

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 11/2023-T

Tema: IRC, EBF, Livre Circulação de Capitais; Fundos de Investimento, Dividendos; Desnecessidade de Reenvio Prejudicial.

SUMÁRIO:

- a) A liberdade de circulação dos capitais e, conseqüentemente, a proibição de adoção de medidas restritivas da mesma, encontra-se consagrada nos art.º 63.º e seguintes do TFUE, concretização do art.º 18.º do TFUE, sendo aplicável tanto entre Estados-membros como entre Estados-membros e Estados-terceiros, ou seja, que não integram a UE.
- b) Os n.ºs. 1 e 10 do artigo 22.º do EBF, ao limitarem o regime neles previsto a organismos de investimento coletivo constituídos segundo a legislação nacional, estabelecem uma discriminação arbitrária, que é de molde a conduzir a uma restrição à livre circulação de capitais no espaço da União Europeia, proibida pelo artigo 63.º do TFUE.

DECISÃO ARBITRAL

Os árbitros Fernanda Maças (árbitro presidente e relatora), Maria Alexandra Mesquita e Amândio Silva (árbitros vogais), designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) para formarem o presente Tribunal Arbitral Coletivo, acordam no seguinte:

I.RELATÓRIO

1. A..., fundo de investimento constituído ao abrigo da lei dos Estados Unidos da América, com sede em ..., Estados Unidos da América, com o número de contribuinte fiscal americano

1.

... e com o número de contribuinte fiscal português ... e representado pela sua entidade gestora B..., INC., sociedade de direito americano, com sede em ..., Estados Unidos da América, com o número de contribuinte fiscal americano ... vem, na sequência do despacho de indeferimento proferido pelo Diretor de Finanças Adjunto da Direção de Finanças de Lisboa, datado de 29.09.2022, no âmbito do processo de reclamação graciosa n.º ..., relativo aos atos de retenção na fonte de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) de 2020, consubstanciados nas guias n.º ..., n.º ..., n.º ... e n.º ..., referentes aos períodos de maio, junho, julho e dezembro de 2020, que incidiram sobre os dividendos auferidos em território nacional, num montante que ascende a 2.690 998, 40 euros, veio, nos termos do disposto nos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), 5.º, n.º 3, alínea a), 6.º, n.º 2, alínea a) e 10.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2, todos do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), requerer a constituição de tribunal arbitral com vista à declaração de ilegalidade daquela decisão de indeferimento de 29-09.2022 e dos atos tributários antecedentes que daquela foram objeto nos termos da alínea a) do artigo 99.º do Código do Procedimento e do Processo e do Processo Tributário (CPPT).

2.O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Senhor Presidente do CA, seguido de notificação à AT para Resposta, ao abrigo do artigo 17.º do RJAT.

O Requerente não procedeu à nomeação de árbitro, pelo que, nos termos do disposto na alínea a) do artigo 6.º e da alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-lei 10/2011 na redação introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro (RJAT) o Conselho Deontológico designou como árbitros do tribunal arbitral coletivo os signatários, que comunicaram a aceitação do encargo dentro do prazo aplicável.

As partes, devidamente notificadas dessa designação, não manifestaram vontade de recusar a designação de árbitros, nos termos conjugados das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT e artigos 6.º e 7.º do Código Deontológico.

Em conformidade com o preceituado na alínea c) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT com a redação atualizada nos termos já descritos no ponto 7, o tribunal arbitral coletivo foi constituído em 20 de março de 2023.

3. O Requerente sustenta o Pedido de Pronúncia Arbitral, alegando, em síntese:

- a) Que é um fundo de investimento mobiliário constituído e a operar de acordo com o direito norte-americano que, no ano de 2020, na qualidade de residente para efeitos fiscais, nos Estados Unidos da América, investiu em participações sociais de sociedades com sede em Portugal.
- b) Os dividendos auferidos em território nacional pelo Requerente foram sujeitos a retenção na fonte a título definitivo, à taxa de 15% [cf. artigos 4.º, n.º 2, 94.º, n.º 1, alínea c) e n.º 3, alínea c), e 87.º, n.º 4, todos do Código do IRC e artigo 10.º da Convenção para Evitar a Dupla Tributação celebrada entre o Estado Português e os Estados Unidos da América].
- c) O Requerente não deduziu nos EUA, Estado da residência, o imposto retido na fonte em Portugal, conforme se extrai de cópia da declaração de rendimentos referente aos exercícios de 2019 e de 2020, porquanto, conforme se extrai das declarações de rendimentos, o Requerente é qualificado para efeitos fiscais pelo direito norte-americano como *Regulated Investment Company* (RIC), e, de acordo com o subcapítulo M do *Internal Revenue Code*, a tributação dos ganhos obtidos pelos RIC ocorre na esfera dos participantes.
- d) No entanto, tais dividendos se auferidos por um Organismo de Investimento Coletivo (OIC) constituído e a operar de acordo com a legislação nacional, estariam excluídos de tributação [cf. artigo 22.º, n.º 3 do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF)], concluindo o Requerente que este tratamento fiscal conferido pela legislação nacional, que distingue o tratamento a conferir aos dividendos auferidos por fundos de investimento consoante a residência tributária destes, configura, (...) uma restrição à liberdade de circulação de capitais, a qual é proibida pelo artigo 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

- e) Neste mesmo sentido, refere, se pronunciou recentemente o Tribunal de Justiça da União Europeia no acórdão AllianzGI-Fonds AEVN, processo C-545/19, onde ficou consignado, sobre a compatibilidade do regime previsto no artigo 22.º do EBF com o artigo 63.º do TFUE, 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 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.*”
- f) Alega o Requerente que a jurisprudência do TJUE tem vindo constantemente a opor-se a restrições à circulação de capitais no âmbito das relações entre Estados-membros e países terceiros, assim admitindo, no que ora releva, a aplicação de uma das liberdades fundamentais consagradas no TFUE nas relações com países terceiros (cf. acórdão *Sanz de Lera*, processos apensos C-163/94, C-165/94 e C-250/94, de 15.12.1994, acórdão *FII Group Litigation*, processo C-446/04, de 12.12.2006 e acórdão *Emerging Markets Series*, processo C-190/12, de 10.04.2014).
- g) No acórdão *FII Group Litigation* o TJUE deixou claro, no que concerne ao âmbito de aplicação da livre de circulação de capitais, que “(...) não pode ser aplicada uma restrição aos movimentos de capitais proibida pelo artigo 56.º CE, nem mesmo nas relações com os países terceiros.” (sublinhado nosso) (cf. processo C-446/04, de 12.12.2006).
- h) Nos artigos 52.º ao 152.º do Pedido o Requerente procede à fundamentação exaustiva tendente a fundamentar a violação da liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, TFUE, em termos que aqui se dão por inteiramente reproduzidos, arguindo em seu favor, o n.º 2) do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e n.º 1 do artigo 1.º da Lei Geral Tributária isto é, densificando o primado da legislação comunitária sobre o direito interno, apresentando jurisprudência sucessivamente reafirmada pelo TJUE, citando vasta bibliografia de Direito Tributário Internacional e a Diretiva 88/361/CEE do Conselho de 24 de junho de 1988, sobre a Livre Circulação de Capitais. O Requerente aponta, ainda, numerosos processos já transitados do CAAD, em especial o processo

90/2019-T onde concluiu em seu favor, e transcrevemos: “*Como tem sido sucessivamente afirmado pelo TJUE, a liberdade de circulação de capitais consagrada no artigo 63.º do TFUE deve ser interpretada em sentido amplo e as possibilidades de restrição à mesma, previstas e limitadas no artigo 65.º do mesmo Tratado devem ser indispensáveis à prossecução de interesses públicos ponderosos, devidamente fundamentadas e interpretadas de maneira restritiva. É sobre o Estado português que recai o ónus de provar que os seus objetivos fiscais e financeiros não poderiam ser prosseguidos por meios alternativos menos restritivos do que a diferença de tratamento fiscal em causa, ónus esse que manifestamente não foi cumprido pela argumentação expendida pela AT, sem prejuízo de se reconhecer o empenhado e competente esforço nesse sentido. A orientação de fundo seguida pela jurisprudência do TJUE sobre o âmbito normativo da liberdade de circulação de capitais, os seus limites e os limites dos limites, torna inviável essa missão probatória no caso concreto.*”

- i) Em suma, o Requerente conclui que a situação em análise cai no âmbito de aplicação do TFUE porque o artigo 22.º, n.ºs 1 e 3 do EBF consubstancia uma discriminação em razão da residência e, por via disso, subsiste uma restrição a uma das liberdades fundamentais previstas no TFUE, não havendo um motivo justificativo para a restrição ao exercício dessa liberdade fundamental.

4. Na sua Resposta a Requerida refere:

- a) O Requerente, não residente fiscal em Portugal e sem estabelecimento estável, é sujeito passivo de IRC, nos termos do disposto na al. c) do n.º 1 do art.º 2.º do CIRC, incidindo o imposto apenas sobre os rendimentos obtidos em território nacional (país da fonte).
- b) Em causa está a alegada desconformidade das normas legais internas com o Direito da União Europeia, mais precisamente, a não consideração destes rendimentos para efeitos do apuramento do lucro tributável, prevista no n.º 3 do art.º 22.º do EBF e sua impossibilidade de aplicação aos rendimentos distribuídos aos Organismos de Investimento Coletivo (OIC), com sede fora de Portugal.

- c) O Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro, procedeu à reforma do regime de tributação dos Organismos de Investimento Coletivo (OIC), alterando, com interesse para o caso em apreço, a redação do art.º 22.º do EBF, *aplicável aos rendimentos obtidos por fundos de investimento mobiliário e imobiliário e sociedades de investimento mobiliário e imobiliário, que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional*, conforme resulta do n.º 1 do art.º 22.º do EBF, e circular n.º 6/2015.
- d) Com a nova redação do artigo 22.º do EBF, estabeleceu o legislador, para esses sujeitos passivos de IRC, uma exclusão na determinação do lucro tributável dos rendimentos de capitais, prediais e mais-valias referidos nos art.ºs 5.º, 8.º e 10.º do CIRS, conforme resulta do n.º 3 do referido art.º 22.º do EBF e, uma isenção das derramas municipal e estadual, nos termos do n.º 6 da referida norma legal.
- e) Tal exclusão não é aplicável ao Requerente - pessoa coletiva constituída de acordo com a legislação dos Estados Unidos da América -, por falta de enquadramento com o disposto no n.º 1 do art.º 22.º do EBF.
- f) A consagração da liberdade de circulação dos capitais e, conseqüentemente, a proibição de adoção de medidas restritivas da mesma, encontra-se consagrada nos art.º 63.º e seguintes do TFUE, concretização do art.º 18.º do TFUE, sendo aplicável tanto entre Estados-membros como entre Estados-membros e Estados-terceiros, ou seja, que não integram a UE.
- g) Não obstante, conforme resulta da al. a) do n.º 1 do art.º 65.º do TFUE, é permitido que os Estados-membros apliquem “(...) as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido”, tendo em conta a sua soberania fiscal, desde que, verificado o n.º 3 da mencionada disposição legal.
- h) Nos artigos 20.º e ss. invoca argumentos no sentido de demonstrar que os organismos de investimento coletivo abrangidos pelo artigo 22.º do EBF encontram-se sujeitos a imposto do Selo e a tributação autónoma incidente sobre os lucros distribuídos, que afasta a alegada discriminação na situação dos autos.

- i) Para avaliar se a legislação nacional aplicável aos OIC constituídos e estabelecidos em Portugal é discriminatória relativamente ao tratamento dos fundos de investimentos de outros Estados não basta olhar apenas o n.º 10 do artigo 22.º do EBF, *pois impõe-se levar em conta todos os ónus fiscais incidentes sobre tais rendimentos e sobre os ativos (in casu, ações) que lhe dão origem.*
- j) Consequentemente, reitera-se que, para avaliar se da legislação nacional resulta um tratamento discriminatório dos fundos de investimento de outros Estados contrário ao TFUE, por constituir uma restrição à liberdade de circulação de capitais, a análise não pode cingir-se à consideração estrita das regras de retenção na fonte, há que atender, no caso concreto, à carga fiscal a que estão sujeitos os OICs abrangidos pelo artigo 22.º do EBF relativamente aos dividendos e às correspondentes ações, pois, só com esta visão global pode concluir-se com um mínimo de segurança que os fundos estrangeiros que investem em ações de sociedades residentes em Portugal são colocados numa situação mais desfavorável.
- k) Além do mais, **o imposto retido à Requerente poderá eventualmente dar lugar a um crédito de imposto por dupla tributação internacional tanto na esfera da Requerente, bem como na esfera dos investidores, não tendo a Requerente esclarecido/provado (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.**
- l) Na verdade, por despacho de 1 de Setembro de 2022, nos termos do artigo 99.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, o TJUE, no processo C-67/22, declarou o seguinte: **“Os artigos 63.º e 65.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional destinada a eliminar a dupla tributação económica de dividendos nos termos da qual uma sociedade residente no Estado-Membro em causa pode deduzir do seu lucro tributável os dividendos que lhe foram distribuídos por outra sociedade residente, mas não pode deduzir dividendos distribuídos por uma sociedade estabelecida num país terceiro, com o fundamento de que este último não está vinculado ao Estado-Membro de tributação por nenhuma obrigação convencional de fornecer informações fiscais,**

quando essa dedução depende do requisito relativo à sujeição da sociedade distribuidora a imposto nesse país terceiro e, em razão da inexistência de obrigação convencional do referido país terceiro de fornecer informações, for impossível obter essas informações desse mesmo país. Um Estado-Membro não é obrigado a conceder ao contribuinte a possibilidade de ele próprio apresentar elementos que demonstrem que os requisitos necessários para obter essa dedução estão preenchidos quando, devido a essa inexistência de obrigação convencional, o referido Estado-Membro não pode controlar a veracidade desses elementos.”

- m) Alega a Requerida que, (...) *in casu*, não houve qualquer troca de informações entre Portugal e os EUA sendo os únicos elementos disponíveis os fornecidos pela requerente.
- n) **Deste modo, no mínimo, não pode o Tribunal arbitral condenar a AT a deferir a pretensão da requerente sem que devolva à AT a possibilidade de apurar a veracidade dos elementos apenas apresentados pela requerente.**
- o) Por outro lado, entende-se que se justifica o reenvio prejudicial neste caso para o TJUE uma vez que estamos perante um país terceiro e perante uma situação não similar com as que já foram analisadas no CAAD.

5. Por despacho de 4 de maio de 2023 foram notificadas as partes para produzirem alegações escritas.

6. Em 18 de maio e em 7 de junho de 2023, respetivamente, requerente e requerida apresentaram as suas alegações escritas nada mais adiantando de relevante para conhecimento do tribunal arbitral.

II – SANEAMENTO

7. O Tribunal arbitral foi regularmente constituído à face do preceituado na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º e n.º 1 do artigo 10º, ambos, do Decreto-lei 10/2011, de 20 de janeiro (RJAT) e é competente.

As Partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas e estão representadas cf. artigos 4.º e n.º2 do artigo 10.º do mesmo diploma (RJAT) e artigo 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março.

O processo não enferma de nulidades e não foi suscitada matéria de exceção, pelo que nada obsta à apreciação do pedido.

Cumprе apreciar e decidir.

III- FUNDAMENTAÇÃO

III-1- MATÉRIA DE FACTO

§ 1.º Factos dados como provados

- a) O Requerente, A..., é fundo de investimento constituído ao abrigo da lei dos Estados Unidos da América, com sede em ..., com o número de contribuinte fiscal americano ... e **com o número de contribuinte fiscal português ...**, e representada pela sua **entidade gestora B..., INC.**, sociedade de direito americano, com sede em ..., Estados Unidos da América, **com o número de contribuinte fiscal americano ...**;
- b) O Requerente é um fundo de investimento mobiliário constituído e a operar de acordo com o direito norte-americano, que reúne capital de investidores que, por seu turno, investe em ações de empresas sedeadas em mercados desenvolvidos e emergentes (cf. doc. n.º 1);
- c) A gestão do Requerente é levada a cabo pela entidade gestora, **B..., INC.**, sociedade de direito americano, com sede em ..., Estados Unidos da América, com o número de contribuinte fiscal americano ... (cf. doc. n.º 1);
- d) No ano de 2020 o Requerente era residente, para efeitos fiscais, nos Estados Unidos da América, conforme cópia do certificado de residência que junta como documento n.º 2;
- e) Em 2020, o Requerente auferiu dividendos da sua participação no capital social de sociedades portuguesas, conforme se extrai dos documentos que junta como documento n.º 3.

Entidade Distribuidora dos Dividendos	N.º de Ações	Dividendos (valor bruto)	Retenção na Fonte			Guia
			Data do Pagamento	Taxa	Imposto	
C...	4.590.363	€ 639.896,60	09/01/2020	15%	€ 95.984,49	
D...	43.974.108	€ 8.355.080,52	14/05/2020	15%	€ 1.253.262,08	
E...	15.312.304	€ 708.959,68	15/05/2020	15%	€ 106.343,95	...
F...	1.637.794	€ 491.338,20	15/05/2020	15%	€ 73.700,73	
G...	9.061.368	€ 3.477.299,97	21/05/2020	15%	€ 521.595,00	
H...	7.175.282	€ 1.226.973,22	25/05/2020	15%	€ 184.045,98	
I...	336.492	€ 42.061,50	15/06/2020	15%	€ 6.309,23	...
J...	4.119.416	€ 1.145.197,65	03/07/2020	15%	€ 171.779,65	
K...	4.191.387	€ 867.617,11	15/07/2020	15%	€ 130.142,57	...
L...	617.892	€ 114.310,02	20/07/2020	15%	€ 17.146,50	
M...	2.943.324	€ 410.299,37	10/12/2020	15%	€ 61.544,91	
N...	3.340.257	€ 460.955,47	16/12/2020	15%	€ 69.143,32	...
Total					€ 2.690.998,40	

- f) Se no momento da retenção for feita prova junto do substituto tributário, da verificação dos pressupostos da aplicação da CDT celebrada entre Portugal e os Estados Unidos da América (art.º 10.º n.º 2CDT), nos termos da al. a) do n.º 2 do art.º 98.º do CIRC, pode ser aplicada a taxa reduzida de 15%;
- g) O que sucedeu nos períodos de 2020-06, 2020-07 e 2020-12, o que se confirma pelas declarações emitidas pelo M..., S.A., juntas aos autos a fls... PA;
- h) Relativamente à entrega do imposto retido nos cofres do Estado pelo substituto tributário, foram identificadas as guias de retenção n.ºs ... (2020-05), ... (2020-06), ...(2020-07), ... (2020-12);
- i) Consultadas as Declarações Modelo 30 verificaram os serviços da AT que, foi declarada pelo substituto tributário a distribuição de rendimentos à Requerente e retenção na fonte, nos seguintes períodos:
- | Rendimento | Retenção do imposto | Taxa |
|--------------------------|---------------------|------|
| 2020-05- € 14.259.651,59 | € 3.564.912,90 | 25% |
| 2020-06- € 42.061,50 | € 6.309,23 | 15% |
| 2020-07- € 2.127.124,78 | € 319.068,72 | 15% |
| 2020-12- € 871.254,84 | € 130.688,23 | 15% |
- j) O Requerente não deduziu nos EUA, Estado da residência, o imposto retido na fonte em Portugal, conforme se extrai de cópia da declaração de rendimentos referente aos exercícios de 2019 e de 2020, que se junta como documentos n.º 4 e n.º 5;
- k) Em 2022/12/22, apresentou reclamação graciosa, a qual, por despacho de 2022/09/29, foi indeferida, nos termos e com os fundamentos a fls... PA e que aqui se consideram reproduzidos para todos os efeitos legais;
- l) Inconformada, apresentou pedido de constituição de tribunal arbitral em 2023/01/04.

§2.º Dos Factos dados como não provados

Não há factos relevantes para esta Decisão Arbitral que não se tenham provado.

§3.º Fundamentação da matéria de facto dada como provada

A matéria de facto foi fixada por este Tribunal Arbitral Coletivo e a sua convicção ficou formada com base nas peças processuais e requerimentos apresentados pelas Partes e nos documentos juntos pelas Partes ao presente Processo Arbitral, incluindo o Processo Administrativo.

Relativamente à matéria de facto o Tribunal não tem o dever de se pronunciar sobre toda a matéria alegada, tendo antes o dever de seleccionar a que interessa para a decisão, levando em consideração a causa (ou causas) de pedir que fundamenta o pedido formulado pelo autor, conforme n.º 1 do artigo 596.º e n.º 2 a 4 do artigo 607.º, ambos do Código Processo Civil (CPC), aplicável *ex vi* da alínea e) do n.º 1 do artigo 29.º do RJAT e consignar se a considera provada ou não provada, conforme n.º 2 do artigo 123.º Código do Procedimento e do Processo Tributário (CPPT), aplicável *ex vi* da alínea a) do n.º 1 do artigo 29.º do RJAT.

Segundo o princípio da livre apreciação da prova, o Tribunal baseia a sua decisão, em relação às provas produzidas, na sua íntima convicção, formada a partir do exame e avaliação que faz dos meios de prova trazidos ao processo e de acordo com a sua experiência de vida e conhecimento das pessoas, conforme n.º 5 do artigo 607.º do CPC. Somente quando a força probatória de certos meios se encontrar pré-estabelecida na lei (*e.g.* força probatória plena dos documentos autênticos, conforme artigo 371.º do Código Civil) é que não domina na apreciação das provas produzidas o princípio da livre apreciação.

Assim, tendo em consideração as posições assumidas pelas Partes e a prova documental junta aos presentes Autos Arbitrais, consideraram-se provados, com relevo para a presente Decisão Arbitral, os factos acima elencados. Acresce que, como melhor será analisado mais adiante, a questão é meramente de direito, o que é, aliás, corroborado pela Requerida no ponto 12 da Resposta onde se pode ler que “ *Em causa está a alegada desconformidade das normas legais internas com o Direito da União Europeia, mais precisamente, a não consideração destes rendimentos para efeitos do apuramento do lucro tributável, prevista no n.º 3 do art.º 22.º do*

EBF e sua impossibilidade de aplicação aos rendimentos distribuídos aos Organismos de Investimento Coletivo com sede fora de Portugal.”

III- 2- DO DIREITO

§ 1.º Quanto à ilegalidade dos atos tributários impugnados

Constitui jurisprudência pacífica que a validade do ato de liquidação deve ser aferida face à sua fundamentação contemporânea, no caso, a constante do processo instrutor, em especial do despacho expresso de indeferimento da reclamação. Como se pode ler na Decisão arbitral proferida no processo n.º 82/2023-T, citando a Decisão de 23/05/2016, proferida no processo 731/2015-T: “(...) *é irrelevante a fundamentação a posteriori, tendo os actos cuja legalidade é questionada de ser apreciados tal como foram praticados, não podendo o tribunal, perante a constatação da invocação de um fundamento ilegal como suporte da decisão administrativa, apreciar se a sua atuação poderia basear-se noutros fundamentos*”.

Na mesma linha, considera-se no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 1/06/2015, proferido no proc. 58/11, o seguinte: “*Sob pena de violação do princípio da separação de poderes e assumir-se como órgão de administração activa dos impostos, o tribunal não pode decidir sobre a manutenção de actos que deveriam ser anulados com base em fundamentação diferente da utilizada pela administração tributária.*”.

Aplicando o exposto ao caso em análise, fundamentação *a posteriori* é aquilo que, salvo o devido respeito, a Requerida procura fazer ao alegar, entre os artigos 89.º a 92.º da Resposta, entre o mais que: i) *In casu*, não houve qualquer troca de informações entre Portugal e os EUA sendo os únicos elementos disponíveis os fornecidos pela requerente; ii) Deste modo, no mínimo, não pode o Tribunal arbitral condenar a AT a deferir a pretensão da requerente sem que devolva à AT a possibilidade de apurar a veracidade dos elementos apenas apresentados pela Requerente.

Com efeito, uma leitura atenta do despacho que apreciou a reclamação graciosa demonstra que, apesar de o SP ter afirmado, na reclamação, entre o mais, que não havia deduzido nos EUA,

Estado da residência, o imposto retido na fonte em Portugal, a reclamação nada refere quanto a estes aspetos suscitados inovadoramente na Resposta. O indeferimento da reclamação é totalmente omissivo quanto a um eventual incumprimento do ónus da prova por parte do Requerente por não ter “esclarecido/provado (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.” Nem tão pouco se faz qualquer referência à necessidade de troca de informações, quanto à verificação da dupla tributação, circunscrevendo-se a argumentação à interpretação dos artigos 22.º do EBF e 63.º e 65.º do TFUE.

Assim sendo, como afirmado, a questão é meramente de direito e centra-se na determinação do sentido e alcance dos preceitos mencionados.

Como vimos e em resumo, o SP alega o seguinte:

- Que é um fundo de investimento mobiliário constituído e a operar de acordo com o direito norte-americano, residente para efeitos fiscais nos Estados Unidos da América, representado pela entidade gestora B..., Inc., sociedade também constituída e a operar ao abrigo do direito norte-americano;
- Que, no ano de 2020 recebeu dividendos distribuídos por sociedades residentes para efeitos fiscais em Portugal, nos identificados meses (e também em janeiro, embora o imposto tenha sido entregue na guia de retenção de maio), no montante global de €17.939.989,31, sujeitos a tributação em Portugal por se tratar do Estado da fonte, cuja retenção na fonte foi efetuada pelo substituto tributário, em conformidade com o art.º 94.º do CIRC, à taxa reduzida de 15%, ao abrigo do art.º 10.º da CDT celebrado entre Portugal e os Estados Unidos da América, no montante global de € 2.690.998,40, o qual não foi deduzido nos EUA;
- Que o regime previsto no art.º 22.º do EBF ao excluir de tributação os dividendos auferidos por fundos de investimento mobiliário residentes em Portugal, e a sujeitar a retenção na fonte os dividendos auferidos por fundos que não tenham sido constituídos nem operem de acordo com a legislação nacional, e por isso, não residentes, colide com o princípio da não discriminação em razão da residência e consubstancia uma restrição a uma das liberdades fundamentais previstas no TFUE, i.e., a livre circulação de capitais prevista no art.º 63.º do TFUE, sem que se verifique uma razão imperiosa de interesse geral;

- Que, a legislação nacional de um Estado-membro que faça depender uma exclusão de tributação dos dividendos recebidos da localização geográfica da residência do fundo de investimento que aufera os dividendos, não pode deixar de consubstanciar uma clara afronta ao princípio da não discriminação em razão da residência, colidindo com a livre circulação de capitais consagrada no art.º 63.º do TFUE tal como entendida na Diretiva 88/361/CEE.

Por sua vez, a Requerida alega, entre o mais, que se deve atender ao que prescreve o artigo 65.º do TFUE, o qual designadamente dispõe que “*o artigo 63.º 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; (...)

Para efeitos de averiguar, em concreto, se as situações objetivas dos OIC abrangidos pelo artigo 22.º do EBF e dos Fundos de investimento estabelecidos noutros Estados são comparáveis, no tocante à tributação dos dividendos distribuídos por uma sociedade residente, **necessário se torna comparar a carga fiscal que onera uns e outros em relação ao mesmo tipo de investimentos.**

-Para a Requerida não existe qualquer discriminação porque as situações não são comparáveis uma vez que **a carga fiscal que pode recair sobre os dividendos e as correspondentes ações dos OIC abrangidos pelo artigo 22.º do EBF, seja de IRC, tributações autónomas ou de Imposto do Selo, também tem um impacto negativo na capacidade financeira dos mesmos e nas taxas de rendibilidade dos investimentos.**

Vejamos.

A Requerida admite que a distribuição de dividendos efetuada por sociedades residentes em Portugal ao ora Requerente como sendo passível de ser qualificada como movimento de capitais na aceção do artigo 63.º do TFUE e da própria Diretiva 88/361/CEE, de 24 de junho de 1988.

Por sua vez, o princípio da liberdade de circulação de capitais previsto no artigo 63.º do TFUE dispõe que: “1. *No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as*

restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros” 2.”No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as retenções aos pagamentos entre Estados-Membros e países terceiros.”

Isto é, o preceito constante do n.º 1 do artigo 60.º do TFUE consagra claramente a aplicabilidade direta do artigo 63.º TFUE e da inerente proibição de restrições injustificadas da liberdade de circulação de capitais, em relação aos países terceiros, sem quaisquer limitações ou distinções. Assim sendo, a questão encontra-se resolvida pelo TJUE, no Acórdão *proferido no âmbito do Processo C-545/19, que se encontra disponível para consulta em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=AED083FA8FA02CE95E7517CE8B347E6D?text=&docid=256021&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=422856>.*

Neste Acórdão o TJUE analisa e dá resposta a todas as questões jurídicas colocadas pela Requerida na situação em apreço e que têm plena aplicação ao caso em apreço, atendendo, repete-se, o facto de o artigo 63.º, n.º1, do TFUE não distinguir o alcance da liberdade de circulação de capitais entre países comunitários e países terceiros.

Termos em que se remete para o que ficou consignado naquele Acórdão do TJUE:

- “11 A AllianzGI-Fonds AEVN é um organismo de investimento coletivo (OIC) de tipo aberto, constituído ao abrigo da legislação alemã e com sede na Alemanha. É gerido por uma entidade gestora cuja sede também se situa na Alemanha, não sendo essa entidade residente nem possuindo um estabelecimento estável em Portugal.*
- 12 Uma vez que tem residência fiscal na Alemanha, a AllianzGI-Fonds AEVN está isenta do imposto sobre o rendimento das sociedades nesse Estado-Membro ao abrigo da regulamentação alemã. Este estatuto fiscal impede-a de recuperar os impostos pagos no estrangeiro sob a forma de crédito fiscal por dupla tributação internacional, ou de formular um pedido de reembolso desses impostos.*
- 13 Nos anos de 2015 e de 2016, a AllianzGI-Fonds AEVN era detentora de participações sociais em diversas sociedades residentes em Portugal. Os dividendos recebidos a este título durante esses dois anos foram sujeitos, em conformidade com o artigo 87.º, n.º 4, alínea c), do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, a tributação por retenção na fonte liberatória, à taxa de 25 %, pelo valor total de 39 371,29 euros.*
- 14 Relativamente ao ano de 2015, a AllianzGI-Fonds AEVN obteve o reembolso de 5 065,98 euros ao abrigo da Convenção para Evitar a Dupla Tributação celebrada entre*

a República Portuguesa e a República Federal da Alemanha, na qual se prevê a taxa máxima de 15 % para a tributação dos dividendos.

- 15 Em 29 de dezembro de 2017, a AllianzGI-Fonds AEVN apresentou, na Autoridade Tributária e Aduaneira, uma reclamação graciosa dos atos através dos quais esta última procedeu à retenção na fonte do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas relativo aos anos de 2015 e 2016. Pedia a anulação desses atos por violação do direito da União, bem como o reconhecimento do seu direito à restituição do imposto indevidamente suportado em Portugal. Essa reclamação foi indeferida por Decisão de 13 de novembro de 2018.*
- 16 Em 12 de fevereiro de 2019, a AllianzGI-Fonds AEVN recorreu ao órgão jurisdicional de reenvio, o Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD) (Portugal), pedindo a anulação dos atos de retenção na fonte pela quantia remanescente, de 34 305,31 euros.*
- 17 Perante o órgão jurisdicional de reenvio, a AllianzGI-Fonds AEVN alega que, nos anos de 2015 e 2016, os OIC constituídos e que operam de acordo com a legislação portuguesa estavam sujeitos a um regime fiscal mais favorável do que aquele a que foi sujeita em Portugal, na medida em que, relativamente aos dividendos pagos por sociedades estabelecidas em Portugal, esses organismos estavam isentos, ao abrigo do artigo 22.º, n.º 3, do EBF, do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas. A AllianzGI-Fonds AEVN considera que, sendo tributada à taxa de 25 % sobre os dividendos que lhe são pagos por sociedades estabelecidas em Portugal, é objeto de um tratamento discriminatório proibido pelo artigo 18.º TFUE, bem como de uma restrição à liberdade de circulação de capitais proibida pelo artigo 63.º TFUE.*
- 18 A Autoridade Tributária e Aduaneira afirma, por sua vez, que o regime fiscal português aplicável aos OIC constituídos e que operam de acordo com a legislação nacional e o regime aplicável aos OIC constituídos e estabelecidos na Alemanha não são, por natureza, comparáveis, uma vez que o primeiro destes regimes também não exclui a tributação dos dividendos a cargo dos organismos que abrange, seja através do imposto do selo ou do imposto específico previsto no artigo 88.º, n.º 11, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas. Tendo em conta que a tributação dos dividendos é feita segundo modalidades diferentes, nada indica que a carga fiscal que onera os dividendos auferidos pelos OIC constituídos e que operam de acordo com a legislação portuguesa seja mais reduzida do que a que recai sobre os dividendos auferidos em Portugal por um organismo como a AllianzGI-Fonds AEVN. A Autoridade Tributária e Aduaneira acrescenta que também não está demonstrado que a parte do imposto não recuperada pela AllianzGI-Fonds AEVN não possa ser recuperada pelos investidores desta última.*
- 19 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a questão de saber se, ao isentar do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas os dividendos pagos por sociedades*

estabelecidas em Portugal a OIC com sede neste Estado-Membro e que foram constituídos e operam de acordo com a legislação portuguesa, ao mesmo tempo que tributa à taxa de 25 % os dividendos pagos por essas sociedades a OIC com sede noutra Estado-Membro da União, não sendo assim constituídos nem operando de acordo com a legislação nacional, o regime fiscal português é contrário ao artigo 56.º TFUE relativo à livre prestação de serviços ou ao artigo 63.º TFUE relativo à livre circulação de capitais.

20 *Nestas condições, o Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:*

- «1) *O [artigo 63.º TFUE], relativo à livre circulação de capitais, ou o [artigo 56.º TFUE], relativo à livre prestação de serviços, opõem-se a um regime fiscal como o que está em causa no litígio no processo principal, constante do artigo 22.º do EBF, que prevê a retenção na fonte de imposto com carácter liberatório sobre os dividendos recebidos de sociedades portuguesas a favor de OIC não residentes em Portugal e estabelecidos noutras países da UE, ao mesmo tempo que os OIC constituídos ao abrigo da legislação fiscal portuguesa e residentes fiscais em Portugal podem beneficiar de uma isenção de retenção na fonte sobre tais rendimentos?*
- 2) *Ao prever uma retenção na fonte sobre os dividendos pagos aos OIC não residentes e reservar aos OIC residentes a possibilidade de obter a isenção de retenção na fonte, a regulamentação nacional em causa no processo principal procede a um tratamento desfavorável dos dividendos pagos aos OIC não residentes, uma vez que a estes últimos não lhes é dada qualquer possibilidade de aceder a semelhante isenção?*
- 3) *O enquadramento fiscal dos detentores de participações dos OIC será relevante para efeitos de apreciação do carácter discriminatório da legislação portuguesa, tendo presente que esta prevê um tratamento fiscal autónomo e distinto (i) para os OIC (residentes) e (ii) para os respetivos detentores de participações dos OIC? Ou, tendo presente que o regime fiscal dos OIC residentes não é, de todo, alterado ou afetado pela circunstância de os respetivos participantes serem residentes ou não residentes em Portugal, a apreciação da comparabilidade das situações para fins de determinar o carácter discriminatório da referida regulamentação deve ser realizada apenas por referência à fiscalidade aplicável ao nível do veículo de investimento?*
- 4) *Será admissível a diferença de tratamento entre OIC residentes e [OIC] não residentes em Portugal, tendo em conta que as pessoas singulares ou coletivas residentes em Portugal, que sejam detentoras de participações de OIC (residentes ou não residentes) são, em ambos os casos, igualmente sujeitas (e, em regra, não isentas) a tributação sobre os rendimentos distribuídos pelos OIC, sujeitando os*

detentores de participações em OIC não residentes a uma fiscalidade mais elevada?

- 5) *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?»*

“(…)

Quanto às questões prejudiciais

- 29 *Com as suas cinco questões, que há que examinar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os artigos 56.º e 63.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação de um Estado-Membro por força da qual os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não residente são objeto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção. Esse órgão jurisdicional interroga-se, por um lado, sobre a questão de saber se esse tratamento fiscal diferente em função do local de residência da instituição beneficiária pode ser justificado pelo facto de os OIC residentes estarem sujeitos a outra técnica de tributação e, por outro, se a apreciação da comparabilidade das situações dos OIC residentes e dos OIC não residentes para efeitos de determinar se existe uma diferença objetiva entre estes, de molde a justificar a diferença de tratamento instituída pela legislação desse Estado-Membro, deve ser efetuada apenas ao nível do veículo de investimento ou deve igualmente ter em conta a situação dos detentores de participações sociais.*

Quanto à liberdade de circulação aplicável

- 30 *Uma vez que as questões são submetidas à luz tanto do artigo 56.º TFUE como do artigo 63.º TFUE, há que determinar, a título preliminar, se e, sendo caso disso, em que medida uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal é suscetível de afetar o exercício da livre prestação de serviços e/ou a livre circulação de capitais.*
- 31 *A este respeito, resulta de jurisprudência assente que, para determinar se uma legislação nacional é abrangida por uma ou outra das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado FUE, é necessário ter em conta o objetivo da legislação em causa (v., neste sentido, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480,*

n.º 33 e jurisprudência referida, e de 3 de março de 2020, Tesco-Global Áruházak, C-323/18, EU:C:2020:140, n.º 51 e jurisprudência referida).

- 32 *O litígio no processo principal diz respeito a um pedido de anulação de atos que procederam à retenção na fonte dos dividendos pagos à recorrente no processo principal por sociedades estabelecidas em Portugal relativamente aos anos de 2015 e 2016, bem como à compatibilidade com o direito da União de uma legislação nacional que reserva a possibilidade de beneficiar da isenção dessa retenção na fonte aos OIC constituídos e que operam de acordo com a legislação portuguesa ou cuja entidade gestora opera em Portugal através de um estabelecimento estável.*
- 33 *Uma vez que a legislação nacional em causa no processo principal tem, assim, por objeto o tratamento fiscal de dividendos recebidos pelos OIC, deve considerar-se que a situação em causa no processo principal é abrangida pelo âmbito de aplicação da livre circulação de capitais (v., por analogia, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.ºs 35 e 36).*
- 34 *Além disso, admitindo que a legislação em causa no processo principal tem por efeito proibir, perturbar ou tornar menos atrativas as atividades de um OIC estabelecido num Estado-Membro diferente da República Portuguesa, onde presta legalmente serviços análogos, esses efeitos seriam a consequência inevitável do tratamento fiscal de que são objeto os dividendos pagos a esse organismo não residente e não justificam uma análise distinta das questões prejudiciais à luz da livre prestação de serviços. Com efeito, esta liberdade afigura-se, neste caso, secundária relativamente à livre circulação de capitais e pode estar-lhe associada (v., por analogia, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 37).*
- 35 *Atendendo às considerações precedentes, há que examinar a legislação nacional em causa no processo principal exclusivamente à luz do artigo 63.º TFUE.*

Quanto à existência de uma restrição à livre circulação de capitais

- 36 *Resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que as medidas proibidas pelo artigo 63.º, n.º 1, TFUE, enquanto restrições aos movimentos de capitais, incluem as que são suscetíveis de dissuadir os não residentes de investir num Estado-Membro ou de dissuadir os residentes de investir noutros Estados (v., designadamente, Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 27 e jurisprudência referida, e de 30 de janeiro de 2020, Köln-Aktienfonds Deka, C-156/17, EU:C:2020:51, n.º 49 e jurisprudência referida).*
- 37 *No caso em apreço, é facto assente que a isenção fiscal prevista pela legislação nacional em causa no processo principal é concedida aos OIC constituídos e que operam de acordo com a legislação portuguesa, ao passo que os dividendos pagos a OIC estabelecidos noutro Estado-Membro não podem beneficiar dessa isenção.*

- 38 *Ao proceder a uma retenção na fonte sobre os dividendos pagos aos OIC não residentes e ao reservar aos OIC residentes a possibilidade de obter a isenção dessa retenção na fonte, a legislação nacional em causa no processo principal procede a um tratamento desfavorável dos dividendos pagos aos OIC não residentes.*
- 39 *Esse tratamento desfavorável pode dissuadir, por um lado, os OIC não residentes de investirem em sociedades estabelecidas em Portugal e, por outro, os investidores residentes em Portugal de adquirirem participações sociais em OIC e constitui, por conseguinte, uma restrição à livre circulação de capitais proibida, em princípio, pelo artigo 63.º TFUE (v., por analogia, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.ºs 44, 45 e jurisprudência referida).*
- 40 *Não obstante, segundo o artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE, o disposto no artigo 63.º TFUE não prejudica o direito de os Estados-Membros aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido.*
- 41 *Esta disposição, enquanto derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, é de interpretação estrita. Por conseguinte, não pode ser interpretada no sentido de que qualquer legislação fiscal que comporte uma distinção entre os contribuintes em função do lugar em que residam ou do Estado-Membro onde invistam os seus capitais é automaticamente compatível com o Tratado FUE. Com efeito, a derrogação prevista no artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE é ela própria limitada pelo disposto no artigo 65.º, n.º 3, TFUE, que prevê que as disposições nacionais a que se refere o n.º 1 desse artigo «não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º [TFUE]» [Acórdão de 29 de abril de 2021, Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö (Rendimentos distribuídos por OICVM), C-480/19, EU:C:2021:334, n.º 29 e jurisprudência referida].*
- 42 *O Tribunal de Justiça declarou igualmente que, por conseguinte, há que distinguir as diferenças de tratamento permitidas pelo artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE das discriminações proibidas pelo artigo 65.º, n.º 3, TFUE. Ora, para que uma legislação fiscal nacional possa ser considerada compatível com as disposições do Tratado FUE relativas à livre circulação de capitais, é necessário que a diferença de tratamento daí decorrente diga respeito a situações que não sejam objetivamente comparáveis ou se justifique por uma razão imperiosa de interesse geral [Acórdão de 29 de abril de 2021, Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö (Rendimentos distribuídos por OICVM), C-480/19, EU:C:2021:334, n.º 30 e jurisprudência referida].*

Quanto à existência de situações objetivamente comparáveis

- 43 *Para apreciar a comparabilidade das situações em causa, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, por um lado, sobre a questão de saber se a situação dos detentores*

de participações deve ser tida em conta do mesmo modo que a dos OIC e, por outro, sobre a eventual pertinência da existência, no sistema fiscal português, de certos impostos aos quais apenas estão sujeitos os OIC residentes.

- 44 *O Governo português alega, em substância, que as respetivas situações dos OIC residentes e dos OIC não residentes não são objetivamente comparáveis uma vez que a tributação dos dividendos recebidos por estas duas categorias de organismos de investimento de sociedades residentes em Portugal é regulada por técnicas de tributação diferentes — a saber, por um lado, esses dividendos são objeto de retenção na fonte quando são pagos a um OIC não residente e, por outro, estão sujeitos ao imposto do selo e ao imposto específico previsto no artigo 88.º, n.º 11, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas quando são pagos a um OIC residente.*
- 45 *Este Governo indica igualmente que resulta do artigo 22.º-A do EBF que os dividendos distribuídos por OIC residentes a detentores de participações sociais residentes em território português ou que sejam imputáveis a um estabelecimento estável situado neste território são tributados à taxa de 28 % (quando os beneficiários estão sujeitos ao imposto sobre o rendimento das pessoas singulares) ou de 25 % (quando os beneficiários estão sujeitos ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas), ao passo que os dividendos pagos a detentores de participações sociais que não residem no território português e que não têm estabelecimento estável neste último estão, em princípio, isentos do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares e do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (com algumas exceções destinadas essencialmente a prevenir abusos).*
- 46 *Segundo o referido Governo, há uma estreita coerência entre a tributação dos rendimentos dos OIC e dos detentores de participações sociais nestes organismos. Assim, o modelo português de tributação dos OIC, de natureza «compósita», conjuga estruturalmente os impostos incidentes, por um lado, sobre os OIC residentes, ou seja, o imposto do selo e o imposto específico previsto no artigo 88.º, n.º 11, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, bem como, por outro, os incidentes sobre os detentores de participações sociais em tais organismos, conforme referidos no número anterior. Estas diferentes tributações, muito bem integradas entre si, sendo cada uma delas imprescindível à coerência do sistema de tributação instituído, devem ser entendidas como um todo.*
- 47 *Além disso, este mesmo Governo acrescenta, em substância, que, no âmbito da apreciação da comparabilidade das situações em causa, não se deve abstrair dos efeitos da transparência fiscal que caracteriza a relação entre a recorrente no processo principal e os detentores de participações sociais na mesma, o que leva a que a retenção na fonte efetuada em Portugal possa ser imediatamente repercutida nos detentores de participações sociais que, não estando isentos de imposto, podem imputar ou, ainda, creditar a sua participação dessa retenção efetuada em Portugal sobre o imposto do qual são devedores na Alemanha.*

- 48 *Por último, o Governo português considera que, ao ter livremente optado por não operar em Portugal através de um estabelecimento estável, a recorrente no processo principal autoexcluiu-se de qualquer comparação com os OIC estabelecidos em Portugal, sendo a sua situação, isso sim, comparável a todas as situações das demais entidades não residentes e cujos dividendos auferidos em Portugal são sempre tributados a taxas nunca inferiores a 25 %.*
- 49 *Resulta de jurisprudência constante que, a partir do momento em que um Estado, de modo unilateral ou por via convencional, sujeita ao imposto sobre o rendimento não só os contribuintes residentes mas também os contribuintes não residentes, relativamente aos dividendos que auferem de uma sociedade residente, a situação dos referidos contribuintes não residentes assemelha-se à dos contribuintes residentes (Acórdão de 22 de novembro de 2018, Sofina e o., C-575/17, EU:C:2018:943, n.º 47 e jurisprudência referida).*
- 50 *Quanto ao argumento do Governo português que figura no n.º 44 do presente acórdão, há que recordar que, nas circunstâncias que deram origem ao Acórdão de 22 de dezembro de 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762), o Tribunal de Justiça admitiu a aplicação, aos beneficiários de rendimentos de capitais, de técnicas de tributação diferentes consoante esses beneficiários sejam residentes ou não residentes, uma vez que esta diferença de tratamento diz respeito a situações que não são objetivamente comparáveis (v., neste sentido, Acórdão de 22 de dezembro de 2008, Truck Center, C-282/07, EU:C:2008:762, n.º 41).*
- 51 *Do mesmo modo, no processo que deu origem ao Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402), o Tribunal de Justiça declarou que o tratamento diferenciado da tributação dos dividendos pagos a fundos de pensões segundo a qualidade de residente ou de não residente destes últimos, resultante da aplicação, a esses fundos respetivos, de dois métodos de tributação diferentes, era justificado pela diferença de situação entre estas duas categorias de contribuintes à luz do objetivo prosseguido pela regulamentação nacional em causa nesse processo, bem como do seu objeto e do seu conteúdo.*
- 52 *No entanto, sob reserva da verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, a legislação nacional em causa no processo principal não se limita a prever diferentes modalidades de cobrança de imposto em função do local de residência do OIC beneficiário de dividendos de origem nacional, mas prevê, na realidade, uma tributação sistemática dos referidos dividendos que onera apenas os organismos não residentes (v., por analogia, Acórdão de 8 de novembro de 2012, Comissão/Finlândia, C-342/10, EU:C:2012:688, n.º 44 e jurisprudência referida).*
- 53 *A este propósito, importa salientar, por um lado, no que respeita ao imposto do selo, que resulta tanto das observações escritas apresentadas pelas partes como da resposta do órgão jurisdicional de reenvio ao pedido de informações do Tribunal de Justiça que, pelo*

facto de a sua matéria coletável ser constituída pelo valor líquido contabilístico dos OIC, esse imposto do selo é um imposto sobre o património, que não pode ser equiparado a um imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas.

- 54 *Além disso, como salientou a advogada-geral no n.º 47 das suas conclusões, no processo principal, a legislação fiscal portuguesa distingue, no caso dos OIC residentes, entre o rendimento do capital acumulado e o que é imediatamente redistribuído, apenas o primeiro sendo englobado na matéria coletável do referido imposto do selo. Ora, este aspeto basta, por si só, para distinguir este processo do que deu origem ao Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402).*
- 55 *Com efeito, mesmo considerando que esse mesmo imposto do selo possa ser equiparado a um imposto sobre os dividendos, um OIC residente pode escapar a tal tributação dos dividendos procedendo à sua distribuição imediata, ao passo que esta possibilidade não está aberta a um OIC não residente.*
- 56 *Por outro lado, no que se refere ao imposto específico previsto no artigo 88.º, n.º 11, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, resulta das indicações da Autoridade Tributária, contidas na decisão de reenvio, que, por força desta disposição, este imposto só incide sobre os dividendos recebidos por OIC residentes quando as partes sociais a que respeitam os lucros não tenham permanecido na titularidade do mesmo sujeito passivo, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à data da sua colocação à disposição e não venham a ser mantidas durante o tempo necessário para completar esse período. Assim, o imposto previsto pela referida disposição só incide sobre os dividendos de origem nacional recebidos por um OIC residente em casos limitados, pelo que não pode ser equiparado ao imposto geral de que são objeto os dividendos de origem nacional recebidos pelos OIC não residentes.*
- 57 *Por conseguinte, a circunstância de os OIC não residentes não estarem sujeitos ao imposto do selo e ao imposto específico previsto no artigo 88.º, n.º 11, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas não os coloca numa situação objetivamente diferente em relação aos OIC residentes no que se refere à tributação dos dividendos de origem portuguesa.*
- 58 *Em seguida, quanto ao argumento do Governo português que figura no n.º 48 do presente acórdão, há que salientar que, como alegou a Comissão em resposta às perguntas escritas do Tribunal de Justiça, no domínio da livre prestação de serviços, ao abrigo do artigo 56.º TFUE, os operadores económicos devem ser livres de escolher os meios adequados para exercer as suas atividades num Estado-Membro diferente do da sua residência, independentemente de se estabelecerem ou não de modo permanente nesse outro Estado-Membro, não devendo esta liberdade ser limitada por disposições fiscais discriminatórias.*

- 59 *Além disso, na medida em que o argumento do Governo português se refere à pretensa necessidade de ter em conta a situação dos detentores de participações sociais, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a comparabilidade de uma situação transfronteiriça com uma situação interna do Estado-Membro em causa deve ser examinada tendo em conta o objetivo prosseguido pelas disposições nacionais controvertidas (v., designadamente, Acórdão de 30 de abril de 2020, *Société Générale*, C-565/18, EU:C:2020:318, n.º 26 e jurisprudência referida), bem como o objeto e o conteúdo destas últimas (v., designadamente, Acórdão de 2 de junho de 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek*, C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 48 e jurisprudência referida).*
- 60 *Por outro lado, apenas os critérios de distinção pertinentes estabelecidos pela legislação em causa devem ser tidos em conta para apreciar se a diferença de tratamento resultante dessa legislação reflete uma diferença de situação objetiva (v., neste sentido, Acórdão de 2 de junho de 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek*, C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 49 e jurisprudência referida).*
- 61 *No caso em apreço, no que diz respeito, em primeiro lugar, ao objeto, ao conteúdo e ao objetivo do regime português em matéria de tributação dos dividendos, seja ao nível dos próprios OIC ou dos seus detentores de participações sociais, resulta tanto da resposta do órgão jurisdicional de reenvio ao pedido de informação do Tribunal de Justiça como da resposta do Governo português às perguntas escritas que lhe foram dirigidas no âmbito do presente processo que o referido regime foi concebido numa lógica de «tributação à saída», ou seja, os OIC que são constituídos e operam de acordo com a legislação portuguesa estão isentos do imposto sobre o rendimento, sendo o encargo que este último representa transferido para os detentores de participações sociais que têm a qualidade de residentes, estando os detentores de participações sociais não residentes dele isentos.*
- 62 *Com efeito, o Governo português precisou que o regime nacional em matéria de tributação dos dividendos visava alcançar objetivos como, nomeadamente, evitar a dupla tributação económica internacional e transferir a tributação na esfera dos OIC para a esfera dos respetivos participantes, procurando assim que a tributação incidente sobre estes rendimentos seja aproximadamente equivalente à que ocorreria caso esses rendimentos tivessem sido obtidos diretamente pelos participantes nesses mesmos OIC.*
- 63 *Caberá ao órgão jurisdicional de reenvio, que tem competência exclusiva para interpretar o direito nacional, tendo em conta todos os elementos da legislação fiscal em causa no processo principal e o conjunto dos elementos constitutivos desse mesmo regime de tributação, determinar o objetivo principal prosseguido pela legislação nacional em causa no processo principal (v., neste sentido, Acórdão de 30 de janeiro de 2020, *Köln-Aktienfonds Deka*, C-156/17, EU:C:2020:51, n.º 79).*

- 64 *Se o órgão jurisdicional de reenvio concluir que o regime português em matéria de tributação dos dividendos visa evitar a dupla tributação dos dividendos pagos por sociedades residentes, atendendo à qualidade de intermediário dos OIC face aos seus detentores de participações sociais, importa recordar que o Tribunal de Justiça já declarou que, relativamente às medidas previstas por um Estado-Membro para evitar ou atenuar a tributação em cadeia ou a dupla tributação económica dos rendimentos distribuídos por uma sociedade residente, as sociedades beneficiárias residentes não se encontram necessariamente numa situação comparável à das sociedades beneficiárias não residentes (Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 53 e jurisprudência referida).*
- 65 *Todavia, como resulta do n.º 49 do presente acórdão, a partir do momento em que um Estado-Membro, de modo unilateral ou por via convencional, sujeita ao imposto sobre o rendimento não só as sociedades residentes mas também as sociedades não residentes, relativamente aos rendimentos que auferem de uma sociedade residente, a situação das referidas sociedades não residentes assemelha-se à das sociedades residentes.*
- 66 *Com efeito, é unicamente o exercício por esse mesmo Estado da sua competência fiscal que, independentemente de tributação noutra Estado-Membro, cria um risco de tributação em cadeia ou de dupla tributação económica. Em tal caso, para que as sociedades beneficiárias não residentes não sejam confrontadas com uma restrição à livre circulação de capitais, proibida, em princípio, pelo artigo 63.º TFUE, o Estado de residência da sociedade distribuidora deve assegurar que, em relação ao mecanismo previsto no seu direito nacional para evitar ou atenuar a tributação em cadeia ou a dupla tributação económica, as sociedades não residentes sejam submetidas a um tratamento equivalente ao tratamento de que beneficiam as sociedades residentes (Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 55 e jurisprudência referida).*
- 67 *Tendo a República Portuguesa optado por exercer a sua competência fiscal sobre os rendimentos auferidos pelos OIC não residentes, estes encontram-se, por conseguinte, numa situação comparável à dos OIC residentes em Portugal no que respeita ao risco de dupla tributação económica dos dividendos pagos pelas sociedades residentes em Portugal (v., por analogia, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 56 e jurisprudência referida).*
- 68 *Caso o órgão jurisdicional de reenvio chegue à conclusão de que o regime português em matéria de tributação dos dividendos visa, no intuito de não renunciar pura e simplesmente à tributação dos dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal, transferir essa tributação para a esfera dos detentores de participações sociais dos OIC, há que recordar que o Tribunal de Justiça já declarou que, se o objetivo da legislação nacional em causa for deslocar o nível de tributação do veículo de investimento para o acionista desse veículo, são, em princípio, as condições materiais do poder de tributação sobre os rendimentos dos acionistas que devem ser consideradas*

determinantes e não a técnica de tributação utilizada (Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 60).

- 69 *Ora, um OIC não residente pode ter detentores de participações sociais que tenham residência fiscal em Portugal e sobre cujos rendimentos este Estado-Membro exerce o seu poder de tributação. Nesta perspetiva, um OIC não residente encontra-se numa situação objetivamente comparável à de um OIC residente em Portugal (v., por analogia, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 61).*
- 70 *É certo que a República Portuguesa não pode tributar os detentores de participações sociais não residentes sobre os dividendos distribuídos por OIC não residentes, como aliás o Governo português admitiu tanto nas suas observações escritas como em resposta às perguntas que lhe foram submetidas pelo Tribunal de Justiça. Contudo, essa impossibilidade é coerente com a lógica de deslocação do nível de tributação do veículo para o detentor de participações sociais (v., por analogia, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 62).*
- 71 *No que respeita, em segundo lugar, aos critérios de distinção pertinentes, na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça referida no n.º 60 do presente acórdão, há que observar que o único critério de distinção estabelecido pela legislação nacional em causa no processo principal se baseia no lugar de residência dos OIC, sujeitando apenas os organismos não residentes a uma retenção na fonte dos dividendos que recebem.*
- 72 *Ora, como resulta de jurisprudência do Tribunal de Justiça, a situação de um OIC residente que beneficia de uma distribuição de dividendos é comparável à de um OIC beneficiário não residente, na medida em que, em ambos os casos, os lucros realizados podem, em princípio, ser objeto de dupla tributação económica ou de tributação em cadeia (v., neste sentido, Acórdão de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 58 e jurisprudência referida).*
- 73 *Por conseguinte, o critério de distinção a que se refere a legislação nacional em causa no processo principal, que tem por objeto unicamente o lugar de residência dos OIC, não permite concluir pela existência de uma diferença objetiva de situações entre os organismos residentes e os organismos não residentes.*
- 74 *Atendendo a todos os elementos precedentes, há que concluir que, no caso em apreço, a diferença de tratamento entre os OIC residentes e os OIC não residentes diz respeito a situações objetivamente comparáveis.*

Quanto à existência de uma razão imperiosa de interesse geral

- 75 *Há que recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, uma restrição à livre circulação de capitais pode ser admitida se se justificar por razões imperiosas de interesse geral, for adequada a garantir a realização do objetivo que*

prossegue e não for além do que é necessário para alcançar esse objetivo [Acórdão de 29 de abril de 2021, Veronsaajien oikeudenvaltovantayksikkö (Rendimentos distribuídos por OICVM), C-480/19, EU:C:2021:334, n.º 56 e jurisprudência referida].

- 76 *No caso em apreço, há que constatar que, embora o órgão jurisdicional de reenvio não invoque essas razões no pedido de decisão prejudicial, uma vez que este se concentra na eventual comparabilidade das situações em causa no processo principal, o Governo português alega, tanto nas suas observações escritas como em resposta às perguntas que lhe foram submetidas pelo Tribunal de Justiça, que a restrição à livre circulação de capitais efetuada pela legislação nacional em causa no processo principal se justifica à luz de duas razões imperiosas de interesse geral, a saber, por um lado, a necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional e, por outro, a de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre os dois Estados-Membros em causa, ou seja, a República Portuguesa e a República Federal da Alemanha.*
- 77 *No que respeita, em primeiro lugar, à necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional, o Governo português considera, como resulta do n.º 46 do presente acórdão, que o modelo de tributação português dos dividendos constitui um modelo «compósito». Assim, só seria possível garantir a coerência deste modelo se a entidade gestora dos OIC não residentes operasse em Portugal através de um estabelecimento estável, de modo a que essa entidade pudesse concretizar as retenções na fonte necessárias junto dos detentores de participações sociais residentes, bem como, em certos casos excecionais orientados por considerações ligadas ao facto de evitar a planificação fiscal, junto dos detentores de participações sociais não residentes.*
- 78 *A este respeito, há que recordar que, embora o Tribunal de Justiça tenha declarado que a necessidade de preservar a coerência de um regime fiscal nacional pode justificar uma regulamentação nacional suscetível de restringir as liberdades fundamentais (v., neste sentido, Acórdão de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o., C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 50 e jurisprudência referida, e de 13 de março de 2014, Bouanich, C-375/12, EU:C:2014:138, n.º 69 e jurisprudência referida), precisou, contudo, que, para que um argumento baseado nessa justificação possa ser acolhido, é necessário que esteja demonstrada a existência de uma relação direta entre o benefício fiscal em causa e a compensação desse benefício por uma determinada imposição fiscal (v., neste sentido, Acórdão de 8 de novembro de 2012, Comissão/Finlândia, C-342/10, EU:C:2012:688, n.º 49 e jurisprudência referida, e de 13 de novembro de 2019, College Pension Plan of British Columbia, C-641/17, EU:C:2019:960, n.º 87).*
- 79 *Ora, no presente processo, como resulta do n.º 71 do presente acórdão, a isenção da retenção na fonte dos dividendos em benefício dos OIC residentes não está sujeita à condição de os dividendos recebidos pelos organismos serem redistribuídos por estes e de a sua tributação na esfera dos detentores de participações sociais permitir compensar a isenção da retenção na fonte (v., por analogia, Acórdão de 10 de maio de 2012,*

Santander Asset Management SGIIC e o., C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 52, e de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 93).

- 80 *Consequentemente, não há uma relação direta, na aceção da jurisprudência referida no n.º 78 do presente acórdão, entre a isenção da retenção na fonte dos dividendos de origem nacional auferidos por um OIC residente e a tributação dos referidos dividendos enquanto rendimentos dos detentores de participações sociais nesse organismo.*
- 81 *A necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional não pode, por conseguinte, ser invocada para justificar a restrição à livre circulação de capitais induzida pela legislação nacional em causa no processo principal.*
- 82 *No que diz respeito, em segundo lugar, à necessidade de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre a República Portuguesa e a República Federal da Alemanha, há que recordar que, como o Tribunal de Justiça declarou reiteradamente, a justificação baseada na preservação da repartição equilibrada do poder de tributar entre os Estados-Membros pode ser admitida quando o regime em causa visa prevenir comportamentos suscetíveis de comprometer o direito de um Estado-Membro exercer a sua competência fiscal em relação às atividades realizadas no seu território (v., neste sentido, Acórdão de 22 de novembro de 2018, Sofina e o., C-575/17, EU:C:2018:943, n.º 57 e jurisprudência referida, e de 20 de janeiro de 2021, Lexel, C-484/19, EU:C:2021:34, n.º 59).*
- 83 *No entanto, como o Tribunal de Justiça também já declarou, quando um Estado-Membro tenha optado, como na situação em causa no processo principal, por não tributar os OIC residentes beneficiários de dividendos de origem nacional, não pode invocar a necessidade de garantir uma repartição equilibrada do poder de tributar entre os Estados-Membros para justificar a tributação dos OIC não residentes beneficiários desses rendimentos (Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 71 e jurisprudência referida).*
- 84 *Daqui resulta que a justificação baseada na preservação de uma repartição equilibrada do poder de tributar entre os Estados-Membros também não pode ser acolhida.*
- 85 *Atendendo a todas as considerações precedentes, há que responder às questões submetidas que o artigo 63.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro por força da qual os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não residente são objeto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.*
- (...)
- 86 *Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Segunda Secção) declara:*

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.

Perante a inequívoca semelhança da situação *sub judice* com a subjacente ao Processo n.º C-545/19, impõe-se a aplicação do entendimento sufragado pelo TJUE no âmbito daquele aresto, em estrito cumprimento do princípio do primado do Direito europeu, ínsito no artigo 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa,

Aplicando a jurisprudência referenciada ao caso em apreço, impõe-se concluir que a disparidade do regime de tributação dos dividendos auferidos por organismos de investimento coletivo residentes e não residentes, que tem consagração nos n.ºs 1 e 10 do artigo 22.º do EBF, é desconforme ao Direito da União, em especial à liberdade de circulação de capitais com a amplitude consagrada no n.º 1 do artigo 63.º do TFUE.

Termos em que se impõe julgar procedente o pedido arbitral, com a conseqüente anulação dos atos tributários impugnados.

§2. Questões de conhecimento prejudicado

Sendo de julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral com fundamento em vício que assegura estável e eficaz tutela dos interesses da Requerente, fica prejudicado, por ser inútil o conhecimento das restantes questões colocadas, de harmonia com o disposto nos artigos 130.º e 680.º, n.º2, do CPC, subsidiariamente aplicável por força do disposto no artigo 29.º, n.º1, alínea e) do RJAT.

Fica igualmente prejudicada apreciação do Pedido de Reenvio.

Com efeito, como ficou consignado na Decisão arbitral, proferida no processo n.º 32/2021-T, onde é citada abundante jurisprudência anterior ao Acórdão do TJUE, seguido neste caso, e que veio corroborá-la, o artigo 63.º do TFUE consubstancia, para o caso *sub judice*, uma situação de ato esclarecido (*acte éclairé*). A mesma, suportada em múltiplos casos, fornece parâmetros suficientemente seguros sobre a interpretação e aplicação que deve ser feita do preceito em

causa relativamente às circunstâncias fácticas e normativas do caso concreto. Com efeito, por tudo o quanto vai exposto, temos de concluir que a questão dos autos está suficientemente tratada e que tanto a jurisprudência nacional quanto a do TJUE fornecem indicações seguras quanto à desconformidade com o direito da União da disparidade do regime de tributação dos dividendos auferidos por organismos de investimento coletivo residentes e não residentes, que tem consagração nos n.ºs 1 e 10 do artigo 22.º do EBF.

§3. Quanto ao direito a juros indemnizatórios

O Requerente formula pedido de restituição da quantia indevidamente arrecadada pela Autoridade Tributária e Aduaneira, bem como o pagamento de juros indemnizatórios.

Nos termos do n.º 5 do artigo 24.º do RJAT *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.*

Nos termos do n.º 1 do artigo 43.º da LGT, *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.*

Como ficou consignado na Decisão Arbitral, proferida no processo n.º 32/2021-T, reproduzindo a Decisão Arbitral, produzida no processo n.º 528/2019-T: *“72. Em causa está, no caso, a aplicação, pela AT, da isenção e das retenções resultantes, respetivamente, dos artigos 22.º do EBF e 94.º n.º 1 alínea c), n.º 3 alínea b), e n.º 4 e 87.º, n.º 4, do CIRC, criando uma diferenciação entre fundos de investimento residentes e não residentes, com potencial impacto dentro de cada um de sucessivos exercícios fiscais, em violação da liberdade de circulação de capitais, uma liberdade fundamental do mercado interno, consagrada no artigo 63.º da TFUE, em termos, de resto, que sempre dariam lugar a infração e responsabilidade por parte do Estado português, na linha do disposto nos artigos 258.º a 260.º do TFUE e da jurisprudência Francovich. Na sua atuação, a AT aplicou as normas jurídicas nacionais em vigor, a despeito de as mesmas violarem o direito da União Europeia tal como ele vem sido interpretado pelo TJUE. 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 desaplicar o direito nacional contrário ao direito da União Europeia, declarando a respetiva ilegalidade. Caso em que, nos termos do artigo 43.º n.º 3 da LGT, são devidos juros indemnizatórios, a partir do trânsito em julgado da sentença.” No mesmo sentido, a Decisão Arbitral, proferida no Processo n.º 90/2019-T, datada de 23 de julho de 2019.

Este Tribunal Arbitral Coletivo acompanha estes entendimentos.

Assim, sendo de julgar procedente o Pedido de Pronúncia Arbitral, concluiu-se pela existência de pagamento indevido e, conseqüentemente, justifica-se a restituição da quantia paga em excesso pelo Requerente acrescido de juros indemnizatórios, sobre esse montante, nos termos do n.º 1 do artigo 43.º da LGT. Assim, nos termos do artigo 43.º da LGT e do artigo 61.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT), o Requerente tem direito aos juros indemnizatórios, nos termos legais.

IV. Decisão Arbitral

Nestes termos, decide este Tribunal Arbitral Coletivo o seguinte:

- a) Julgar procedente, por provado, o pedido de pronúncia arbitral, declarando ilegal a decisão de indeferimento expresso da Reclamação e, em consequência,
- b) Anular os atos tributários impugnados;
- c) Condenar a Requerida a restituir ao Requerente o valor de imposto indevidamente suportado, acrescido de juros indemnizatórios, nos termos legais;
- d) Condenar a Requerida nas custas do processo.

V. Valor do processo

Nos termos do n.º 2 do artigo 306.º do CPC, alínea a) do n.º 1 do artigo 97.º-A do CPPT e n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, o valor do processo é fixado em € 2.690 998, 40.

VI. Custas

Nos termos do n.º 2 do artigo 12.º e do n.º 4 do artigo 22.º, ambos do RJAT, fixa-se o montante das custas, a cargo da Requerida, em € 34 578,00, nos termos da Tabela I anexa ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária.

Notifique-se.

Lisboa, 31 de agosto de 2023

O Tribunal Coletivo

Fernanda Maças
(Presidente)

Maria Alexandra Mesquita
(Árbitro Vogal)

Amândio Silva
(Árbitro Vogal)