

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 661/2022-T

**Tema: IRC. Artigo 22.º do EBF. Fundos de investimento não residentes.
Liberdade de circulação de capitais.**

SUMÁRIO: Tendo o Tribunal de Justiça da União Europeia decidido que o artigo 63.º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe à legislação nacional que determina que os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um organismo de investimento colectivo (OIC) não residente são objecto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção, mesmo incidindo sobre estas outras formas de tributação não aplicáveis àqueles, têm os tribunais nacionais de invalidar as liquidações correspondentes.

DECISÃO ARBITRAL

I. RELATÓRIO

1. No dia 2 de Novembro de 2022 A..., organismo de investimento colectivo em valores mobiliários constituído e a operar no Grão-Ducado do Luxemburgo, contribuinte fiscal luxemburguês n.º ... e português n.º..., com sede em ... Luxemburgo (Requerente), apresentou requerimento de constituição de tribunal arbitral, nos termos do disposto nos artigos 57.º, n.ºs 1 e 5, e 95.º, n.º 2, alínea *d*), da Lei Geral Tributária (LGT), 97.º, n.º 1, alínea *a*), 99.º, alínea *a*), e 102.º, n.º 1, alínea *d*), do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT), 137.º, n.º 1, do Código do Imposto sobre o Rendimento

das Pessoas Colectivas (CIRC), e 10.º, n.º 1, al. *a*), e n.º 2 do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro (Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária - RJAT).

2. Pretendia que fosse declarada a ilegalidade das liquidações de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC) por retenção na fonte, ocorridas em 2019 e 2020, aquando da colocação à disposição do Requerente de dividendos decorrentes de participações detidas em sociedades residentes em território português.
3. Nomeados os presentes árbitros, que aceitaram a designação no prazo aplicável, e não tendo o Requerente, nem a Requerida, a Autoridade Tributária e Aduaneira (AT), suscitado qualquer objecção, o Tribunal Arbitral ficou constituído em 16 de Janeiro de 2022.
4. Seguindo-se os normais trâmites, em 17 de Fevereiro a AT apresentou resposta e juntou o processo administrativo (PA).
5. Em 17 de Março, foi proferido despacho a dispensar a reunião prevista no artigo 18.º do RJAT e a dispensar a produção de alegações – sujeita à não oposição de Requerente e Requerida.
6. Como estas nada disseram no prazo fixado, ficaram completos os trâmites processuais pré-decisórios.

II. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

7. O tribunal arbitral foi regularmente constituído e o pedido de pronúncia contém-se no âmbito das suas atribuições.
8. Requerente e Requerida gozam de personalidade e de capacidade judiciárias, são legítimas, e encontram-se regularmente representadas.
9. Não foram invocadas excepções que pudessem obstar ao conhecimento do mérito.

III. MATÉRIA DE FACTO

III.1. FACTOS PROVADOS

- A. O Requerente é um Organismo de Investimento Colectivo em Valores Mobiliários (OICVM), com sede e direcção efectiva no Grão-Ducado do Luxemburgo, constituído e a operar ao abrigo da *Loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif*, que transpõe para a ordem jurídica luxemburguesa a Directiva 2009/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns OICVM;
- B. O Requerente é residente para efeitos fiscais no Grão-Ducado do Luxemburgo, nos termos e para os efeitos do artigo 4.º da Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão em Matéria de Impostos sobre o Rendimento e o Capital entre a República Portuguesa e o Grão-Ducado do Luxemburgo (CEDT), aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2000 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 29/2000;
- C. Por via dessa CEDT, a taxa aplicada na retenção na fonte foi de 15%, em vez da de 25% prevista no n.º 4 do artigo 87.º e no n.º 4 do artigo 94.º do CIRC.
- D. O mecanismo de crédito de imposto previsto no artigo 24.º da CEDT não tem aplicação no caso, uma vez que a Requerente estava isenta de pagamento do imposto luxemburguês sobre os rendimentos das pessoas colectivas, ao abrigo do artigo 161.º da Lei de 4 de Dezembro de 1967 (*Loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu*) e do artigo 173.º da Lei de 17 de Dezembro de 2010, relativa ao regime dos organismos de investimento colectivo, que transpõe para o ordenamento jurídico luxemburguês a Directiva 2009/65/CE (*Loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif*);

- E.** O Requerente é administrado pela sociedade B..., entidade com residência na República Francesa;
- F.** Em 2019 e 2020, o Requerente auferiu dividendos distribuídos por sociedades comerciais com residência fiscal em território português, no montante total de € 693.459,79, os quais foram sujeitos a tributação em Portugal em sede de IRC através de retenção na fonte liberatória à taxa de 15%, nos seguintes termos:

Valores em EUR

ENTIDADE	DATA	DIVIDENDO BRUTO	RETENÇÃO NA FONTE	DIVIDENDO LÍQUIDO
D...	23/05/2019	102.600,00	25.650,00	76.950,00
	25/05/2020	116.109,00	17.416,35	98.692,65
E...	03/07/2020	83.400,00	12.510,00	70.890,00
F...	14/05/2020	391.350,79	58.702,62	332.648,17
TOTAIS		693.459,79	114.278,97	579.180,82

- G.** As retenções na fonte de IRC em causa, num total de € 114.278,97 (cento e catorze mil, duzentos e setenta e oito euros e noventa e sete cêntimos), foram efectuadas e entregues junto dos cofres da Fazenda Pública através das guias de retenção na fonte n.ºs ..., ..., ... e ..., pelo C..., pessoa colectiva titular do número de identificação fiscal em Portugal ..., na qualidade de entidade registadora e depositária de valores mobiliários;
- H.** O Requerente não obteve crédito de imposto no seu Estado de residência relativo às retenções na fonte objecto dos presentes autos, seja ao abrigo da CEDT Portugal/Luxemburgo, seja ao abrigo da lei interna do Grão-Ducado do Luxemburgo;
- I.** Em 7 de Abril de 2022, o Requerente apresentou pedido de revisão oficiosa das liquidações identificadas em **G**, que se encontra pendente junto da Administração Tributária, correndo os seus termos sob o n.º ...2022...;
- J.** Tendo decorrido o prazo para poder presumir o indeferimento tácito, e inconformado com a decisão de indeferimento da sua pretensão de recuperar os montantes pagos por retenção na fonte, aquando da colocação à disposição do

Requerente de dividendos decorrentes de participações detidas em sociedades residentes em território português em 2019 e 2020, o Requerente intentou o supra referido Pedido de Pronúncia Arbitral (PPA).

III.2. FACTOS NÃO PROVADOS

Tendo em conta as posições das partes e, conseqüentemente, a matéria relevante para a decisão da presente causa, não há factos não provados.

III.3. FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO EM MATÉRIA DE FACTO

Os factos dados como provados resultam dos documentos disponíveis nos autos.

IV. DIREITO

IV.1. Questões a decidir

Tal como no Proc. n.º 368/2021-T – que, a partir de agora se seguirá de muito perto, tal como, de resto, o fizeram as peças processuais apresentadas pelo Requerente e pela AT – a questão essencial a decidir é a da admissibilidade da diferenciação de tratamento, face à lei nacional, dos OICVM residentes e não residentes, na medida em que, por aplicação do regime previsto no artigo 22.º, n.ºs 1, 3 e 10, do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), a seguir reproduzidos, só os OICVM constituídos e a operar de acordo com a legislação nacional são dispensados de retenção na fonte:

“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.

[...]

3 – Para efeitos do apuramento do lucro tributável, não são considerados os rendimentos referidos nos artigos 5.º, 8.º e 10.º do Código do IRS, exceto quando tais rendimentos provenham de entidades com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada em portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, os gastos ligados àqueles rendimentos ou, previstos no artigo 23.º-A do Código do IRC, bem como os rendimentos, incluindo os descontos e gastos relativos a comissões de gestão e outras comissões que revertam para as entidades referidas no n.º 1.

[...]

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

A segunda questão suscitada perante o Tribunal Arbitral, directamente decorrente da solução dada à anterior, é a do pagamento de juros indemnizatórios.

IV.2. Posição do Requerente

O Requerente considerava, basicamente, que a diferenciação de tratamento conferido a OICVM constituídos e a operar segundo a legislação nacional (Lei n.º 16/2015, de 24 de Fevereiro, que transpõe a Directiva 2009/65/CE) e os demais, designadamente os constituídos em outros Estados-membros da UE no quadro de uma mesma Directiva, constitui uma restrição à livre circulação de capitais, e, portanto, uma violação do disposto no artigo 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), cuja aplicação é imposta pelo primado do Direito Comunitário (e pelo artigo 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa - CRP).

Nesse sentido argumentava, em síntese (destaques do original):

- A.** Que suportou “*a referida tributação em sede de IRC por se tratar de um OICVM não residente em Portugal, não obstante ter sido constituído e operar no Grão-Ducado do Luxemburgo, em condições equivalentes aos OICVM residentes em Portugal, cumprindo as exigências da Directiva 2009/65/CE.*”;
- B.** Que “*estando isento de imposto luxemburguês sobre os rendimentos das pessoas colectivas ao abrigo dos artigos 161.º da Lei de 4 de Dezembro de 1967 – «Loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l’impôt sur le revenu» – e 173.º da Lei de 17 de Dezembro de 2010, relativa ao regime dos organismos de investimento colectivo, que transpõe para o ordenamento jurídico luxemburguês a Directiva 2009/65/CE – «Loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif» –, não foi possível ao Requerente neutralizar a tributação dos referidos dividendos em Portugal através do crédito de imposto previsto no artigo 24.º, n.º 2, da CEDT Portugal/Luxemburgo*”;
- C.** Que “*as liberdades fundamentais previstas no TFUE se opõem à aplicação do regime resultante dos artigos 4.º, n.º 2, 94.º, n.ºs 1, alínea c), 3, alínea b), e 5, 87.º, n.º 4, do CIRC e 22.º, n.ºs 1, 3 e 10, do EBF, do qual resulta a tributação, por retenção na fonte, dos dividendos pagos por uma sociedade portuguesa a um OICVM constituído e a operar ao abrigo da Directiva 2009/65/CE, residente no Grão-Ducado do Luxemburgo (no caso, o Requerente), na medida em que não existe qualquer tributação sobre os dividendos pagos, nas mesmas condições, a um hipotético OICVM com residência em Portugal, também constituído e a operar ao abrigo da Directiva 2009/65/CE, e colocado quanto ao mais numa situação análoga à do Requerente.*”;
- D.** Que “*o efeito prático do princípio do primado será a não aplicação de Direito interno que seja contrário ao Direito da União Europeia.*”;

- E. Que “a situação pela qual um residente de um Estado-Membro recebe dividendos de uma participação no capital social de uma sociedade residente noutra Estado-Membro constitui uma operação intracomunitária que se encontra abrangida pelo TFUE”;
- F. Que “a legislação nacional de um Estado-Membro que determina uma tributação dos dividendos distribuídos a accionistas residentes noutra Estado-Membro é susceptível de bulir, quer com a liberdade de estabelecimento constante do artigo 49.º do TFUE, quer com a livre circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFUE.”;
- G. Que “o Tribunal de Justiça da União Europeia tem considerado que os recebimentos de dividendos, não constituindo, em si mesmos, circulação de capitais, pressupõem a participação em sociedades, a qual constitui uma manifestação inequívoca da livre circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFUE.”;
- H. Que “no caso concreto, tratando-se de participações no capital de sociedades residentes em Portugal inferiores a 50%, as mesmas não asseguram ao Requerente o controlo sobre estas sociedades nos termos do exercício do direito à liberdade de estabelecimento consagrada no artigo 49.º do TFUE, pelo que a legislação portuguesa em análise será, como tal, potencialmente violadora da livre circulação de capitais prevista no artigo 63.º, n.º 1, do TFUE.”;
- I. Que “no contexto do Direito da União Europeia, a discriminação implica um efectivo tratamento distinto por um Estado-Membro de uma operação ou situação intracomunitária (transnacional), por comparação com uma situação interna (nacional) que partilhe com aquela uma identidade quanto aos seus aspectos essenciais.”;
- J. Que “a situação na qual uma sociedade portuguesa paga dividendos a um OICVM residente em Portugal é comparável à situação que está na origem dos presentes autos, em que esses dividendos foram pagos ao Requerente, na

sua qualidade de OICVM accionista de sociedades residentes em Portugal, constituído e a operar ao abrigo da Directiva 2009/65/CE, residente no Grão-Ducado do Luxemburgo.”;

- K. Que a Decisão Arbitral de 23 de Julho de 2019 (Processo n.º 90/2019-T), a Decisão Arbitral de 27 de Dezembro de 2019 (Processo n.º 528/2019-T) e a Decisão Arbitral de 6 de Novembro de 2020 (Processo n.º 11/2020-T) foram em idêntico sentido;
- L. Que *“de acordo com as regras e princípios de Direito da União Europeia que prevalecem sobre a legislação nacional, nas situações como a ora em análise, impende sobre o Estado Português a obrigação de, no âmbito do exercício da sua soberania tributária sobre os dividendos auferidos pelo Requerente, tratar os mesmos de modo equiparável aos dividendos auferidos por um OICVM accionista residente em situação análoga – ou seja, de não discriminar entre OICVM accionistas residentes e não residentes.”;*
- M. Que *“a aplicação do regime previsto nos artigos 4.º, n.º 2, 94.º, n.ºs 1, alínea c), 3, alínea b), e 5, 87.º, n.º 4, do CIRC e 22.º, n.ºs 1, 3 e 10, do EBF, se traduziu numa restrição à livre circulação de capitais prevista no artigo 63.º do TFUE, na medida em que implicou uma tributação por retenção na fonte sobre os dividendos pagos ao Requerente, a qual não ocorreria caso os mesmos tivessem sido pagos a um OICVM residente em Portugal.”;*
- N. Que *“estando o Requerente isento de tributação em sede de imposto luxemburguês sobre os rendimentos das pessoas colectivas, não poderá reclamar tal crédito de imposto no Estado da sua residência.”;*
- O. Que *“inexistindo umnexo directo entre a vantagem fiscal consagrada no artigo 22.º, n.ºs 1, 3 e 10, do EBF, e a compensação dessa vantagem pela liquidação de um determinado imposto sobre os OICVM residentes, não poderá a discriminação sub judice ser justificada com a necessidade de preservar a coerência do sistema fiscal português.”*

- P.** Que *“a partir do momento em que o Estado português optou por não tributar em sede de IRC os dividendos pagos a OICVM residentes em Portugal, não poderá justificar a discriminação sub judice com fundamento na salvaguarda da repartição equilibrada do poder de tributação entre Estados-Membros.”*;
- Q.** Que *“o Estado português não pode justificar a discriminação em referência com a necessidade de garantir a eficácia de controlos administrativos na medida em que nem sequer concede aos OICVM não residentes a possibilidade de comprovarem que cumprem, no seu Estado-Membro de residência, exigências equivalentes às previstas na legislação portuguesa.”*
- R.** Que *“as eventuais dúvidas que subsistissem relativamente à impossibilidade de justificar a restrição à livre circulação de capitais decorrente do regime consagrado no artigo 22.º do EBF ficaram definitivamente dissipadas face à posição afirmada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no Acórdão AllianzGi-Fonds AEVN de 17 de Março de 2022 (Processo n.º C-545/19):*

«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 [...].

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 [...].

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 [...].

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»;

S. Que “o Estado português não pode justificar a discriminação em referência com a necessidade de evitar a fraude e a evasão fiscal ou de garantir a

eficácia de controlos administrativos na medida em que tal resultaria numa presunção inilidível, e como tal contrária ao princípio da proporcionalidade, do carácter artificioso das operações em causa e do incumprimento por parte do Requerente, no seu Estado de residência, de exigências equivalentes às previstas na legislação portuguesa.”

- T. Concluía, assim, que “os artigos 4.º, n.º 2, 94.º, n.os 1, alínea c), 3, alínea b), e 5, 87.º, n.º 4, do CIRC e 22.º, n. os 1, 3 e 10, do EBF, consubstanciam uma restrição discriminatória à livre circulação de capitais, contrária ao artigo 63.º do TFUE e, bem assim, ao artigo 8.º, n.º 4, da CRP.”, e que “as liquidações de IRC por retenção na fonte acima identificadas enfermam do vício de violação de lei, consubstanciado na violação do princípio da livre circulação de capitais previsto no artigo 63.º do TFUE e, conseqüentemente, do artigo 8.º, n.º 4, da CRP, a qual deverá, nos termos do artigo 163.º do CPA, determinar a respectiva anulação, com a conseqüente restituição do imposto retido na fonte no montante de EUR 114.278,97, ao abrigo do artigo 100.º da LGT.”

Pedia ainda juros indemnizatórios, nos termos que serão vistos adiante.

IV.3. Posição da Requerida

Em contrapartida a Requerida tinha entendido, na sua resposta ao PPA (destaques e sublinhados da AT):

- a) Que “o direito internacional admite que, em matéria de impostos diretos, as relações entre residentes e não residentes não são comparáveis, pois

apresentam diferenças objetivas do ponto de vista do rendimento, da capacidade contributiva e da situação familiar ou pessoal.”;

- b) Que “*no caso em apreço, as alegadas diferenças de tratamento encontram-se plenamente justificadas dentro da sistematização e coerência do sistema fiscal português*”;
- c) Que raciocinar num quadro reduzido, como se a tributação fosse só a que era dispensada pelo artigo 22.º do EBF, distorcia necessariamente as conclusões, na medida em que haver (ou não) retenção na fonte sobre os dividendos era apenas uma das dimensões da tributação dos Organismos de Investimento Colectivo (OIC). Como escreveu a AT na sua Resposta, “*Para efeitos de comparação da carga fiscal incidente sobre os dividendos auferidos em Portugal pelos OIC abrangidos pelo artigo 22.º do EBF e os OIC constituídos no Luxemburgo, é redutor, e manifestamente insuficiente para extrair conclusões, atender apenas ao imposto retido na fonte e abstrair de outras imposições suscetíveis de onerar fiscalmente os dividendos.*”
- d) Assim, por um lado, teria havido uma “***opção legislativa de “aliviar” estes sujeitos passivos da tributação em IRC, mediante a subtração à base tributável dos rendimentos típicos dos OIC, isto é, dos rendimentos de capitais (artigo 5.º do Código do IRS), dos rendimentos prediais (artigo 8.º do Código do IRS) e das mais-valias (artigo 10.º do Código do IRS) conforme previsto no n.º 3 do artigo 22.º do EBF, e ainda prevendo a isenção de derrama municipal e de derrama estadual, nos termos do n.º 6 do artigo 22.º do EBF, deslocando a tributação para a esfera do Imposto do Selo.***”
- e) Em contrapartida, “*foi aditada, à TGIS, a Verba 29, de que resulta uma tributação, por cada trimestre, à taxa de 0,0025% do valor líquido global dos OIC aplicado em instrumentos do mercado monetário e depósitos, e à taxa 0,0125%, sobre o valor líquido global dos restantes OIC, sendo que, neste caso, a base tributável pode incluir dividendos distribuídos.*”, tributação essa que “*apenas recai sobre os OIC abrangidos pelo artigo 22.º do EBF, o que*

significa que dela são excluídos os OIC constituídos e que operem ao abrigo de uma legislação estrangeira.”;

- f) Acresce que os OIC estão sujeitos “***a taxas de tributação autónoma previstas no artigo 88.º do Código do IRC, prevista no n.º 8 do artigo 22.º do EBF, que revela a intenção do legislador de subsumir os dividendos obtidos por estes organismos ao disposto no n.º 11 do referido artigo 88.º, cuja redação é seguinte:***

«São tributados autonomamente, à taxa de 23%, os lucros distribuídos por entidades sujeitas a IRC a sujeitos passivos que beneficiam de isenção total ou parcial, abrangendo, neste caso, os rendimentos de capitais, 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.»”;

- g) Portanto, “***os OIC abrangidos pelo artigo 22.º do EBF – tal como ocorre com os fundos de pensões – por beneficiarem de isenção parcial de IRC, estão obrigados a liquidar e entregar a tributação autónoma incidente sobre os lucros distribuídos, quando as correspondentes partes sociais não sejam detidas, de modo ininterrupto, há pelo menos um ano***”;
- h) Ao passo que “***os OIC não abrangidos pelo artigo 22.º do EBF, como é o caso da Requerente, não está sujeito a tributação autónoma sobre os dividendos.***”;

portanto, “os regimes fiscais aplicáveis aos OIC constituídos ao abrigo da legislação nacional e dos OIC constituídos no Luxemburgo, não são genericamente comparáveis, pois que a tributação dos primeiros compreende uma tributação em IRC sobre um lucro tributável que integra rendimentos marginais e repousa sobretudo no Imposto do Selo, ao passo que, aparentemente, os segundos estavam isentos de tributação no imposto sobre o rendimento e, aparentemente, também de outros impostos.””;

- i) Ou seja: “**para se avaliar se o tratamento fiscal aplicado aos dividendos obtidos em Portugal é menos vantajoso do que o tratamento fiscal atribuído aos dividendos obtidos pelos OIC abrangidos pelo artigo 22.º do EBF e se tal diferenciação é suscetível de afetar o investimento em ações emitidas por sociedades residentes, teria de ser colocado em confronto o imposto retido na fonte, com carácter definitivo, à taxa de 15%, e os impostos – IRC e Imposto do Selo - que incidem sobre os segundos, e que, em conjunto, podem, em certos casos, exceder 23% do valor bruto dos dividendos.**”;
- j) “A verdade é que a Requerente não esclareceu/provou (apenas alegou) se, no caso concreto, existiu ou não um crédito de imposto por dupla tributação internacional na esfera da própria Requerente ou dos investidores.”;
- k) Acrescentando que, “sendo os rendimentos do Fundo tributados na esfera dos investidores, por distribuição ou imputação, fica-se sem saber se o direito ao crédito de imposto é transferido para os investidores proporcionalmente aos rendimentos distribuídos ou imputados anualmente,”, o que seria fundamental para cumprir “assim um dos objetivos do regime de transparência fiscal que é o de assegurar a neutralidade na tributação dos rendimentos dos investimentos realizados diretamente pelos investidores ou por intermédio desse tipo de instrumentos financeiros.”;
- l) Insistindo a AT que “**embora sobre os dividendos pagos por sociedades residentes aos OIC abrangidos pelo artigo 22.º do EBF não exista a obrigação de retenção na fonte (cf., n.º 10 do mesmo artigo), a verdade é que estão sujeitos a uma tributação autónoma, à taxa de 23%, por aplicação conjugada do n.º 11 do artigo 88.º do Código do IRC e do n.º 8 do mesmo artigo 22.º do EBF, exceto se as correspondentes ações forem detidas, de modo ininterrupto, por período igual ou superior a um ano.**”;
- m) E que “as ações integram o património dos OIC e, **caso os rendimentos provenientes dos dividendos sejam capitalizados***, i.e., reinvestidos pelo Fundo, **entram para o cálculo do valor tributável em Imposto do Selo**, nos

termos definidos no n.º 5 do artigo 9.º do Código do Imposto do Selo.” (*nota suprimida);

- n) E, antes de passar em revista a jurisprudência prévia do TJUE que fora invocada pelo Requerente, de invocar uma decisão favorável do CAAD (a proferida no Proc. n.º 96/2019-T), concluiu: *“Portanto, em lugar de se acentuar a discriminação existente no Estado de residência fiscal do credor dos rendimentos, será mais acertado falar em diferentes modalidades de tributação que até pode redundar, em certos casos, numa carga fiscal menor dos dividendos auferidos em Portugal por Fundos de Investimento constituídos ao abrigo da legislação de outros Estados-Membros da UE.”*;
- o) Terminou recusando, em consequência, a obrigação de pagamento de juros indemnizatórios.

IV.4. Apreciando

Reproduz-se de seguida a decisão que, quanto a idênticos pedidos, foi proferida no Proc. n.º 368/2021-T, por os argumentos aí invocados pelo Requerente e pela AT terem sido essencialmente os mesmos¹:

“No histórico de decisões arbitrais sobre o tema da retenção na fonte de dividendos pagos a OIC não residentes tinha havido decisões favoráveis à posição do Requerente (como a do Processo n.º 90/2019-T) e à da AT (como a do Processo n.º 96/2019-T). Como se referiu, no Processo n.º 93/2019-T foram formuladas, em processo de reenvio para o TJUE, as questões já enunciadas no Relatório, parte das quais só perifericamente assomaram à discussão no quadro do presente processo arbitral (como as implicações da *tributação dos detentores de participações em OIC*

¹ Acrescente-se que a decisão do Proc. n.º 93/2019-T, proferida em 17 de Junho de 2022, foi – como não podia deixar de ser – no mesmo sentido do decidido, em 28 de Abril de 2022, no Proc. n.º 368/2021-T. Também o mesmo se decidiu noutro processo em que a instância fora suspensa na pendência do reenvio prejudicial determinado naquele primeiro processo: o Proc. n.º 717/2021-T, decidido em 27 de Abril.

residentes e não residentes – mencionados nos artigos 94.º e 95.º da Resposta da AT –, sendo ainda para mais certo que tais detentores se podem cruzar: ie, pode haver detentores de participações em OIC não-residentes que estão sujeitos à tributação nacional, tal como pode haver detentores de participações em OIC residentes que estão sujeitos à tributação de outros países, e que sobre isso também o TJUE veio a tomar posição).

A última – mas, para os presentes autos, a mais crucial – das questões que o Tribunal singular constituído no CAAD suscitou ao TJUE no âmbito do Processo n.º 93/2019-T foi, como acima indicado, a seguinte:

“Tendo em consideração que a discriminação em análise no presente litígio diz respeito a uma diferença na tributação do rendimento relativamente a dividendos distribuídos pelos OIC residentes aos respetivos detentores de participações nos OIC, é legítimo, para efeitos da análise da comparabilidade da tributação sobre o rendimento considerar outros impostos, taxas ou tributos incorridos no âmbito dos investimentos efetuados pelos OIC? Em particular, é legítimo e admissível, para efeitos da análise de comparabilidade, considerar o impacto associado a impostos sobre o património sobre despesas ou outros, que não estritamente o imposto sobre o rendimento dos OIC, incluindo eventuais tributações autónomas?”

A resposta que o TJUE deu a tal dúvida, no seu Acórdão de 17 de Fevereiro de 2022, consta dos parágrafos que a seguir se reproduzem:

“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.”

Tendo o TJUE firmado esse entendimento, mesmo após ser confrontado com competente argumentação em contrário por parte da Advogada-Geral, não pode o presente Tribunal, mesmo não sendo o órgão de reenvio, aplicar o Direito nacional nos termos que o TJUE determinou que não pode ser aplicado².

Em consequência, como já outras instâncias de decisão o fizeram antes, tem de concluir que, nas palavras do Acórdão do TJUE no seu Acórdão de 7 de Março de 2022 (Proc. C-545/19),

“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 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.”

Deve assim considerar-se incompatível com o Direito da União a restrição do regime do artigo 22.º do EBF *aos OIC que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional*. Consequentemente, e por essa razão, são anuladas a decisão de indeferimento da reclamação graciosa apresentada pelo Requerente quanto às liquidações de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas por retenção na fonte de 15% dos valores de dividendos distribuídos ao Requerente por empresas

² Como o TJUE escreveu no n.º 27 do seu Acórdão de 6 de Outubro de 2021 (ECLI:EU:C:2021:799, destaques aditado),

“cabe recordar que o processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE, que constitui a pedra angular do sistema jurisdicional instituído pelos Tratados, institui um diálogo de juiz para juiz entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, tem por objetivo assegurar a unidade de interpretação do direito da União, permitindo assim assegurar a sua coerência, o seu pleno efeito e a sua autonomia, bem como, em última instância, o carácter adequado do direito instituído pelos Tratados [v., neste sentido, Parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014, EU:C:2014:2454, n.º 176 e jurisprudência referida, e Acórdão de 6 de março de 2018, Achmea, C-284/16, EU:C:2018:158, n.º 37].”

nacionais em 2018 – agora certificadamente discriminatórias e contrárias ao Direito da União –, bem como as ditas liquidações.”

V. PEDIDO DE REEMBOLSO E JUROS

Também em relação a estes pedidos se reproduz o que foi anteriormente decidido no Proc. n.º 368/2021-T³:

“O artigo 43.º da LGT prevê que são devidos *juros indemnizatórios* “quando se determine, em reclamação graciosa ou impugnação judicial, que houve erro imputável aos serviços de que resulte pagamento da dívida tributária em montante superior ao legalmente devido”. Acontece que, uma vez que não pode a AT pôr em causa as leis que está incumbida de aplicar, no caso dos autos **não pode ser imputado aos serviços qualquer erro**: a retenção na fonte e o subsequente indeferimento da reclamação conformaram-se estritamente com o Direito que cabia à AT aplicar. Como referido na Resposta da AT, “Não competindo à Autoridade Tributária e Aduaneira avaliar a conformidade das normas internas com as dos tratados da União (nem com as orientações interpretativas do TJUE), não pode, assim, no âmbito da sua atividade, deixar de aplicar uma norma legal com o fundamento na sua desconformidade com os referidos tratados.” Aliás, mesmo alguns Tribunais entenderam que não era claro se o diferente regime de tributação aplicável em Portugal a OIC era, ou não, desconforme com o Direito da União.

Que havia situações em que a estrita obediência à lei originava excessos de tributação foi reconhecido pelo legislador de 2019 (Lei n.º 9/2019, de 1 de Fevereiro) ao introduzir no n.º 3 do artigo 43.º da LGT a sua nova alínea *d*), prevendo o pagamento de juros indemnizatórios também “*Em caso de decisão judicial transitada em julgado que declare ou julgue a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma*

³ Acrescente-se que a decisão proferida no Proc. n.º 93/2019-T, que deu origem ao processo de reenvio prejudicial para o TJUE, adoptou, quanto à questão dos juros, o mesmo entendimento que prevaleceu no Proc. n.º 368/2021-T – e que é o que decorre do aditamento da alínea *d*) ao n.º 3 do artigo 43.º da LGT.

legislativa ou regulamentar em que se fundou a liquidação da prestação tributária e que determine a respetiva devolução.”

Uma vez que, ao contrário das situações anteriormente previstas nas diferentes alíneas desse n.º 3, em que há sempre alguma censura à actuação da AT, no caso da alínea *d)* a censura só pode ser dirigida ao legislador – como acontece no presente caso, em que a norma legislativa em que se fundou a liquidação da prestação tributária foi julgada desconforme com Direito de hierarquia superior – compreende-se que só a partir do trânsito em julgado das decisões aí referidas estejam a cargo da AT os juros indemnizatórios, sem prejuízo dos mecanismos próprios disponíveis na ordem jurídica para a responsabilização do legislador.”

VI. DECISÃO

Termos em que decide este Tribunal Arbitral:

- a)* Julgar totalmente procedente o pedido arbitral formulado e, em consequência,
- b)* Julgar ilegais as retenções na fonte de IRC – entregues junto dos cofres da Fazenda Pública através das guias de retenção na fonte, referentes a 2019 e 2020, com os n.ºs ..., ..., ... e ... – efectuadas pelo C..., na qualidade de entidade registadora e depositária de valores mobiliários da Requerente;
- c)* Condenar a Requerida à restituição das importâncias indevidamente retidas na fonte a título de IRC, no montante total de € 114.278,97 (cento e quatorze mil, duzentos e setenta e oito euros e noventa e sete cêntimos);
- d)* Condenar a Requerida no pagamento de juros indemnizatórios desde a data de trânsito da presente decisão nos termos do disposto na alínea *d)* do n.º 3 do artigo 43.º da LGT;
- e)* Condenar a Requerida nas custas, nos termos infra.

VII. VALOR DO PROCESSO

Competindo ao Tribunal fixar o valor da causa (artigo 306.º do Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicável por força do artigo 29.º, n.º 1, al. *e*), do RJAT) e devendo ele, correspondendo à utilidade económica do pedido, equivaler à importância cuja anulação se pretende (alínea *a*) do n.º 1 do artigo 97.º-A do Código de Procedimento e de Processo Tributário, *ex vi* da alínea *a*) do artigo 6.º do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária - RCPAT), fixa-se o valor do processo em € 114.278,97 (cento e quatorze mil, duzentos e setenta e oito euros e noventa e sete cêntimos), correspondente à soma dos valores indevidamente retidos na fonte ao Requerente.

VIII. CUSTAS

Custas a cargo da Requerida, no montante de € 3.060,00 (três mil e sessenta euros), nos termos da Tabela I do Regime de Custas nos Processos Arbitrais Tributários, dado que o presente pedido foi julgado procedente, e em cumprimento do disposto nos artigos 12.º, n.º 2, e 22.º, n.º 4, ambos do RJAT.

Lisboa, 14 de Abril de 2023

O árbitro presidente e relator

Victor Calvete

(Com declaração idêntica, *mutatis mutandis*, à aposta à decisão do Proc. n.º 368/2021-T)

O árbitro adjunto

Sérgio Santos Pereira

A árbitro adjunta

Cristina Aragão Seia

*A redacção da presente decisão segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico de 1990
excepto em transcrições que o sigam.*