBF, e Circular n.º 6/2015. 5 - Com a nova redação, estabeleceu o legislador, para esses sujeitos passivos de IRC, uma exclusão na determinação do lucro tributável dos rendimentos de capitais, prediais e mais-valias referidos nos art.ºs 5.º, 8.º e 10.º do CIRS, conforme resulta do n.º 3 do referido art.º 22.º do EBF. / 6 - Exclusão esta, não aplicável à reclamante - pessoa coletiva de direito alemão -, por falta de enquadramento com o disposto no n.º 1 do art.º 22.º do EBF, o que é por si contestado no presente pedido, (...). / 7 - A consagração da liberdade de circulação dos capitais e, conseqüentemente, a proibição de adoção de medidas restritivas da mesma, encontra-se consagrada nos art.ºs 63.º e seguintes do TFUE, concretização do art.º 18.º do TFUE, e é aplicável tanto entre Estados-membros como entre Estados-membros e Estados-terceiros (...). / 8 - Não obstante, conforme resulta da al. a) do n.º 1 do art.º 65.º do TFUE, é permitido que os Estados-membros apliquem “(...) as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que seu capital é investido”, tendo em conta a sua soberania fiscal, desde que, verificado o n.º 3 da mencionada disposição legal. / 9 - Evidenciando-se que, ao contrário do que se verifica com o IVA, não existe no TFUE uma previsão quanto à harmonização de impostos sobre o rendimento ou tributação direta, embora, numa tentativa de aproximação de legislações dos Estados-membros, a mesma encontre alguma expressão, nos art.ºs 114.º e 115.º do referido Tratado. / 10 - Cumpre referir que, não compete à AT avaliar a conformidade das normas internas com as do TFUE, nem tão pouco apreciar da sua constitucionalidade, realçando-se que, na senda do entendimento acolhido pela recente jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Administrativo atendendo ao disposto nos artigos 266.º da CRP e 55.º da LGT, a Administração Tributária deve atuar em conformidade com a lei, não podendo, por regra, deixar de aplicar uma norma tributária constante de diploma legal, por alegada inconstitucionalidade, a não ser quando o Tribunal Constitucional já tenha declarado a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, nos termos do art.º 281.º da CRP. / 11 - E, por outro lado, não pode a AT, 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. / 12 - Sendo que, a jurisprudência trazida à colação pela Reclamante respeita a normas legais de outros ordenamentos jurídicos, não se conhecendo, quaisquer decisões do TJUE que tenham concluído pela desconformidade do art.º 22.º do EBF, na redação dada pelo DL n.º 7/2015, de 13/01, com o TFUE. / 13-Todavia, sempre se dirá que, de acordo com Paula Rosado Pereira, “(...) no Caso *Schumacker*, o Tribunal de Justiça aceitou que o tratamento fiscal diferenciado de residentes e não residentes não é discriminatório, desde que uns e outros se encontrem em situações diferentes (...)” considerando a autora que “A análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça revela, assim, que na perspectiva deste órgão, em termos genéricos, o uso da residência como elemento de conexão, bem como a diferenciação fiscal entre sujeitos passivos residentes e não residentes, tanto na legislação interna dos Estados como nas CDT, é aceitável e não contraria as liberdades de circulação consagradas no TFUE.” / 14- Pelo exposto, é de indeferir o presente pedido. / 15- Acrescente-se, ainda que, por não se verificarem *in casu* os pressupostos do n.º 1 do art.º 43.º da LGT, não assiste ao reclamante o direito a juros indemnizatórios. (...)”; e no parecer da Requerida, aí a final:

“Concordo com o teor da presente informação, pelo que sou de parecer que a presente reclamação graciosa deduzida contra a retenção na fonte dos períodos infra identificados, alegadamente por ser desconforme com o TFUE, deverá ser indeferida, porquanto e em face do que vem informado, as retenções em apreço não enfermam de ilegalidade na exacta medida em que foram efectuadas em estreita obediência ao quadro legal vigente. Sem embargo (...) não cabe à AT avaliar de tal conformidade, mas antes atuar em harmonia com as normas vigentes, cabendo tal missão aos órgãos com competência para tal (...)”;

q) A 15.11.2018 o Requerente foi notificado da decisão final de indeferimento da RG, *cf.* despacho da Chefe de Divisão de Direcção de Finanças de 08.11.2018 ao abrigo de subdelegação de competências;

r) A 13.02.2019 o Requerente deu entrada no sistema do CAAD ao Pedido que dá origem ao presente processo.

2.2. Factos não provados

Com relevo para a decisão da causa não existem factos não provados.

2.3. Fundamentação da matéria de facto

Os factos dados como provados foram-no com base nos documentos juntos aos autos pelo Requerente e no PA, todos documentos que se dão por integralmente reproduzidos, e, bem assim, nas posições manifestadas pelas Partes nos articulados e factos não questionados.

Ao Tribunal cabe seleccionar, de entre os alegados pelas Partes, os factos que importam à apreciação e decisão da causa perspectivando as hipotéticas soluções plausíveis das questões de Direito (v. art.º 16.º, al. e) e art.º 19.º do RJAT e, ainda, art.º 123.º/2 do CPPT e art.º 596.º do CPC⁵), abrangendo os seus poderes de cognição factos instrumentais e factos que sejam complemento ou concretização dos que as Partes alegaram (*cf.* art.s 13.º do CPPT, 99.º da LGT, 90.º do CPTA e art.ºs 5.º/2 e 411.º do CPC⁶).

3. Matéria de Direito

3.1. Questões a decidir

As questões a decidir nos presentes autos são essencialmente de Direito, reconduzindo-se à fundamental questão seguinte:

É o regime jurídico-tributário nacional em matéria de tributação de OICs violador da liberdade fundamental de circulação de capitais conforme consagrada no TFUE e, assim, violador do Direito da União Europeia?

Colocado de outro modo, encontram-se os actos em crise, de liquidação de IRC no ano de 2017 sobre dividendos auferidos por OIC constituído ao abrigo de legislação de outro EM que não Portugal - por RF à taxa liberatória de 25% *cf.* art.s 94.º, n.ºs 3, al. b) e 5, e 87.º, n.º 4 do

⁵Estes últimos Diplomas legais aplicáveis ao nosso processo *ex vi* art.º 29.º/1 do RJAT (e assim sempre que para eles se remeter na presente Decisão).

⁶ Todos Diplomas legais aplicáveis *ex vi* art.º 29.º/1 do RJAT - *cf.* nota anterior - como sempre assim se remetermos para normativos de outros Diplomas legais aqui aplicáveis.

CIRC - feridos de ilegalidade por vício de violação de lei em decorrência do que vem imediatamente de se questionar?

Recapitulando muito brevemente.

O Requerente entende que, ao não lhe poder ser aplicável o art.º 22.º do EBF e a isenção daí constante por simplesmente ser constituído ao abrigo de uma legislação que não a nacional, enquanto que, diferentemente, aos OIC Residentes a isenção em questão é aplicável, deixa de poder beneficiar de um regime que é mais vantajoso e está assim a ser alvo de um tratamento discriminatório violador da liberdade de circulação de capitais consagrada no Art.º 63.º do TFUE. Situação que considera se agrava no seu caso por – sendo entidade isenta de tributação no seu país de origem – estar impedido de recuperar o imposto retido na fonte.

A Requerida, por seu lado, é do entendimento de que para efeitos de avaliar da compatibilidade do regime jurídico em questão com o Direito Comunitário não será suficiente considerar isoladamente o art.º 22.º do EBF, pois que outras normas integram também o regime de tributação em questão onerando os dividendos distribuídos a OICs Residentes embora sob outras modalidades, a saber em sede de IS e TAs. E que os dividendos auferidos por estes poderão até resultar mais onerosamente tributados que os dividendos auferidos em Portugal pelo Requerente. Acrescenta o facto de no caso dos Fundos de Investimento de Direito Alemão, como o é o Requerente, os mesmos serem tratados (até final de 2017) como veículos transparentes, sendo por isso os respectivos rendimentos tributáveis na esfera dos investidores.

Apela ao constante do Art.º 65.º do TFUE e considera não poder entender-se estarmos perante situações objectivamente comparáveis.

Sobre a matéria veio o TJUE pronunciar-se especificamente, e muito recentemente. A saber, por Acórdão de 17.03.2022, Proc. C-545/19, Caso AllianzGI-Fonds AEVN⁷, que teve origem no Processo Arbitral n.º 93/2019-T deste CAAD, e por relação com cujo processo de Reenvio

⁷ Doravante também “o Acórdão”.

Prejudicial este Tribunal Arbitral determinou a suspensão da instância, para que se aguardasse a decisão do Alto Tribunal.⁸

Vejamos, antes de mais e de avançarmos, o quadro legal mais pertinente ao caso.

No **EBF**,

Estabelece o art.º 22.º, conforme redação aplicável, e introduzida pelo DL n.º 7/2015 já referido *supra*⁹, assim¹⁰:

Artigo 22.º - Organismos de Investimento Coletivo

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

2 - O lucro tributável dos sujeitos passivos de IRC referidos no número anterior corresponde ao resultado líquido do exercício, apurado de acordo com as normas contabilísticas legalmente aplicáveis às entidades referidas no número anterior, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

3 - Para efeitos do apuramento do lucro tributável, não são considerados os rendimentos referidos nos artigos 5.º, 8.º e 10.º do Código do IRS, exceto quando tais rendimentos provenham de entidades com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada em portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, os gastos ligados àqueles rendimentos ou previstos no artigo 23.º-A do Código do IRC,

⁸ *V. supra*, Relatório.

⁹ De 13 de Janeiro e aplicável aos rendimentos auferidos a partir de 01.07.2015.

¹⁰ Quaisquer sublinhados e/ou negritos ao longo da Decisão serão nossos, salvo se indicado em contrário.

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.º1.

4 - Os prejuízos fiscais apurados nos termos do disposto nos números anteriores são deduzidos aos lucros tributáveis nos termos do disposto nos n.º 1 e 2 do artigo 52.º do Código do IRC.

5 - Sobre a matéria coletável correspondente ao lucro tributável deduzido dos prejuízos fiscais, tal como apurado nos termos dos números anteriores, aplica-se a taxa geral prevista no n.º 1 do artigo 87.º do Código do IRC.

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

7 - Às fusões, cisões ou subscrições em espécie entre as entidades referidas no n.º 1, incluindo as que não sejam dotadas de personalidade jurídica, é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 73.º, 74.º, 76.º e 78.º do Código do IRC, sendo aplicável às subscrições em espécie o regime das entradas de ativos previsto no n.º 3 do artigo 73.º do referido Código.

8 - As taxas de tributação autónoma previstas no artigo 88.º do Código do IRC têm aplicação, com as necessárias adaptações, no presente regime.

9 - O IRC incidente sobre os rendimentos das entidades a que se aplique o presente regime é devido por cada período de tributação, o qual coincide com o ano civil, podendo no entanto ser inferior a um ano civil:

- a) *No ano do início da atividade, em que é constituído pelo período decorrido entre a data em que se inicia a atividade e o fim do ano civil;*
- b) *No ano da cessação da atividade, em que é constituído pelo período decorrido entre o início do ano civil e a data da cessação da atividade.*

10 - Não existe obrigação de efetuar a retenção na fonte de IRC relativamente aos rendimentos obtidos pelos sujeitos passivos referidos no n.º 1.

11 - A liquidação de IRC é efetuada através da declaração de rendimentos a que se refere o artigo 120.º do Código do IRC, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 89.º, no n.º 1 do artigo 90.º, no artigo 99.º e nos artigos 101.º a 103.º do referido Código.

12 - O pagamento do imposto deve ser efetuado até ao último dia do prazo fixado para o envio da declaração de rendimentos, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 109.º a 113.º e 116.º do Código do IRC.

13 - As entidades referidas no n.º 1 estão ainda sujeitas, com as necessárias adaptações, às obrigações previstas nos artigos 117.º a 123.º, 125.º e 128.º a 130.º do Código do IRC.

14 - O disposto no n.º 7 aplica-se às operações aí mencionadas que envolvam entidades com sede, direção efetiva ou domicílio em território português, noutra Estado membro da União Europeia ou, ainda, no Espaço Económico Europeu, neste último caso desde que exista obrigação de cooperação administrativa no domínio do intercâmbio de informações e da assistência à cobrança equivalente à estabelecida na União Europeia.

15 - As entidades gestoras de sociedades ou fundos referidos no n.º 1 são solidariamente responsáveis pelas dívidas de imposto das sociedades ou fundos cuja gestão lhes caiba.

16 - No caso de entidades referidas no n.º 1 divididas em compartimentos patrimoniais autónomos, as regras previstas no presente artigo são aplicáveis, com as necessárias adaptações, a cada um dos referidos compartimentos, sendo-lhes ainda aplicável o disposto no Decreto-Lei n.º 14/2013, de 28 de janeiro.

No CIRC,

Artigo 2.º - Sujeitos passivos

1- São sujeitos passivos de IRC:

(...) c) As entidades, com ou sem personalidade jurídica, que não tenham sede nem direcção efectiva em território português e cujos rendimentos nele obtidos não estejam sujeitos a IRS.

(...)

Artigo 4.º - Extensão da obrigação de imposto

(...)

2 – As pessoas colectivas e outras entidades que não tenham sede nem direcção efectiva em território português ficam sujeitas a IRC apenas quanto aos rendimentos nele obtidos.

3 – Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se obtidos em território português (...)

c) Rendimentos a seguir mencionados cujo devedor tenha residência, sede ou direcção efectiva em território português ou cujo pagamento seja imputável a um estabelecimento estável nele situado:

(...) 3) Outros rendimentos de aplicação de capitais;

Artigo 87.º - Taxas

(...)

4 — Tratando-se de rendimentos de entidades que não tenham sede nem direcção efectiva em território português e aí não possuam estabelecimento estável ao qual os mesmos sejam imputáveis, a taxa do IRC é de 25%, excepto relativamente aos seguintes rendimentos: (...)

Artigo 94.º - Retenção na fonte

1 — O IRC é objecto de retenção na fonte relativamente aos seguintes rendimentos obtidos em território português: (...)

c) Rendimentos de aplicação de capitais não abrangidos nas alíneas anteriores e rendimentos prediais, tal como são definidos para efeitos de IRS, quando o seu devedor seja sujeito passivo de IRC ou quando (...);

(...)

2 — Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se obtidos em território português os rendimentos mencionados no n.º 3 do artigo 4.º, exceptuados (...).

3 — As retenções na fonte têm a natureza de imposto por conta, excepto nos seguintes casos em que têm carácter definitivo: (...)

b) Quando, não se tratando de rendimentos prediais, o titular dos rendimentos seja entidade não residente que não tenha estabelecimento estável em território português ou que, tendo-o, esses rendimentos não lhe sejam imputáveis. (...)

4 - As retenções na fonte de IRC são efetuadas à taxa de 25 %, aplicando-se aos rendimentos referidos na alínea d) do n.º 1 a taxa de 21,5 %.

5 — Exceptuam-se do disposto no número anterior as retenções que, nos termos do n.º 3, tenham carácter definitivo, em que são aplicáveis as correspondentes taxas previstas no artigo 87.º

6 — A obrigação de efectuar a retenção na fonte de IRC ocorre na data que estiver estabelecida para obrigação idêntica no Código do IRS ou, na sua falta, na data da colocação à disposição dos rendimentos, devendo as importâncias retidas ser entregues ao Estado até ao dia 20 do mês seguinte àquele em que foram deduzidas e essa entrega ser feita nos termos estabelecidos no Código do IRS ou em legislação complementar.

No **TFUE**,

Parte II - Não discriminação e cidadania da União

ARTIGO 18.º

No âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade. / (...)

Parte III - As políticas e acções internas da União

Título IV - A livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais

Capítulo 4 - Os capitais e os pagamentos

Artigo 63.º

1 – No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros. / (...)

Artigo 65.º

1 – O disposto no artigo 63.º não prejudica o direito dos Estados-Membros:

a) 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;

(...)

3 – As medidas e procedimentos a que se referem os n.ºs 1 e 2 não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º. / (...)

*

No nosso caso, temos que o Requerente é um OIC constituído ao abrigo da lei da Alemanha e melhor descrito no probatório (v. *supra*, em especial al.s a) - e)), considerado Residente na Alemanha para efeitos da CDT PT-Alemanha, EM da UE, sem estabelecimento estável em Portugal.

E auferiu rendimentos - dividendos - de fonte portuguesa, no ano de 2016. Sobre os quais foi feita RF à taxa liberatória de 25%.

Sempre se refira, também nos termos da nossa lei interna – e, desde logo *cf.* RGOIC¹¹ – os Organismos de investimento alternativo especializado se incluem entre os OICs, regendo-se por legislação especial. *V.*, entre o mais, art.º 1.º, n.ºs 1 e 2 e art.º 2.º, n.º 1, al. aa) – ii) primeira parte, do RGOIC.

¹¹ Regime Geral dos OIC – Lei n.º 16/2015, de 24 de Fevereiro, com todas as suas alterações.

Sendo constituído ao abrigo da lei da Alemanha, o Requerente não *cabe* na previsão do art.º 22.º, n.º 1 do EBF, que delimita o campo de aplicação subjectiva do artigo e, assim, de aplicação da isenção.¹²

Vem, nos autos, peticionar a anulação das RF, no respetivo montante total, de € 31.221,75. Mais uma vez, vejamos. Em sede de DUE.

Tratando-se de distribuição de dividendos estamos, no caso, sempre se diga, em matéria enquadrável no conceito Comunitário de “movimentos de capitais” – *cf.* nomenclatura anexa à Directiva 88/361/CEE.¹³

O TJUE, dizíamos, veio decidir naqueles já referidos autos de Reenvio Prejudicial, em que lhe foram colocadas as questões prejudiciais¹⁴ reportadas, assim, ao nosso Ordenamento Jurídico e à matéria de tributação de dividendos, distribuídos a OICs, enquadrável na isenção consagrada no art.º 22.º do EBF.

Resumi o Alto Tribunal as ditas questões assim:

“29 - Com as suas cinco questões, que há que examinar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os artigos 56.º e 63.º do TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem 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. Esse órgão jurisdicional interroga-se, por um lado, sobre a questão de saber se esse tratamento fiscal diferente em função do local de residência da instituição beneficiária pode ser justificado pelo facto de os OIC residentes estarem sujeitos a outra técnica de

¹² *V.* redacção *supra*.

¹³ Nomenclatura que conserva o seu valor indicativo e que está disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31988L0361&from=PT>

¹⁴ (que constam da Decisão de Reenvio – *v.* nota 7 *supra* – e que transcreveu no Par. 20 do Acórdão)

tributação e, por outro, se a apreciação da comparabilidade das situações dos OIC residentes e dos OIC não residentes para efeitos de determinar se existe uma diferença objetiva entre estes, de molde a justificar a diferença de tratamento instituída pela legislação desse Estado-Membro, deve ser efetuada apenas ao nível do veículo de investimento ou deve igualmente ter em conta a situação dos detentores de participações sociais.”

E, após desenvolver o seu caminho decisório, conclui por sua vez assim:

“(…) 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.”¹⁵

Para assim concluir, e resumidamente, o Alto Tribunal começa por, após fazer o devido enquadramento da questão à luz da liberdade de circulação de capitais - assim, do Art.º 63.º do TFUE¹⁶-, referir que é facto assente que no caso a isenção fiscal é concedida aos OICs constituídos e que operam de acordo com a legislação portuguesa e, diferentemente, os dividendos pagos a OIC estabelecidos noutro Estado-Membro não podem beneficiar dessa isenção. E que, ao assim proceder - 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 portuguesa procede a um tratamento desfavorável dos dividendos pagos aos OIC não residentes.¹⁷

Tratamento desfavorável esse, identificado, que “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

¹⁵ Par. 85

¹⁶ Assim afastando, para efeitos da apreciação em questão e em sintonia também com a sua Jurisprudência assente, quer o Art.º 18.º, quer o Art.º 56.º do Tratado.

¹⁷ *Cfr.* Par.s 37 e 38

consequente, uma restrição à livre circulação de capitais proibida, em princípio, pelo artigo 63.º TFUE”.¹⁸

Como se sabe, e como o Alto Tribunal ali também passa a desenvolver - não obstante o disposto naquele Art.º 63.º - ainda assim é reconhecido o direito dos EM de aplicarem as disposições pertinentes dos seus Ordenamentos Jurídico-Tributários que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação quanto ao local da sua residência ou ao local onde o seu capital é investido.

Porém, como também se refere no Acórdão, tal derrogação ao princípio fundamental da liberdade de circulação de capitais é, por sua vez, limitada - *cfr.* Art.º 65.º do TFUE, n.º 1 *versus* n.º 3. Em suma, e por nossas palavras, as diferenças de tratamento admitidas - apesar do Art.º 63.º - pelo Art.º 65.º, n.º 1, deixam de o ser se enquadráveis no n.º 3 do mesmo Art.º 65.º.¹⁹

Ora, conforme Jurisprudência sedimentada do TJUE na interpretação destes últimos normativos, o tratamento diferenciado será admissível neste contexto (e, assim, a legislação fiscal de um EM considerada compatível com o DUE) quando diga respeito a situações não comparáveis objectivamente ou quando se justifique por razões imperiosas de interesse geral. Sendo que, após apreciação, conclui o TJUE no Acórdão que nenhuma destas duas se verifica no caso.

Neste seu percurso decisório, e para concluir como acaba de se referir, o Alto Tribunal não deixou de ter em consideração (i) quer o facto de os OICs Residentes serem alvo de uma diferente modalidade de tributação/de técnicas de tributação diferentes (a saber, em IS e em TAs), (ii) quer o facto de o regime tributário em questão ter sido concebido numa lógica de tributação à saída e o de, assim, os dividendos serem tributados na esfera dos Participantes.

¹⁸ *Cfr.* Par. 39

¹⁹ *V. supra*

Notando, entre o mais, que a legislação nacional (sob reserva de verificação pelo OJR²⁰) prevê uma tributação sistemática dos dividendos de fonte nacional que apenas onera os OIC não residentes, e assumindo o critério de distinção na legislação nacional ser unicamente o do local da residência, conclui verificar-se um tratamento discriminatório para o qual não foi apresentada justificação (que permitiria, afinal, enquadrar a situação no Art.º 65.º, n.º1).

*

Vejamus por fim.

Como no início ficou percorrido, o Requerente, OIC constituído ao abrigo da lei da Alemanha, coloca em crise a liquidação em IRC por RF com o fundamento único de - ao a isenção consagrada no art.º 22.º do EBF não ter sido aplicada à sua situação na distribuição dividendos de fonte portuguesa - se ter incorrido em violação do DUE.

Defende, assim, a ilegalidade da liquidação em IRC ao terem sidas retidas na fonte as quantias *supra* em aplicação do disposto nos dispositivos do CIRC que acima também percorremos. E vem, nestes termos, peticionar a respectiva anulação.

Aqui chegados.

É questão fundamental a apreciar nos autos, para então se decidir quanto à peticionada anulação, vimo-lo, a da conformidade (ou não) do regime jurídico português de tributação de dividendos distribuídos a OICs com o DUE.

Com as normas que, no Direito Primário da UE, consagram as liberdades fundamentais. Em concreto com a liberdade de circulação de capitais, quando em causa estão rendimentos, sob a forma de dividendos, obtidos por OICs constituídos ao abrigo da lei de outro EM e a actuar em conformidade também com essa lei. No confronto com o regime aplicável aos OICs Residentes e enquadráveis na previsão do art.º 22.º, n.º 1 do EBF.

²⁰ Órgão Jurisdicional de Reenvio

Tendo em vista a aplicação efectiva e a interpretação uniforme do DUE, foi feito, com origem em processo arbitral com factualidade subjacente substancialmente idêntica à dos presentes autos, Reenvio Prejudicial na matéria, como visto.²¹

O TJUE veio, referimos já, declarar 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 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.”

Pois bem.

Tendo em conta a pronúncia do TJUE no Acórdão;

Tendo em conta que esta Jurisprudência não pode deixar de ser tida em consideração, impondo-se ao Julgador - também ao Julgador em questões futuras materialmente idênticas - decidir em sentido compatível;²²

Tendo presente o consagrado no art.º 8.º, n.º 4 da CRP²³, a preeminência aplicativa do DUE daí decorrente e, ainda, os valores fundamentais da Certeza e Segurança Jurídicas;

Haverá que decidir em conformidade com a pronúncia do Alto TJUE.

²¹ No âmbito do Proc. 93/2019-T deste CAAD.

²² Ressalvadas, entendemos, eventuais situações onde o disposto no art.º 8.º, n.º 4, *in fine*, da CRP de forma clara se revele de convocar.

²³ Que determina: “As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições (...) são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático.”

Assim, e retornando mais concretamente ao caso, em que o Requerente é OIC NR, constituído ao abrigo da lei da Alemanha, tendo ficado sujeito – na distribuição de dividendos de fonte portuguesa de que beneficiou em 2016 – a tributação em IRC por RF à taxa liberatória de 25%, nos termos conjugados dos art.ºs 4.º, 94.º e 87.º do CIRC (*cf. supra*), não tendo sido aplicado o regime de isenção constante do art.º 22.º do EBF,

Em aplicação, como devido, da referida Jurisprudência que vem de se percorrer, e tendo em conta o mais que vimos de referir,

À questão a decidir haverá que responder que sim, é ilegal a liquidação ao tributar na fonte (a título definitivo) os dividendos distribuídos ao Requerente em aplicação de uma legislação violadora da liberdade de circulação de capitais. Houve erro de direito, vício de violação de lei decorrente de incompatibilidade com o DUE. Tudo como *supra*.

A pretendida anulação das liquidações por RF (e do acto de segundo grau confirmativo) deve, pois, proceder.

*

4. Reembolso de quantias pagas e juros indemnizatórios

O SP requer a devolução dos montantes que suportou.

Há que decidir, como vimos de concluir, pela anulação das liquidações por RF por vício de violação de lei. Cabe, conseqüentemente, condenar a Requerida na devolução das quantias indevidamente suportadas pelo Requerente e entregues nos cofres do Estado. Tudo *cf. também*, entre o mais, art.º 24.º, n.º 1, al. b) do RJAT.

Peticiona ainda o Requerente o pagamento de juros indemnizatórios.

Vejamos se lhe assiste razão.

É de entender, como vimos, ter havido erro, de direito, do qual resultou pagamento de quantia indevida. Erro de considerar imputável aos Serviços, como também na linha da Jurisprudência do nosso STA em matéria de condenação em juros indemnizatórios quando de erro de direito em conexão com DUE se trate²⁴, e que é afinal, também ela, reflexo do sedimentado pelo TJUE na sua Jurisprudência a respeito do tema.

Sendo Jurisprudência assente do TJUE a violação do DUE dar lugar não só à devolução das quantias pagas indevidamente mas também ao pagamento de juros indemnizatórios, é também assente que este pagamento se deverá fazer nos termos previstos por cada EM, no respeito pelo princípio da equivalência e da efectividade.²⁵

Estabelece o art.º 24.º, n.º 5²⁶ do RJAT a obrigação do pagamento de juros, qualquer que seja a respectiva natureza, nos termos previstos na LGT e no CPPT. Conforme disposto no n.º 1 do art.º 43.º da LGT²⁷, a obrigação de pagamento de juros indemnizatórios tem lugar quando se determine ter havido erro, imputável aos Serviços, do qual resulte pagamento da dívida tributária em montante superior ao legalmente devido. Como vimos de concluir haver que entender-se ter sucedido.

Procede, pois, em consequência de tudo o que vimos de ver, o pedido do Requerente também nesta parte. Como se decidirá.

5. Decisão

Termos em que decide este Tribunal Arbitral julgar procedente o PPA como segue:

- Anular as liquidações de IRC por retenção na fonte liberatória melhor identificadas nos autos, no montante total de €31.221,75 e, consequencialmente, anular a decisão de indeferimento da RG;

²⁴ (entre muitos outros, pode ver-se o Ac. do STA de 14.10.2020, proc. 01273/08)

²⁵ *V.*, entre outros, Ac. do TJUE Caso Littlewoods Retail Ltd., de 19.07.2012, Proc. C-591/10.

²⁶ E *v.* também o n.º 1, al. b) do mesmo artigo e o art.º 100.º da LGT;

²⁷ *V.* também o art.º 61.º, n.º 5 do CPPT

- Condenar a Requerida no reembolso da quantia indevidamente paga e efectivamente suportada, e no pagamento de juros indemnizatórios desde o pagamento indevido até processamento da respectiva nota de crédito.

6. Valor do processo

Nos termos conjugados do disposto nos art.ºs 3.º, n.º 2 do Regulamento das Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, 97.º-A, n.º 1, al. a) do CPPT, e 306.º, n.º 2 do CPC, fixa-se o valor do processo em € **31.221,75**.

7. Custas

Conforme disposto no art.º 22.º, n.º 4 do RJAT, no art.º 4.º, n.º 4 do Regulamento já referido e na Tabela I a este anexa, fixa-se o montante das custas em € **1.836,00**, a cargo da Requerida.

Lisboa, 22 de Julho de 2022

O Árbitro,

(Sofia Ricardo Borges)