

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 660/2022-T

Tema: IRC. Livre Circulação de Capitais. Fundos de Investimento Não-Residentes. Dividendos. Retenção na Fonte.

DECISÃO ARBITRAL

I – Relatório

1. O contribuinte A..., société d’investissement à capital variable, organismo de investimento colectivo em valores mobiliários (“OICVM”), NIF ..., doravante “a Requerente”, apresentou, no dia 1 de Novembro de 2022, um pedido de constituição de Tribunal Arbitral Colectivo, nos termos dos artigos 2º, 1, a), e 10º, 1 e 2 do Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de Janeiro, com as alterações por último introduzidas pela Lei nº 7/2021, de 26 de Fevereiro (Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, doravante “RJAT”), e dos arts. 1º e 2º da Portaria nº 112-A/2011, de 22 de Março, em que é Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante “AT” ou “Requerida”).
2. O Requerente pediu a pronúncia arbitral sobre a ilegalidade do indeferimento tácito do pedido de revisão oficiosa por si apresentado a 5 de Abril de 2022, relativo a liquidações de 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 – tendo por objecto mediato a anulação das referidas liquidações, no montante total de €170.218,43 (€68.001,20 para 2019 e €102.217,23 para 2020), acrescido de juros indemnizatórios.
3. O pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite pelo Exmo. Presidente do CAAD e automaticamente notificado à AT.

4. O Conselho Deontológico designou os árbitros do Tribunal Arbitral Colectivo, que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável, e notificou as partes dessa designação.
5. As partes não se opuseram, para efeitos dos termos conjugados dos arts. 11º, 1, b) e c), e 8º do RJAT, e arts. 6º e 7º do Código Deontológico do CAAD.
6. O Tribunal Arbitral Colectivo ficou constituído em 9 de Janeiro de 2023; foi-o regularmente, e é materialmente competente.
7. Por Despacho de 9 de Janeiro de 2023, foi a AT notificada para, nos termos do art. 17º do RJAT, apresentar resposta.
8. A AT apresentou a sua Resposta em 13 de Fevereiro de 2023.
9. Por Despacho de 3 de Abril de 2023, foi dispensada a realização da reunião prevista no art. 18º do RJAT, convidadas as partes a apresentar alegações escritas e fixada a data de 9 de Julho de 2023 como limite para a prolação e comunicação da Decisão Final do processo.
10. A Requerente apresentou alegações em 21 de Abril de 2023.
11. A Requerida apresentou as suas alegações, de forma sumária, em 3 de Maio de 2023.
12. As Partes têm personalidade e capacidade judiciárias, e têm legitimidade.
13. A AT procedeu à designação dos seus representantes nos autos e a Requerente juntou procuração, encontrando-se assim as Partes devidamente representadas.
14. O processo não enferma de nulidades.

II – Matéria de Facto

II. A. Factos provados

Com relevo para a decisão, consideram-se provados os seguintes factos:

1. O Requerente é um Organismo de Investimento Colectivo (“OIC”) com sede no Luxemburgo.
2. A sua actividade decorre 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, Directiva igualmente transposta para a ordem jurídica Portuguesa pela Lei n.º 16/2015, de 24 de Fevereiro.

3. A residência fiscal no Luxemburgo torna aplicável ao Requerente o art. 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 Portugal/Luxemburgo”)
4. O Requerente é administrado pela sociedade B..., com sede na República Francesa.
5. Em 2019 e 2020, o Requerente auferiu dividendos distribuídos por sociedades comerciais com residência fiscal em território português, no montante total de €826.051,62, os quais foram sujeitos a tributação em Portugal em sede de IRC através de retenção na fonte liberatória.

ENTIDADE	DATA	DIVIDENDO BRUTO	RETENÇÃO NA FONTE	DIVIDENDO LÍQUIDO
D...	24/04/2019	27.579,74	4.136,96	23.442,78
E...	29/04/2019	5.724,16	858,62	4.865,54
F...	30/04/2019	3.384,76	507,71	2.877,05
G...	09/05/2019	18.252,34	2.737,85	15.514,49
H...	09/05/2019	42.935,76	6.440,37	36.495,39
I...	17/05/2019	5.807,50	871,13	4.936,37
J...	24/05/2019	41.064,10	6.159,62	34.904,48
K...	15/05/2019	132.208,27	19.831,24	112.377,03
L...	23/05/2019	31.180,31	10.913,11	20.267,20
M...	30/05/2019	15.818,01	2.372,70	13.445,31
N...	26/06/2019	23.412,96	3.511,94	19.901,02
O...	07/06/2019	2.786,10	417,92	2.368,18
P...	11/06/2019	11.143,93	1.671,59	9.472,34
H...	10/09/2019	48.824,89	7.323,73	41.501,16
F...	19/12/2019	1.644,75	246,71	1.398,04
J...	03/07/2020	33.969,38	8.492,35	25.477,03
D...	09/01/2020	14.961,66	2.244,25	12.717,41
D...	10/12/2020	13.290,67	3.322,67	9.968,00
K...	14/05/2020	190.230,66	47.557,67	142.672,99
J...	15/05/2020	16.197,41	4.049,35	12.148,06
N...	15/05/2020	9.418,80	2.354,70	7.064,10
E...	15/06/2020	1.422,50	497,88	924,62
G...	15/07/2020	19.117,07	4.779,27	14.337,8
G...	16/12/2020	13.199,29	3.299,82	9.899,47
F...	20/07/2020	3.754,95	938,74	2.816,21
F...	21/05/2020	68.787,57	17.196,89	51.590,68
L...	25/05/2020	29.934,58	7.483,64	22.450,94
TOTAIS		826 051,62	170.218,43	655 833,19

6. As correspondentes retenções na fonte de IRC foram efectuadas e entregues junto dos cofres da Fazenda Pública, através das guias de retenção na fonte n.ºs ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., pelo C..., NIF n.º ..., na qualidade de entidade registadora e depositária de valores mobiliários, ao abrigo do artigo 94º, 7, do CIRC.

7. Relativamente a essas retenções na fonte, o Requerente não obteve qualquer crédito de imposto no Luxemburgo, seja por força da lei Luxemburguesa, seja ao abrigo da CEDT Portugal/Luxemburgo.
8. No dia 5 de Abril de 2022, o Requerente apresentou pedido de revisão oficiosa das referidas liquidações de IRC (procedimento n.º ...2022...), ao abrigo do disposto nos artigos 78.º, 1 da LGT e 137.º do CIRC, invocando o art. 22.º, 1, 3 e 10 do Estatuto dos Benefícios Fiscais (“EBF”) e sustentando que a tributação dos dividendos em sede de IRC constituiria uma discriminação injustificada entre OIC residentes e não-residentes, em violação do art. 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”).
9. Passados os prazos legais, verificou-se em 8 de Agosto de 2022 uma situação de indeferimento tácito do pedido de revisão oficiosa (art. 57.º, 1 e 5 da LGT).
10. No dia 1 de Novembro de 2022 o Requerente apresentou o pedido de pronúncia que deu origem ao presente processo.

II. B. Matéria não-provada

Com relevância para a questão a decidir, nada ficou por provar.

II. C. Fundamentação da matéria de facto

1. Os factos elencados *supra* foram dados como provados com base nas posições assumidas pelas partes nos presentes autos e nos documentos juntos ao PPA.
2. Cabe ao Tribunal Arbitral seleccionar os factos relevantes para a decisão, em função da sua relevância jurídica, considerando as várias soluções plausíveis das questões de Direito, bem como discriminar a matéria provada e não provada (cfr. art. 123.º, 2, do CPPT e arts. 596.º, 1 e 607.º, 3 e 4, do CPC, aplicáveis *ex vi* art. 29.º, 1, a) e e) do RJAT), abrangendo os seus poderes de cognição factos instrumentais e factos que sejam complemento ou concretização dos que as Partes alegaram (cfr. arts. 13.º do CPPT, 99.º da LGT, 90.º do CPTA e arts. 5.º, 2 e 411.º do CPC).

3. Segundo o princípio da livre apreciação dos factos, o Tribunal baseia a sua decisão, em relação aos factos alegados pelas partes, na sua íntima e prudente convicção formada a partir do exame e avaliação dos meios de prova trazidos ao processo, e de acordo com as regras da experiência (cfr. art. 16º, e) do RJAT, e art. 607º, 4, do CPC, aplicável *ex vi* art. 29º, 1, e) do RJAT).
4. Somente relativamente a factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, a factos que só possam ser provados por documentos, a factos que estejam plenamente provados por documentos, acordo ou confissão, ou quando a força probatória de certos meios se encontrar pré-estabelecida na lei (por exemplo, quanto aos documentos autênticos, por força do artigo 371.º do Código Civil), é que não domina, na apreciação das provas produzidas, o referido princípio da livre apreciação (cfr. art. 607º, 5 do CPC, *ex vi* art. 29º, 1, e) do RJAT).
5. Além disso, não se deram como provadas nem não provadas alegações feitas pelas partes, e apresentadas como factos, consistentes em afirmações estritamente conclusivas, insusceptíveis de prova e cuja veracidade se terá de aferir em relação à concreta matéria de facto acima consolidada, nem os factos incompatíveis ou contrários aos dados como provados.

III. Sobre o Mérito da Causa

III. A. Posição da Requerente

1. O Requerente sustenta, em primeiro lugar, que a Lei Portuguesa pratica uma discriminação contra os OIC não residentes que é contrária ao TFUE, na medida em que limita aos OIC residentes (que operem ao abrigo da Lei n.º 16/2015, de 24 de Fevereiro, que transpõe a Directiva 2009/65/CE) a possibilidade de aproveitarem o regime do art. 22º, 1, 3 e 10 do EBF, excluindo os não residentes, mesmo quando estes últimos operem ao abrigo da Directiva 2009/65/CE, mesmo quando demonstrem que cumprem no seu Estado de residência exigências equivalentes às contidas na lei portuguesa.

2. Tratar-se-ia, no entendimento do Requerente, de uma violação do princípio da livre circulação de capitais previsto no artigo 63º do TFUE e, conseqüentemente, do princípio do primado do Direito da União Europeia, consagrado no artigo 8º, 4, da CRP, e que tem por consequência a não aplicação de Direito interno que seja contrário ao Direito da União Europeia.
3. Por causa dessa violação e dessa discriminação, o Requerente assinala que um OIC residente em Portugal, constituído e a operar em condições equivalentes às do Requerente, estaria isento de tributação em sede de IRC sobre tais rendimentos.
4. E o Requerente lembra que, nos termos dos arts. 4º, 2, 94º, 1, c), 3, b), e 5, e 87º, 4, do CIRC, os dividendos de fonte portuguesa pagos a OIC estabelecidos noutros Estados-Membros são tributados em sede de IRC mediante retenção na fonte liberatória, à taxa de 25%, a qual poderá ser reduzida ao abrigo de convenções para evitar a dupla tributação.
5. Em suma, os dividendos de fonte portuguesa pagos a OIC residentes em Portugal não são sujeitos a retenção na fonte nem tributados em sede de IRC, enquanto os dividendos de fonte portuguesa pagos a OIC não residentes em Portugal são tributados em sede de IRC mediante retenção na fonte liberatória.
6. Pior, no caso do Requerente não foi possível neutralizar a tributação dos referidos dividendos em Portugal através do crédito de imposto previsto no artigo 24º, 2, da CEDT Portugal/Luxemburgo, pela simples razão de que o Requerente está isento de imposto luxemburguês sobre o rendimento das pessoas colectivas.
7. Assim, o Requerente sofreu o pleno impacto da discriminação, resultante da mera circunstância de não ter residência fiscal em Portugal.
8. Na análise dos pressupostos do seu argumento, o Requerente começa por assinalar que a situação na qual um residente de um Estado-Membro recebe dividendos de uma participação no capital social de uma sociedade residente noutro Estado-Membro constitui uma operação intracomunitária que se encontra abrangida pelo TFUE.
9. De seguida, o Requerente sustenta que há liberdades que estão em jogo: conforme afirmado pelo TJUE nos Acórdãos *Baars* (Processo C-251/98), *Cadbury Schweppes* (Processo C-196/04), *FII* (Processo C-446/04) e *ACT 4* (Processo C-374/04), a legislação nacional de um Estado-Membro que determina uma tributação dos dividendos distribuídos

a accionistas residentes noutro Estado-Membro é susceptível de interferir, seja na liberdade de estabelecimento consagrada no art. 49º do TFUE, seja na livre circulação de capitais prevista no art. 63º do TFUE.

10. Tratando-se, no caso do Requerente, de participações em sociedades residentes em Portugal que não conferem o controle societário, não estará em jogo a liberdade de estabelecimento, mas somente a liberdade de circulação de capitais prevista no art. 63º do TFUE.
11. E é neste âmbito que o Requerente sustenta que o regime tem sido aplicado em termos abertamente discriminatórios: a diferença no tratamento fiscal de uma situação puramente doméstica e de outra intracomunitária colocou o Requerente, enquanto OIC residente noutro Estado-Membro, numa situação claramente desfavorável em face dos OIC residentes em Portugal.
12. Ora, se o TFUE aceita um tratamento diferenciado entre residentes e não residentes – conforme reconhecido pelo TJUE, designadamente nos Acórdãos *Futura Participations* (Processo C-391/97), *Marks & Spencer* (Processo C-446/03) e *Denkavit II* (Processo C-170/05), a admissibilidade de tal diferenciação restringe-se aos casos em que ambos não se encontrem em situações objectivamente comparáveis.
13. Sustenta o Requerente que, muito simplesmente, um OIC não residente e um OIC residente no mesmo Estado-Membro da sociedade distribuidora dos dividendos estarão numa situação comparável, se apresentarem uma conexão comum com o sistema fiscal desse Estado-Membro.
14. Concretamente, a situação na qual uma sociedade portuguesa paga dividendos a um OIC residente em Portugal será, no entender do Requerente, comparável à situação em que esses dividendos foram pagos ao Requerente, na sua qualidade de OIC accionista de sociedades residentes em Portugal, constituído e a operar ao abrigo da Directiva 2009/65/CE, residente no Luxemburgo.
15. Alega o Requerente que, na medida em que é o mero exercício da competência fiscal do Estado-Membro em causa que, independentemente de qualquer tributação noutro Estado-Membro, cria o risco de tributação em cadeia ou de dupla tributação económica, o artigo 63.º TFUE impõe que o Estado que prevê uma isenção fiscal dos dividendos pagos a

- residentes por outras sociedades residentes conceda um tratamento equivalente aos dividendos pagos a operadores económicos estabelecidos em Estados terceiros: ora, a legislação fiscal nacional não prevê esse tratamento equivalente.
16. De algum modo, adianta o Requerente, a comparabilidade é gerada pela própria discriminação, porque esta deixa transparecer que as situações são suficientemente próximas para deverem ser apartadas pela própria discriminação.
 17. Louvando-se no Acórdão *AllianzGI-Fonds AENV* do TJUE, de 17 de Março de 2022 (Processo n.º C-545/19), o Requerente sustenta que, com essa decisão, foram superadas todas as dúvidas que pudessem subsistir quanto à comparabilidade comparabilidade entre os OIC residentes em território nacional e os OIC residentes noutro Estado-Membro da União Europeia, tornando nítida a violação do princípio da livre circulação de capitais consagrado no art. 63º do TFUE.
 18. Impendendo, por isso, sobre o Estado Português a obrigação de pôr cobro a essa discriminação infundada. Sendo que uma tal obrigação de não discriminar implica, necessariamente, que também os benefícios ou vantagens de natureza fiscal atribuídos a residentes devam ser concedidos, nas mesmas condições, a não residentes.
 19. O Requerente insiste no facto de a discriminação não poder ser neutralizada pelo Estado da residência do Requerente, através do mecanismo de crédito de imposto previsto no artigo 24.º, n.º 2, da CEDT Portugal/Luxemburgo, e portanto não poder encontrar-se nessa possibilidade o fundamento para qualquer discriminação.
 20. E afasta também a possibilidade de invocação de razões imperiosas de interesse geral (“*rule of reason*”) para se perpetuar a discriminação: razões de salvaguarda de coerência do sistema tributário nacional, de repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, de preservação de receitas, de preservação dos controlos administrativos, ou de prevenção da fraude e evasão fiscal.
 21. O Requerente insiste na legitimidade do seu pedido de revisão das liquidações de IRC, invocando conjugadamente os arts. 65º e 78º, 1 da LGT, e 9º, 1 do CPPT.
 22. Termina pedindo a anulação das liquidações nos termos do art. 163º do CPA, a devolução do que foi pago (€170.218,43), nos termos do art. 100º da LGT, e pagamento, pela AT, de

- juros indemnizatórios, a contar de um ano após a data de apresentação do pedido de revisão oficiosa, nos termos do art. 43º da LGT.
23. Em alegações, o Requerente realça que a Requerida está plenamente vinculada ao direito da EU, já que este vigora irrestritamente no ordenamento jurídico nacional e vincula os órgãos do Estado, dos quais se espera uma aplicação do direito interno em conformidade com o direito da UE.
 24. Também, contra a argumentação da Requerida, alega que o facto tributário subjacente à Verba 29 da Tabela Geral do Imposto do Selo não é comparável, em termos materiais e temporais, ao facto tributário subjacente à tributação em sede de IRC de dividendos de fonte portuguesa auferidos por OIC não residentes, não sendo como tal possível justificar que a tributação de OIC não residentes em sede de IRC se configura como uma contrapartida da respectiva não-tributação em sede de Imposto do Selo.
 25. Quanto à tributação autónoma (arts. 22º, 8 EBF e 88º, 11 CIRC), lembra que a tributação autónoma dos dividendos apenas ocorre quando as respectivas partes sociais 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: pelo que, não sendo a referida tributação autónoma aplicável a todos os dividendos, tal tributação não permitiria assegurar sempre a eliminação da situação de desvantagem dos OIC não residentes e, como tal, nunca poderia justificar a discriminação deles face aos OIC residentes.
 26. Argumenta, além disso, que os OIC residentes não estão sujeitos à tributação autónoma prevista no art. 88º, 11 do CIRC, porque aquele artigo só se aplica a entidades isentas de IRC, sendo que, no entendimento da Requerente, a norma do art. 22º, 3 do EBF não estabelece a isenção dos OIC residentes, mas sim a não-sujeição a IRC, o que é uma realidade distinta.
 27. No caso concreto, para haver comparabilidade teria que ter havido a comprovação, que não houve, de que as acções na origem dos dividendos sujeitos a retenção na fonte permaneceram na titularidade do Requerente por período inferior a um ano.
 28. Reitera, por fim, os demais os argumentos aduzidos no PPA.

III. B. Posição da Requerida

1. Na sua resposta, a Requerida assinala que a argumentação expendida no PPA omite um aspecto essencial: o “alívio” tributário dos OIC residentes, consignado no art. 22º do EBF, é compensado com a deslocação da tributação para o Imposto de Selo, sendo que essa tributação não abrange os não-residentes.
2. E ainda que omite a possibilidade de tributação autónoma dos dividendos recebidos pelos OIC residentes, por conjugação do art. 22º do EBF com o art. 88º, 11 do CIRC – tributação autónoma que não abrange os OIC não-residentes – sendo que os OIC residentes podem, por conjugação de IRC e IS, pagar mais do que 23% do valor bruto dos dividendos, o que excede os 15% da taxa de retenção na fonte que onera os OIC não-residentes.
3. Logo, no entender da Requerida, a comparação directa de situações seria redutora, e insuficiente para extrair conclusões, atendendo apenas ao imposto retido na fonte e abstraindo de outras imposições susceptíveis de onerar fiscalmente os dividendos.
4. A Requerida acrescenta que se encontra vinculada à legalidade e que não lhe cabe a sindicância das normas que a vinculam, nomeadamente em termos de compatibilização com o direito da EU e com a primazia deste.
5. E ainda lembra que o TJUE tem sucessivamente acolhido e sublinhado o valor enumerativo e indicativo, mas não exaustivo, da Directiva nº 88/361/CEE, incluindo o respectivo Anexo I, nomeadamente o número IV, onde se subsumem ao conceito uma vasta constelação de operações e transacções transfronteiriças sobre certificados de participação em OIC.
6. A Requerida chama ainda a atenção para o art. 65º do TFUE, que estabelece ressalvas à aplicação directa e incondicionada do art. 63º.
7. Especificamente, a Requerida sustenta que a Requerente alega, mas não prova, a não-aplicação, ao seu caso, de um crédito de imposto por dupla tributação internacional, tanto na esfera da Requerente como na esfera dos investidores: neste caso, sendo os rendimentos do OIC 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.
8. Lembra a Requerida que a isenção de imposto sobre o rendimento, de que beneficie a OIC, não colide com o direito ao crédito do imposto dos titulares das unidades de participação. Caso o direito ao crédito do imposto não possa ser exercido, por os participantes não estarem sujeitos ou, estando sujeitos, estarem isentos de imposto sobre o rendimento, cabe a estes - e não aos fundos transparentes -, em sede de reclamação ou impugnação, invocar e provar os pressupostos de violação do princípio da não discriminação.
 9. A Requerida contesta ainda a ideia de que as decisões do TJUE são sempre claras, precisas e inequívocas e susceptíveis de aplicação universal, para fora do âmbito dos casos concretos que são submetidos ao TJUE, em termos de dispensar, para casos fora do contexto específico das decisões jurisprudenciais, a verificação, em concreto, dos requisitos invocados – nomeadamente, da existência de discriminação efectiva entre OICs em função da sua residência.
 10. A esse respeito, lembra que a comparação não pode esgotar-se no art. 22º, 10 do EBF – novamente sublinhando as implicações da tributação autónoma e da tributação em IS que podem caber aos rendimentos provenientes de dividendos; sendo que só uma visão global da carga fiscal incidente sobre a actividade dos OIC permitirá inferências justas.
 11. Sem isso, alega, há uma mera aparência de discriminação na forma de tributar os dividendos, centrada na isenção de retenção na fonte, em detrimento de outros factores de ponderação tanto ou mais importantes.
 12. Reitera que não pode concluir-se que o regime fiscal dos OIC – que não se contém em exclusivo no art. 22º do EBF – esteja em desconformidade com as obrigações que decorrem do art. 63º do TFUE.
 13. Quanto aos juros indemnizatórios, a Requerida sustenta que não lhe são imputáveis erros (dado que se tratou de retenção na fonte) nem ilegalidades, salvo porventura a partir do indeferimento da revisão oficiosa, se se entender que deveria ter havido deferimento, contando-se os juros somente a partir dessa data.
 14. Em alegações, a Requerida remete genericamente para a Resposta que tinha apresentado.

III. C. Fundamentação da decisão

III. C.1. Objecto e competência do Tribunal

1. A questão a decidir no presente processo é idêntica a outras sobre as quais a arbitragem do CAAD tem sido chamada a pronunciar-se, e reconduz-se a saber se o art. 63º do TFUE deve, ou não, ser interpretado no sentido de vedar que a legislação de um Estado-Membro imponha a retenção na fonte da tributação correspondente a dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não-residente, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.
2. No caso, devemos apreciar a legalidade do indeferimento tácito do pedido de revisão oficiosa apresentado pelo Requerente, e, mediatamente, a legalidade das liquidações de IRC, por retenção na fonte, que incidiram sobre os dividendos de fonte portuguesa auferidos pelo Requerente em 2019 e 2020, para efeitos de se saber se deve seguir-se a restituição do imposto retido, no montante total de €170.218,43, acrescido de juros indemnizatórios.
3. Tem-se entendido que os tribunais arbitrais têm competência (art. 2º do RJAT) para a apreciação de casos de indeferimento tácito: e isto porque, se o indeferimento tácito ocorre num pedido de revisão oficiosa que tem por objecto actos de liquidação, o meio processual idóneo para a sua impugnação contenciosa é o processo de impugnação judicial (art. 97º, 1, d) e p) do CPPT), e o processo arbitral, que se apresenta como alternativo à impugnação judicial.
4. É a posição de Jorge Lopes de Sousa, quando observa que o art. 2º, 1, a), do RJAT abrangerá “*também os casos em que o ato de segundo grau é o indeferimento de pedido de revisão oficiosa de ato tributário, pois não se vê qualquer razão para restringir*”; e, paralelamente, apesar de o art. 2º, 1 do RJAT se referir à “*declaração de ilegalidade de atos*”, ele deve ser interpretado como integrando a declaração de ilegalidade de indeferimentos tácitos, na medida em que o artigo 10º, 1, do RJAT se refere aos factos

previstos no art. 102º, 1 e 2, do CPPT, sendo que a formação de presunção de indeferimento tácito vem indicada na alínea d) do n.º 1 do referido artigo 102º¹. É uma posição doutrinal que a jurisprudência arbitral tem seguido, tendo-se já por pacífica.

III. C.2. O art. 22º do EBF

5. No centro da questão a apreciar situa-se o artigo 22.º do EBF: o n.º 1 desse artigo 22.º do EBF dispõe que “*são tributados em IRC, nos termos previstos neste artigo, os fundos de investimento mobiliário, fundos de investimento imobiliário, sociedades de investimento mobiliário e sociedades de investimento imobiliário que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional*”, excluindo, portanto, do âmbito do regime aí previsto os OIC como o Requerente, que não foram constituídos de acordo com a legislação nacional.
6. O art. 22.º do EBF estabelece um regime consideravelmente mais favorável do que o regime geral de tributação em IRC, visto que, nos termos do seu n.º 3, não considera os rendimentos referidos nos artigos 5.º, 8.º e 10.º do CIRS (juros, dividendos, rendas, mais-valias) para efeitos do apuramento do lucro tributável – excepto quando esses 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 CIRC, 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, e a isenção de derramas, estadual e municipal. O n.º 10 do mesmo artigo dispensa as empresas que distribuem dividendos aos OIC da obrigação de reter e de entregar esse imposto à Fazenda Pública.

¹ Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária, in Guia da Arbitragem Tributária, Coord. de Nuno de Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, Almedina, 2013, pp. 144-145.

7. Importa saber se a retenção na fonte em IRC sobre os dividendos distribuídos, por sociedades residentes em Portugal, a OIC estabelecidos noutros Estados-Membros da União Europeia (no caso, o Luxemburgo) – ao mesmo tempo que se isenta de tributação a distribuição de dividendos a OIC residentes em Portugal, e se sujeita os mesmos a tributação trimestral em IS, pela verba 29 da TGIS, e à eventual aplicação da tributação autónoma, designadamente a prevista no artigo 88º, 11 do CIRC – é conforme, ou não, com o art. 63º do TFUE.
8. Trata-se, em suma, de aferir da conformidade com este artigo, à data dos factos relevantes, das pertinentes normas do CIRC e do EBF respeitantes ao regime de tributação dos dividendos auferidos pelo Requerente.

III. C.3. A liberdade de circulação de capitais

9. O art. 26º do TFUE estabelece uma conexão substantiva entre a criação do mercado interno e a liberdade de circulação de capitais, elevada esta, pelo art. 63º do TFUE, ao estatuto de liberdade fundamental do mercado interno, dotada de relevância constitucional no âmbito do Direito da União Europeia.
10. A mesma goza da primazia normativa sobre o direito interno dos Estados-Membros, cabendo aos tribunais nacionais, na sua qualidade de tribunais europeus em sentido amplo, assegurar a *primazia de aplicação* do direito da União Europeia, desaplicando o direito nacional de sentido contrário.
11. A criação de um mercado interno supõe, por definição, a gradual e efectiva abolição dos diferentes mercados nacionais, em favor de um único mercado interno, de forma a potenciar o crescimento económico à escala europeia, através da mais fácil disponibilização de capital. O objectivo dos OIC, cujo enquadramento jurídico é definido pela Directiva 2009/65/CE, consiste em facilitar a participação dos investidores privados num mercado de valores mobiliários, idealmente integrado a nível da UE.

12. O TJUE desempenha uma função interpretativa decisiva, nomeadamente em sede de acções por incumprimento e de reenvios prejudiciais, devendo os tribunais nacionais conformar-se com o entendimento sobre as normas dos Tratados que venha a ser vertido na jurisprudência daquele tribunal, sob pena de incumprimento do direito da União Europeia e de responsabilidade por parte do Estado-Membro.
13. A liberdade de circulação de capitais consagrada no art. 63º do TFUE implica a proibição de discriminação entre capitais de um dado Estado-Membro, e capitais provenientes de fora. Trata-se de uma norma directamente aplicável aos Estados-Membros, que devem abster-se de restringir o seu alcance por via legislativa, administrativa ou jurisdicional, embora isso não impeça os Estados-Membros de regularem em alguma medida a circulação de capitais, desde que o façam em termos compatíveis com o direito da União Europeia.
14. A autonomia fiscal permite aos Estados-Membros regularem soberanamente as condições de tributação aplicáveis, desde que o tratamento das situações transfronteiriças não seja discriminatório em comparação com o das situações nacionais. Não obstante a fiscalidade directa ser da competência dos Estados-Membros, o respectivo regime jurídico deve respeitar o direito da União Europeia, sem qualquer discriminação em razão da nacionalidade ou da residência.
15. O TJUE tem sustentado que a existência de meras “divergências” entre os sistemas fiscais nacionais não é suficiente para declarar a existência de uma tal restrição.
16. Na ausência de harmonização no plano da União Europeia, as desvantagens que podem resultar do exercício paralelo de competências dos diferentes Estados-Membros, desde que o exercício não seja discriminatório, não constituem restrições às liberdades de circulação.
17. Um dos domínios do âmbito e do programa normativo da liberdade de circulação de capitais do art. 63º do TFUE diz especificamente respeito ao tratamento fiscal dos movimentos de capitais.
18. A densificação do âmbito normativo da liberdade de circulação de capitais tem sido

levada a cabo pelo TJUE, acolhendo e sublinhando o valor enumerativo, mas não exaustivo, da Directiva n.º 88/361/CEE, de 24 de Junho de 1988, incluindo o respectivo Anexo I número IV, no qual se integra, no conceito de liberdade de circulação, um amplo conjunto de operações e transacções transfronteiriças sobre certificados de participação em organismos de investimento colectivo, nas quais se incluem as que estão em causa nos presentes autos: razão pela qual a distribuição de dividendos efectuada ao Requerente por sociedades residentes em Portugal deve ser qualificada como movimento de capital, na acepção do art. 63º do TFUE e da própria Directiva 88/361/CEE.

19. Aproveitando a fundamentação da Decisão do Processo (CAAD) nº 505/2022-T, de 9 de Março de 2023, esclareçamos que a questão do tratamento fiscal da distribuição de dividendos tem ocupado um lugar central na jurisprudência europeia, incluindo não apenas o TJUE, mas também o Tribunal EFTA².
20. Este último órgão, no caso *Focus Bank*³, e o TJUE, em casos como, entre outros, *ACT GLO*⁴, *Denkavit*⁵, *Amurta*⁶, *Truck Center*⁷, *Aberdeen Property*⁸, *Comissão v. Países*

² Cfr., sobre esta matéria, Christiana Hji Panayi, *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge, 2013, 253 ss.

³ Case E – 1/04, *Focus Bank ASA v. The Norwegian State*, 23.11.2004, sobre dividendos pagos por uma empresa norueguesa a acionistas residentes e não residentes na Noruega, beneficiando os primeiros (e não os segundos) de um crédito de imposto sobre a retenção feita na empresa.

⁴ C-374/04 - *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, 12.12.2006, sobre o tratamento diferenciado de dividendos pagos por sociedades britânicas a sociedades mãe residentes ou não residentes no Reino Unido, sofrendo as mesmas uma desvantagem no fluxo de caixa, considerando-se que quando o Reino Unido exerce a sua jurisdição fiscal sobre rendimento obtido na fonte deve fazê-lo de forma a garantir a igualdade de tratamento em matéria de crédito de imposto relativamente a residentes e não residentes, considerando-se que uns e outros estão em situação comparável.

⁵ C-170/05, *Denkavit*, 14.12.2006, relativamente à retenção de imposto, pela França, sobre dividendos pagos por filiais residentes a sociedades mães não residentes, ficando os dividendos pagos a sociedades mães residentes quase isentos de impostos, tendo o TJUE estabelecido que a partir do momento em que a França, unilateralmente ou mediante tratado, decide impor uma retenção sobre pagamentos a não residentes, os mesmos ficam colocados em situação comparável aos residentes.

⁶ C-379/05, *Amurta SGPS*, 08.11.2007, relativamente retenção de imposto de 25%, pela Holanda, sobre dividendos pagos a sociedades mães não residentes, sendo os dividendos pagos a residentes isentos de imposto, considerando-se que ambos estão em situação comparável, devendo qualquer mitigação da dupla tributação ser abranger residentes e não residentes.

⁷ C-282/07, *Belgian State - SPF Finances v Truck Center SA.*, 22.12.2008, relativamente à retenção de imposto sobre pagamentos de juros ao exterior, tendo o Tribunal considerado que residentes e não residentes não estavam em situação comparável, na medida em que quando a sociedade distribuidora de juros e a sociedade beneficiária desses juros residem na Finlândia, esta atua na sua qualidade de Estado da residência, ao passo que quando uma

*Baixos*⁹, *Comissão v. Portugal*¹⁰, *Santander Asset Management*¹¹ e *Sofina SA*¹², a despeito das diferenças factuais e jurídicas nas respectivas decisões, apontam globalmente no sentido de dever considerar-se que o tratamento fiscal diferenciado de residentes e não-residentes – por exemplo imputando aos investidores residentes um crédito de imposto e sujeitando as entidades não-residentes a retenção de imposto sem imputação; retendo imposto sobre dividendos pagos a não-residentes e não retendo no caso de dividendos pagos a residentes – configura, em princípio, uma violação da liberdade de circulação de capitais, e nalguns casos também da liberdade de estabelecimento, pondo em causa o funcionamento do mercado interno.

21. Confirmando a existência de uma área apreciável de divergências interpretativas neste domínio, as conclusões da Advogada Geral (AG) Kokott, recentemente apresentadas a propósito de um reenvio prejudicial apresentado num processo arbitral do CAAD

sociedade residente nesse Estado paga juros a uma sociedade não residente, a Finlândia atua na sua qualidade de Estado de origem dos juros.

⁸ C-282/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, 18.06.2009, sustentando que a diferença de tratamento fiscal dos dividendos entre as sociedades-mãe, em função do local da sua sede, é suscetível de constituir uma restrição à liberdade de estabelecimento, em princípio proibida pelo TFUE, uma vez que torna menos atraente o exercício da liberdade de estabelecimento por sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros, as quais poderiam, conseqüentemente, renunciar à aquisição, à criação ou à manutenção de uma filial no Estado-Membro que aplica esta diferença de tratamento.

⁹C-521/07, *Comissão v. Países Baixos*, 11.06.2009, a não isenção de retenção de imposto a dividendos pagos a sociedades não residentes, diferentemente do que sucedia relativamente a sociedades residentes com participações iguais ou superiores a 5% constitui uma restrição da liberdade de circulação de capitais no EEE.

¹⁰ C- 493/09, *Comissão v. Portugal*, 06.10.2011, sustentando que não cumpre as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 63.º TFUE e 40.º do Acordo Espaço Económico Europeu, o Estado-Membro que reserva o benefício da isenção de imposto sobre as sociedades apenas aos fundos de pensões residentes no seu território. Esta diferença de tratamento tem por efeito dissuadir os fundos de pensões não residentes de investir em sociedades portuguesas e os aforradores residentes de investir nesses fundos de pensões.

¹¹ C-338/11 a C-347/11, *Santander Asset Management SGIIC SA*, 10.05.2012, num caso de retenção de 25% sobre dividendos distribuídos a OIC (valores mobiliários) não residentes, considerando que quando um Estado-Membro escolhe exercer a sua competência fiscal sobre os dividendos pagos por sociedades residentes unicamente em função do lugar de residência dos OIC beneficiários, a situação fiscal dos detentores de participações destes últimos é desprovida de pertinência para efeitos de apreciação do carácter discriminatório ou não da referida regulamentação.

¹² C-575/17, *Sofina, Rebelco e Sidro*, 22.11.2018, sustentando, num caso de uma retenção na fonte de 25% sobre dividendos distribuídos a não residentes, reduzida a 15% por CDT, que uma vez que os dividendos recebidos por uma sociedade não residente são tributados aquando da sua distribuição, há que ter em conta o exercício fiscal de distribuição dos dividendos para comparar a carga fiscal que incide sobre esses dividendos e a que incide sobre os dividendos distribuídos a uma sociedade residente.

(Processo n.º 93/2019-T), envolvendo o regime fiscal também em causa no presente processo, vieram sustentar uma leitura menos “formalista” do art. 63º do TFUE, reconhecendo uma maior amplitude aos Estados-Membros na conformação do regime fiscal dos OIC residentes e não-residentes, concluindo que esse artigo não se opõe à aplicação de retenção na fonte aos dividendos distribuídos por uma sociedade residente, quando esses dividendos sejam distribuídos a um OIC não-residente que não esteja sujeito ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas no seu Estado de residência.

III. C.4. A decisão do caso *AllianzGI-Fonds AEVN* no TJUE

22. Os argumentos sustentados pela AG foram rebatidos na decisão do Processo (CAAD) n.º 166/2021-T, tendo sido posteriormente rejeitados pelo TJUE, na sua decisão do caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, de 17 de Março de 2022 (Processo n.º C-545/19), que entendeu 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.”*
23. Como esta decisão considerou expressamente o regime fiscal em causa no presente processo, e estando os tribunais nacionais juridicamente obrigados a seguir a jurisprudência do TJUE, impõe-se seguir a sua argumentação, e é o que faremos a partir daqui.
24. No caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, o TJUE reiterou o seu entendimento de que, embora não estejam sempre numa situação comparável, residentes e não-residentes são colocados nessa posição a partir do momento em que um Estado-Membro, unilateralmente ou por convenção, opte por tributar os accionistas não-residentes de maneira menos favorável do que os residentes, relativamente aos dividendos que uns e outros recebam de sociedades residentes.

25. Especialmente relevante, em sede das liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais – a liberdade que o TJUE entendeu ser pertinente neste caso –, é o facto de o tratamento fiscal menos favorável dos não-residentes os dissuadir, na qualidade de accionistas, de investirem no Estado da residência das empresas distribuidoras de dividendos, e constituir, igualmente, um obstáculo à obtenção de capital no exterior, por parte dessas empresas.
26. Para o TJUE, é significativo o facto de que a isenção fiscal prevista pela legislação nacional em causa no processo principal é concedida aos OIC constituídos e que operam de acordo com a legislação portuguesa, ao passo que os dividendos pagos a OIC estabelecidos noutro Estado-Membro não podem beneficiar dessa isenção.
27. No entender do TJUE, ao proceder a uma retenção na fonte sobre os dividendos pagos aos OIC não-residentes e ao reservar aos OIC residentes a possibilidade de obter a isenção dessa retenção na fonte, a legislação nacional em causa procede a um tratamento desfavorável dos dividendos pagos aos OIC não-residentes, susceptível de 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, constituindo, por conseguinte, uma restrição à livre circulação de capitais – proibida, em princípio, pelo art. 63º do TFUE.
28. No entendimento do TJUE, o facto de o art. 65º, 1, a) do TFUE estabelecer que o disposto no art. 63º do TFUE não prejudica o direito de os Estados-Membros aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência, ou ao lugar em que o seu capital é investido, não isenta um Estado-Membro de cumprir as suas obrigações jurídicas decorrentes das liberdades fundamentais do mercado interno, nem o exonera pela simples circunstância de esse Estado poder pensar que outro Estado-Membro se encarregará de compensar, de alguma maneira, o tratamento desfavorável gerado pela sua própria legislação¹³.

¹³ Case E – 1/04, *Focus Bank ASA v. The Norwegian State*, 23.11.2004.

29. É entendimento do TJUE, portanto, que as liberdades de circulação de capitais e de estabelecimento requerem a igualdade de tratamento fiscal dos dividendos pagos a residentes e não-residentes pelo Estado-Membro anfitrião, no caso de ambos estarem sujeitos a tributação de dividendos.
30. O TJUE tem sustentado que, quando se trata de interpretar e aplicar as liberdades fundamentais do mercado interno, prevalece o entendimento segundo o qual a liberdade é a regra, e as restrições à liberdade são a exceção: pelo que o art. 65º, 1, a) do TFUE, enquanto derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, é de interpretação estrita.
31. Por conseguinte, não pode ser interpretada no sentido de que qualquer legislação fiscal que comporte uma distinção entre contribuintes, em função do lugar em que residam, ou do Estado-Membro onde invistam os seus capitais, é automaticamente compatível com o TFUE.
32. Com efeito, a derrogação prevista no art. 65º, 1, a) do TFUE é, ela própria, limitada pelo disposto no nº 3 do mesmo artigo, que prevê que as disposições nacionais a que se refere o nº 1 desse artigo não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos: ou seja, as restrições têm como limite a garantia da própria liberdade de circulação de capitais¹⁴.
33. No caso de fundos de investimento residentes no Luxemburgo, o artigo 10.º, n.º 2, da CEDT, permite que o imposto retido na fonte, com carácter definitivo, seja limitado à taxa de 15% sobre o montante bruto dos dividendos se a pessoa que os recebe for o seu beneficiário efectivo¹⁵.
34. No entanto, como o regime fiscal aplicável ao OIC luxemburguês se aproxima de um regime de transparência fiscal, e, aparentemente, não há incidência de outros impostos –

¹⁴ C-358/93, C-416/93, Bordessa, 23-02-1995.

¹⁵ Convenção entre a República Portuguesa e o Grão-Ducado do Luxemburgo para Evitar as Duplas Tributações e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento e o Património, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2000, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 29/2000, publicada em Diário da República I-A, n.º 149, de 30/06/2000.

(<https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar56-2000.pdf>)

visto que a base tributável é constituída pelos rendimentos não distribuídos ou imputados aos titulares do capital, desde que estes se manifestem nesse sentido –, o OIC não pode deduzir o imposto pago.

35. Numa primeira análise, poder-se-ia dizer que essa impossibilidade resulta do facto de gozarem de uma vantagem fiscal, a isenção, de que os seus congéneres portugueses não usufruem. Estes beneficiam da isenção de retenção, ao mesmo tempo que estão sujeitos a dois impostos – tributação autónoma de IRC e IS – cujo efeito cumulativo pode, em certos casos, exceder 23% do valor bruto dos dividendos, como assinalou a Requerida na sua resposta.
36. Por outro lado, o imposto retido ao Requerente poderá eventualmente dar lugar a um crédito de imposto por dupla tributação internacional na esfera dos investidores individualmente considerados, o que, segundo a Requerida, não terá sido devidamente esclarecido nos autos.
37. Num caso e noutro, a tributação dos dividendos opera segundo modalidades diferentes, e nada indica que a carga fiscal que onera os dividendos auferidos pelos OIC residentes abrangidos pelo artigo 22.º do EBF possa ser mais reduzida do que a que recai sobre os dividendos auferidos em Portugal pelos fundos não-residentes, no caso luxemburgueses.
38. Estas diferenças podem ser invocadas, *prima facie*, para sustentar que se trata de situações não-comparáveis.
39. No entender do TJUE, na decisão *AllianzGI-Fonds AENV*, há que distinguir as diferenças de tratamento permitidas pelo art. 65º, 1, a) do TFUE, das discriminações proibidas pelo nº 3 do mesmo artigo.
40. Para que o regime fiscal nacional possa ser considerado compatível com as disposições do TFUE relativas à livre circulação de capitais, é necessário que a diferença de tratamento daí decorrente diga respeito a situações que não sejam objectivamente comparáveis, ou que ela se justifique por uma razão imperiosa de interesse geral.
41. Sobre a questão de saber se a situação dos fundos de investimento residentes e não residentes em Portugal é objetivamente comparável, o TJUE, depois de ponderados os

argumentos do Estado Português (em tudo idênticos aos aqui expostos pela AT), reiterou o seu entendimento segundo o qual, a partir do momento em que um Estado, de modo unilateral ou por via convencional, sujeita ao imposto sobre o rendimento não só os contribuintes residentes mas também os contribuintes não-residentes, relativamente aos dividendos que auferem de uma sociedade residente, a situação dos referidos contribuintes não-residentes assemelha-se à dos contribuintes residentes.

42. No caso *AllianzGI-Fonds AENV*, o TJUE considerou que a legislação nacional em causa no processo principal – o mesmo regime fiscal aqui em análise – não se limita a prever diferentes modalidades de cobrança de imposto em função do local de residência do OIC beneficiário de dividendos de origem nacional, mas prevê, na realidade, uma tributação sistemática dos referidos dividendos que onera apenas os OIC não-residentes.
43. Por exemplo, no que respeita ao IS, o TJUE entendeu serem decisivos o facto de, por um lado, a sua matéria colectável ser constituída pelo valor líquido contabilístico dos OIC, sendo esse IS um imposto sobre o património, que não pode ser equiparado a um imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas; e, por outro lado, a legislação fiscal portuguesa distinguir, no caso dos OIC residentes, entre o rendimento do capital acumulado e o que é imediatamente redistribuído, apenas o primeiro sendo englobado na matéria colectável do referido Imposto do Selo.
44. Com efeito, observa o TJUE, mesmo considerando que esse mesmo IS 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.
45. Quanto ao imposto específico previsto no art. 88º, 11 do CIRC, o TJUE, na decisão do caso *AllianzGI-Fonds AENV*, considerou significativo o facto de este imposto só incidir 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.

-
46. 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 objecto os dividendos de origem nacional recebidos pelos OIC não-residentes.
47. Por conseguinte, a circunstância de os OIC não-residentes não estarem sujeitos ao IS e ao imposto específico previsto no art. 88º, 11 do CIRC não os coloca numa situação objectivamente diferente da situação dos OIC residentes, no que se refere à tributação dos dividendos de origem portuguesa.
48. Quanto à alegada necessidade de ter em conta a situação dos detentores de participações sociais, o TJUE, na decisão do caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, entendeu que a comparabilidade de uma situação transfronteiriça com uma situação interna do Estado-Membro em causa deve ser examinada tendo em conta o objectivo prosseguido pelas disposições nacionais controvertidas.
49. No caso em apreço, no que diz respeito ao objecto, ao conteúdo e ao objectivo do regime português em matéria de tributação dos dividendos, seja ao nível dos próprios OIC ou dos seus detentores de participações sociais, o TJUE entendeu que o referido regime foi concebido numa lógica de “tributação à saída”, ou seja, os OIC que são constituídos e operam de acordo com a legislação portuguesa estão isentos do imposto sobre o rendimento, sendo o encargo que este último representa transferido para os detentores de participações sociais que têm a qualidade de residentes, estando dele isentos os detentores de participações sociais não-residentes.
50. Para o TJUE, se se concluir que o regime português em matéria de tributação dos dividendos visa transferir essa tributação para a esfera dos detentores de participações sociais dos OIC, no intuito de não renunciar pura e simplesmente à tributação dos dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal, deve entender-se que, se o objectivo da legislação nacional em causa é comprovadamente o de deslocar o nível de tributação do veículo de investimento para o accionista desse veículo, são, em princípio, as condições materiais do poder de tributação sobre os rendimentos dos accionistas que devem ser consideradas determinantes, e não a técnica de tributação utilizada.

-
51. Os fundos do Requerente, residente no Luxemburgo, podem ter investidores estrangeiros, incluindo portugueses, e os fundos fiscalmente residentes em Portugal podem ter investidores estrangeiros, incluindo luxemburgueses.
52. A presente acção não foi intentada pelos investidores, nem os mesmos são partes nela, nem é lícito chamar à colação a posição dos referidos investidores.
53. Por seu lado, o art. 22º do EBF não estabelece nenhuma ligação entre o tratamento fiscal dos dividendos de origem nacional recebidos pelos OIC, residentes ou não residentes, e a situação fiscal dos seus detentores de participações.
54. Da mesma forma, a AT não afere da posição dos investidores em OIC residentes para efeitos fiscais em Portugal, para reconhecer a estes o regime fiscal previsto no art. 22º do EBF.
55. Seria administrativamente impraticável, excessivamente oneroso, proceder-se a uma determinação caso a caso, totalmente particularizada, para cada OIC não-residente, ou investidor individual, com o único fito de aumentar as receitas tributárias dos Estados-Membros.
56. Tanto os fundos residentes em Portugal, como os não-residentes, podem ter accionistas institucionais e individuais de todos os Estados da União Europeia e de terceiros Estados.
57. Será, portanto, administrativamente praticável, muito menos oneroso, circunscrever a análise ao nível da situação fiscal dos fundos residentes e não-residentes a quem são distribuídos dividendos, obtendo-se a informação relevante numa única determinação, sem necessidade de particularizar as situações de benefício económico último.
58. Por outras palavras: considerando que o único critério de distinção estabelecido pela legislação nacional se baseia no lugar de residência dos OIC, sujeitando apenas os organismos não-residentes a uma retenção na fonte dos dividendos que recebem, o que deve relevar é o impacto directo que as normas tributárias têm na atividade dos fundos, e não na situação fiscal dos investidores individualmente considerados. Estes não têm necessariamente a mesma nacionalidade dos fundos, o que deve ser considerado normal, até porque os investimentos transfronteiriços são um dos objetivos do mercado interno e

da liberdade de circulação de capitais no âmbito da União Europeia.

59. Em suma, o rastreamento de investidores individuais espalhados por todo o mundo, e a aplicação de um conjunto diferente de regras a cada um deles, dependendo de seu país de domicílio, apresentaria uma situação impraticável para os tribunais que, no futuro, fossem chamados a analisar a conformidade da legislação fiscal nacional em causa com as liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais.
60. Regressando ao plano dos Fundos: a situação de um OIC residente que beneficia de uma distribuição de dividendos é comparável à de um OIC beneficiário não-residente, na medida em que, em ambos os casos, os lucros realizados podem, em princípio, ser objeto de dupla tributação económica ou de tributação em cadeia.
61. Por conseguinte, o critério de distinção a que se refere a legislação nacional em causa, que tem por critério o lugar de residência dos OIC, não permite concluir pela existência de uma diferença objectiva de situações entre os organismos residentes e os organismos não-residentes.
62. Logo, a diferença de tratamento entre os OIC residentes e os OIC não-residentes diz respeito a situações objetivamente comparáveis.
63. Por outro lado, como reconheceu o TJUE no caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, uma restrição à livre circulação de capitais pode ser admitida se se justificar por razões imperiosas de interesse geral, for adequada a garantir a realização do objectivo que prossegue e não for além do que é necessário para alcançar esse objectivo, sendo tais razões, por um lado, a necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional, e, por outro, a de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre Portugal e outro Estado-Membro da EU, como o Luxemburgo.
64. Quanto à primeira razão, sempre se poderia alegar que essa coerência só seria garantida se a entidade gestora do OIC não-residente operasse em Portugal através de um estabelecimento estável, de modo a que essa entidade pudesse concretizar as retenções na fonte necessárias junto dos detentores de participações sociais residentes, bem como, em certos casos excepcionais, orientados por considerações ligadas ao facto de evitar o

- planeamento fiscal, junto dos detentores de participações sociais não-residentes.
65. Contudo, para que um argumento baseado nessa justificação pudesse ser acolhido, seria necessário que estivesse demonstrada a existência de uma relação directa entre o benefício fiscal em causa e a compensação desse benefício por uma determinada imposição fiscal.
66. Ora, a garantia da coerência do sistema fiscal português também não pode ser invocada para justificar a diferenciação de regime da retenção, visto que 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; não se podendo, pois, falar de uma relação directa, na acepção da jurisprudência do TJUE, 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.
67. No tocante ao objectivo de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre Portugal e outro Estado-Membro da EU, como o Luxemburgo, o mesmo só pode ser admitido quando o regime em causa vise prevenir comportamentos susceptíveis de comprometer o direito de um Estado-Membro exercer a sua competência fiscal em relação às actividades realizadas no seu próprio território, pelo que, se Portugal optou 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.
68. A esta luz, o art. 63º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que estabeleça que 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 – sendo esta a principal conclusão que, com firmeza, se alcança na decisão do TJUE no caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, de 17 de Março de 2022 (Processo n.º C-545/19).

III. C.5. O direito aos juros indemnizatórios

69. O Requerente pede a restituição da quantia €170.218,43, relativa a retenções na fonte de IRC suportadas em Portugal sobre dividendos distribuídos no ano de 2019 e 2020, acrescida de juros indemnizatórios.
70. Dispõe o art. 24º, b) do RJAT que a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação vincula a AT a partir do termo do prazo previsto para o recurso ou impugnação, devendo esta, nos exactos termos da procedência da decisão arbitral a favor do sujeito passivo, e até ao termo do prazo previsto para a execução espontânea das sentenças dos tribunais judiciais tributários, *“restabelecer a situação que existiria se o ato tributário objeto da decisão arbitral não tivesse sido praticado, adotando os atos e operações necessários para o efeito”*, de acordo com o preceituado no artigo 100.º da LGT (aplicável por força do disposto no art. 29º, 1, a) do RJAT) que estabelece que *“a administração tributária está obrigada, em caso de procedência total ou parcial de reclamação, impugnação judicial ou recurso a favor do sujeito passivo, à imediata e plena reconstituição da legalidade do ato ou situação objeto do litígio, compreendendo o pagamento de juros indemnizatórios, se for caso disso, a partir do termo do prazo da execução da decisão”*.
71. É hoje consensual que os tribunais arbitrais abarcam nas suas competências os poderes que, em processo de impugnação judicial, são atribuídos aos tribunais tributários, até porque o processo arbitral foi desenhado como um meio processual alternativo ao processo de impugnação judicial e à acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo em matéria tributária. Por sua vez, o processo de impugnação admite a condenação da AT no pagamento de juros indemnizatórios, como resulta do teor do art. 43.º, 1 da LGT, em que se dispõe 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”, e do art. 61º, 4 do CPPT, que estabelece que “se a decisão que reconheceu o direito a juros indemnizatórios for judicial, o prazo de pagamento conta-se a partir do início do prazo da sua execução espontânea”.

72. Igualmente o art. 24, 5º do RJAT, ao estabelecer que “*é devido o pagamento de juros, independentemente da sua natureza, nos termos previsto na lei geral tributária e no Código de Procedimento e de Processo Tributário*”, deve ser interpretado e aplicado como permitindo o reconhecimento do direito a juros indemnizatórios no processo arbitral.
73. No caso em apreço, a AT aplicou as normas jurídicas nacionais em vigor, a despeito de as mesmas violarem o direito da União Europeia tal como ele tem sido interpretado pelo TJUE.
74. Sendo a primazia do direito da União Europeia relativamente ao direito nacional uma *primazia de aplicação* e não uma *primazia de validade*, cabe ao presente Tribunal Arbitral desapplicar o direito nacional contrário ao direito da União Europeia, declarando a respectiva ilegalidade.
75. Nos termos dos artigos 61º do CPPT e 43º da LGT, são devidos juros indemnizatórios quando, anulados os actos por vício de violação de lei, se apure que a culpa do erro subjacente à anulação do ato é imputável aos serviços da Administração Tributária, ou, em bom rigor, não é imputável ao contribuinte.
76. Uma vez verificado o erro, e ordenada judicialmente a sua anulação, é manifesto que, para além da devolução dos montantes ilegalmente retidos, a Requerente tem direito a que lhe sejam pagos os juros vencidos sobre esses valores (ilegalmente retidos) até integral restituição, sendo indiferente, ao reconhecimento desse direito, que o erro decorra especialmente da violação de normas da União Europeia e não apenas de normas nacionais.
77. Estamos assim, neste caso, perante uma actuação por parte da AT que se traduz num “erro imputável aos serviços”, para efeitos da aplicação art. 43º da LGT. Atendendo ao

estabelecido no art. 61º do CPPT, o Requerente tem direito a juros indemnizatórios à taxa legal.

78. O artigo 43º, 3, c), da LGT determina que são devidos juros indemnizatórios à taxa legal “quando a revisão do ato tributário por iniciativa do contribuinte se efetuar mais de um ano após o pedido deste, salvo se o atraso não for imputável à administração tributária”.
79. Entende-se que a demora de mais de um ano é imputável à Administração e deriva da prática de acto ilegal: ou porque tardou a dar razão ao contribuinte, ou porque não lha deu e veio a revelar-se que o devia ter feito. Nestes casos, o direito de indemnização deriva da prática de acto ilegal e não do incumprimento de um prazo procedimental para os serviços decidirem favoravelmente a pretensão do contribuinte, já que o prazo de um ano fixado nessa norma nem sequer coincide com o prazo de quatro meses que a LGT fixa para a emissão de decisão (art.º 57º, n.º 1)
80. Sendo os juros indemnizatórios devidos apenas depois de decorrido um ano após a apresentação do pedido de revisão oficiosa, eles são devidos, no caso presente, a partir de 5 de Abril de 2023.
81. Foram conhecidas e apreciadas as questões relevantes submetidas à apreciação deste Tribunal, não o tendo sido aquelas cuja decisão ficou prejudicada pela solução dada a outras, ou cuja apreciação seria inútil – art. 608.º do CPC, *ex vi* art. 29º, 1, e) do RJAT.

IV. Decisão

Nos termos expostos, acordam neste Tribunal Arbitral em:

- a) Julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral;
- b) Declarar a ilegalidade dos actos tributários de retenção na fonte ora sindicados, por erro nos pressupostos de direito, especificamente por violação da liberdade de circulação de capitais consagrada no artigo 63º do TFUE;

- c) Declarar a ilegalidade da decisão de indeferimento tácito do pedido de revisão oficiosa apresentado contra tais actos tributários;
- d) Condenar a Autoridade Tributária e Aduaneira à restituição da quantia de €170.218,43 relativa a retenções na fonte de IRC suportadas em Portugal sobre dividendos distribuídos nos anos de 2019 e 2020;
- e) Condenar a Autoridade Tributária e Aduaneira no pagamento de juros indemnizatórios, contados a partir de um ano após a apresentação do pedido de revisão oficiosa;
- f) Condenar a Autoridade Tributária e Aduaneira no pagamento das custas do processo.

V. Valor do processo

Fixa-se o valor do processo em €170.218,43 (cento e setenta mil, duzentos e dezoito euros e quarenta e três cêntimos), nos termos do disposto no art.º 97.º-A do CPPT, aplicável *ex vi* art.º 29.º, n.º 1, alínea a), do RJAT e art.º 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processo de Arbitragem Tributária (RCPAT).

VI. Custas

Custas no montante de € 3.672,00 (três mil, seiscentos e setenta e dois euros) a cargo da Requerida (cfr. Tabela I, do RCPAT e artigos 12.º, n.º 2 e 22.º, n.º 4, do RJAT).

Lisboa, 16 de Junho de 2023

Os Árbitros

Fernando Araújo

Amândio Silva

Nuno Maldonado de Sousa