

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 577/2023-T

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

SUMÁRIO:

- I. A interpretação do Tribunal de Justiça sobre o direito da União Europeia é vinculativa para os órgãos jurisdicionais nacionais, com a necessária desaplicação do direito interno em caso de desconformidade.
- II. A legislação portuguesa de IRC, ao tributar por retenção na fonte dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal a OIC não residentes, mesmo e países terceiros como os Estados Unidos, ao mesmo tempo que permite aos OIC equiparáveis constituídos ao abrigo da legislação nacional beneficiar, em idêntica situação, de isenção dessa retenção na fonte, não é compatível com o direito da União Europeia, por violação da liberdade fundamental de circulação de capitais consagrada no artigo 63.º do TFUE, conforme resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça no processo C-545/19, *Allianz GI*, com Acórdão de 17.03.2022.

DECISÃO ARBITRAL

Os árbitros Alexandra Coelho Martins (árbitro-presidente), David Oliveira Silva Nunes Fernandes e Ana Pinto Moraes, designados pelo Conselho Deontológico do Centro de

Arbitragem Administrativa para formarem o Tribunal Arbitral, constituído em 16-10-2023, acordam no seguinte:

I. RELATÓRIO

A... (doravante, o «Requerente»), organismo de investimento coletivo constituído e regido pela legislação dos ..., com sede em..., ..., ..., EUA, titular do número de identificação fiscal americano ... e do número de identificação fiscal português ..., que tem como sociedade gestora B..., INC., sociedade de direito americano com sede em ..., ..., ..., EUA, apresentou pedido de pronúncia arbitral, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro (Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, doravante «RJAT»), tendo em vista a declaração de ilegalidade e anulação do ato tributário de retenção na fonte de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (doravante «IRC»), no montante de EUR 212.661,12 (duzentos e doze mil seiscientos e sessenta e um euros e doze cêntimos), efetuado a título liberatório, conexo com rendimentos de capitais (dividendos) de fonte portuguesa, pagos em 16 de dezembro de 2020, tendo o ato controvertido sido objeto de reclamação graciosa apresentada em 18 de janeiro de 2023, tacitamente indeferida.

É Requerida a **AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA** (doravante também identificada por «AT» ou simplesmente «Requerida»).

O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Senhor Presidente do CAAD e automaticamente notificado à AT em 07-08-2023.

Nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT, na redação introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, o Conselho Deontológico designou como árbitro do tribunal arbitral os ora signatários, os quais comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável.

Em 25-09-2023 foram as partes devidamente notificadas dessa designação, não tendo manifestado vontade de recusar a designação do árbitro, nos termos do disposto nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT e dos artigos 6.º e 7.º do Código Deontológico.

Assim, em conformidade com o preceituado na alínea c) do n.º 1 do artigo 11.º do RJAT, na redação introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, o tribunal arbitral foi constituído em 16-10-2023.

Por despacho exarado no dia 16-10-2023, foi a Requerida notificada para, no prazo de 30 dias, apresentar resposta e, querendo, solicitar produção de prova adicional. Mais foi a Requerida notificada, por intermédio do mesmo despacho, para juntar aos autos cópia integral do processo administrativo.

A 20-11-2023 a Requerida juntou aos autos o processo administrativo instrutor, sem que, no entanto, haja apresentado resposta.

A 28-11-2023 foi proferido despacho arbitral, dispensando-se a reunião prevista no artigo 18.º do RJAT, na medida em que não foi requerida a produção de prova testemunhal, nem foi suscitada ou identificada matéria de exceção. Por intermédio do mesmo despacho foram igualmente dispensadas as alegações finais. O aludido despacho foi notificado às partes no dia 29-11-2023.

A 28-02-2024 o Requerente requereu a junção aos autos de cópia do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 7/2004, proferido pelo Pleno da Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo.

II. SANEAMENTO

O tribunal arbitral foi regularmente constituído, à face do preceituado na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º e na alínea a) do n.º 3 do artigo 5.º, ambos do RJAT, e é competente.

As partes estão devidamente representadas, gozam de personalidade e capacidade judiciárias e têm legitimidade.

A ação é tempestiva, tendo sido deduzida dentro do prazo de 90 dias previsto no artigo 10.º, n.º 1, alínea a) do RJAT, conjugado com o artigo 102.º, n.º 1, alínea d) do CPPT, contado a partir da formação da presunção de indeferimento da Reclamação Graciosa deduzida contra o ato de retenção impugnado, ocorrida em 18-05-2023, por decurso do prazo de 4 meses previsto no artigo 57.º, n.º 1 da LGT, tendo a ação arbitral dado entrada em 4 de agosto de 2023.

O processo não enferma de nulidades.

III. POSIÇÃO DAS PARTES

a. Posição do Requerente

Sinteticamente, o Requerente considera que o controvertido ato tributário de retenção na fonte de IRC, no montante de EUR 212.661,12 (duzentos e doze mil seiscentos e sessenta e um euros e doze cêntimos), efetuado a título liberatório, conexo com rendimentos de capitais (dividendos) de fonte portuguesa, pagos em 16 de dezembro de 2020, se afigura ilegal, devendo, por conseguinte, ser anulado. A título de fundamentação, o Requerente alega a desconformidade entre o disposto no artigo 22.º, n.º 1 e 3, do Estatuto dos Benefícios Fiscais («EBF»), bem como do disposto no artigo 87.º, n.º 4, do CIRC, com o princípio da liberdade de circulação de capitais consagrado com caráter *erga omnes* no artigo 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («TFUE»).

A essa luz, considera o Requerente que, tal como sucede relativamente aos organismos de investimento coletivo constituídos e a operar de acordo com a legislação nacional, também os organismos de investimento coletivo constituídos fora de Portugal deverão beneficiar do disposto no n.º 3 do artigo 22.º do EBF, ou seja, da não consideração, para efeitos do apuramento do lucro tributável, dos rendimentos a que se alude naquele enunciado normativo, leque em que se incluem os rendimentos – dividendos – subjacentes ao ato tributário controvertido. De outro modo, entende o Requerente, estar-se-ia perante uma diferenciação direta e injustificada (*i.e.*, perante uma discriminação negativa), atentatória da liberdade de circulação de capitais, ao abrigo da qual são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.

Salienta o Requerente que a diferenciação no tratamento fiscal dos rendimentos de fonte doméstica obtidos por veículos de investimento coletivo residentes e não residentes reside, pois, num único fator: a residência do titular do rendimento. Embora aludindo ao disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 65.º do TFUE – cujo enunciado normativo permite aos 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» –, o Requerente logo faz notar que tal norma derogatória é de interpretação restrita, na medida em que o n.º 3 do artigo 65 do TFUE determina que «[a]s medidas e procedimentos a que se referem os n.ºs 1 e 2 não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º». Nesta senda, o Requerente considera que a aferição de uma discriminação admissível nesta matéria está condicionada a um juízo de comparabilidade objetiva entre as situações objeto de tratamento desigual pelo legislador doméstico. Concluí o Requerente, nesse exercício, pela inexistência de circunstâncias objetivas – que não a mera residência – conducentes ao tratamento diferenciado entre organismos de investimento coletivo constituídos e a operar ao abrigo da legislação nacional e organismos de investimento coletivo constituídos e a operar ao abrigo de legislação estrangeira. Mais pugna o Requerente pela inexistência de quaisquer razões justificativas do tratamento diferenciado, alicerçadas em razões imperiosas de interesse geral, atinentes a (i) eventuais práticas abusivas ou fraudulentas, (ii) à necessidade de garantir a eficácia dos controlos fiscais, (iii) à coerência do sistema fiscal, e (iv) à repartição equilibrada do poder de tributação entre Estados.

Donde, ancorado no princípio do primado do Direito da União Europeia, o Requerente considera que a limitação prevista nos n.ºs 1 e 3 do artigo 22.º do EBF, e a inerente aplicabilidade do disposto no artigo 87.º, n.º 4, do CIRC aos organismos de investimento coletivo que se constituem e operem em jurisdição diversa, deve ser desconsiderada, por incompatível com o disposto no artigo 63.º do TFUE.

Com base nos argumentos supra sintetizados, o Requerente entende que o ato tributário controvertido é ilegal, devendo, por conseguinte, ser anulado, com todas as consequências legais, nomeadamente a restituição dos montantes de imposto pagos, acrescidos de juros indemnizatórios, calculados, à taxa legal aplicável, desde a formação de indeferimento tácito da reclamação graciosa apresentada, por entender existir erro imputável aos serviços.

b. Posição da Requerida

A Requerida não apresentou resposta, nem de outro modo tomou posição nos presentes autos.

IV. QUESTÕES A DECIDIR

- a) Da procedência ou improcedência do pedido anulatório aduzido pela Requerente contra o ato tributário controvertido, por violação do artigo 63.º do TFUE;
- b) Da procedência ou improcedência o pedido de condenação da Requerida no pagamento de juros indemnizatórios, por erro imputável aos serviços, ao abrigo do artigo 43.º da LGT.

V. MATÉRIA DE FACTO

a. Factos provados

Consideram-se provados os seguintes factos com relevo para a decisão:

- 1) O Requerente é um organismo de investimento coletivo aberto constituído ao abrigo das leis do estado americano de Maryland, sujeito à supervisão da *United States Securities and Exchange Commission* (cfr. doc. n.º 1 junto com o pedido de pronúncia arbitral);
- 2) O Requerente tem como entidade gestora a B..., Inc., sociedade de direito americano com sede em ..., estado de Maryland, nos EUA, também esta sujeita à supervisão da

United States Securities and Exchange Commission (cfr. doc. n.º 2 junto com o pedido de pronúncia arbitral);

- 3) O Requerente é uma entidade residente nos Estados Unidos da América, para efeitos de tributação (cfr. doc. n.º 4 junto com o pedido de pronúncia arbitral);
- 4) A atividade do Requerente consiste essencialmente em investimentos em ações ordinárias de empresas não americanas (cfr. doc. n.º 3 junto com o pedido de pronúncia arbitral);
- 5) O Requerente tipicamente distribui todo o seu lucro, o que determina que tenha uma base tributável anual igual a zero, o que sucedeu no período de tributação de 2020 – entre 1 de novembro de 2020 e 31 de outubro de 2021 (cfr. docs. n.º 5, 6 e 7, juntos com o pedido de pronúncia arbitral);
- 6) O Requerente não recuperou imposto suportado no estrangeiro sob a forma de um crédito de imposto por dupla tributação internacional (cfr. doc. n.º 5 junto com o pedido de pronúncia arbitral);
- 7) No exercício da sua atividade, o Requerente detém participações sociais em sociedades residentes para efeitos fiscais em Portugal;
- 8) No período de tributação de 2020, aquelas participações geraram os seguintes rendimentos a título de dividendos (em euros):

Código ISIN	Entidade devedora	Data de pagamento	Rendimento bruto	Taxa de retenção	Retenção
PT	C... SGPS, S.A.	16/12/2020	1.417.740,79	25%	354.435,20

- 9) Aquando do pagamento dos dividendos por parte da entidade residente em território português ao Requerente, houve lugar à tributação em IRC, por meio de retenção na

fonte a título liberatório em sede de IRC, à taxa geral de 25%, tendo, assim, sido apurado e entregue ao Estado Português o montante total de EUR 354.435,20 (trezentos e cinquenta e quatro mil quatrocentos e trinta e cinco euros e vinte cêntimos) (cfr. docs n.º 8 e 9 juntos com o pedido de pronúncia arbitral);

10) O Requerente submeteu, nos termos do artigo 98.º, n.º 7, do CIRC, um pedido de reembolso do IRC retido na fonte sobre os dividendos em questão no montante correspondente a EUR 141.774,08 (cento e quarenta e um mil setecentos e setenta e quatro euros e oito cêntimos), o qual resulta da diferença entre o imposto efetivamente retido e entregue à taxa geral de 25% sobre o montante bruto dos dividendos e o imposto calculado à taxa de 15%, prevista no artigo 10.º, n.º 2, da Convenção entre a República Portuguesa e os EUA para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento (cfr. doc. n.º 10 junto com o pedido de pronúncia arbitral);

11) O pedido de reembolso parcial de imposto no montante de EUR 141.774,08 (cento e quarenta e um mil setecentos e setenta e quatro euros e oito cêntimos), foi, entretanto, deferido pela Autoridade Tributária e Aduaneira (cfr. doc. n.º 10 junto com o pedido de pronúncia arbitral);

12) Em 18 de janeiro de 2023, o Requerente apresentou junto da Direção de Finanças de Lisboa uma reclamação graciosa a peticionar a anulação integral do ato de retenção na fonte de IRC no montante de EUR 354.435,20, bem como a restituição das importâncias pagas a título de imposto, acrescidas de juros indemnizatórios (cfr. doc. n.º 11 junto com o pedido de pronúncia arbitral);

13) A Autoridade Tributária e Aduaneira não se pronunciou sobre a reclamação graciosa apresentada pelo Requerente.

b. Factos não provados e fundamentação da decisão da matéria de facto

8.

Inexistem factos alegados e não provados com relevância para decisão da causa.

c. Fundamentação quanto à matéria de facto

A convicção quanto aos factos considerados provados decorre dos documentos juntos aos autos pelo Requerentes, e indicados quanto a cada facto, bem como do processo administrativo instrutor junto aos autos pela Requerida. Por outro lado, nos termos e para os efeitos do disposto nos números 6 e 7 do artigo 110.º do CPPT, foi também livremente apreciada pelo Tribunal a falta de contestação por parte da Requerida, a qual, conjugada com a documentação junta aos autos, concorreu igualmente para a prova dos factos alegados pela Requerente, porquanto não foi a veracidade dos mesmos posta em causa.

VI. MATÉRIA DE DIREITO

a. Do facto tributário controvertido

O *thema decidendum* nos presentes autos foi já objeto de decisões arbitrais e judiciais de sentido diverso, o que atesta a respetiva natureza controversa.

Essencialmente, as balizas normativas que delimitam a temática são as seguintes:

- a) Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 22.º do EBF, na redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro, «[s]ão 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»;

- b) Por força do disposto no n.º 3 do artigo 22.º do EBF, igualmente na redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro, «[p]ara efeitos do apuramento do lucro tributável, não são considerados os rendimentos referidos nos artigos 5.º, 8.º e 10.º do Código do IRS, exceto quando tais rendimentos provenham de entidades com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada em portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, os gastos ligados àqueles rendimentos ou previstos no artigo 23.º-A do Código do IRC, bem como os rendimentos, incluindo os descontos, e gastos relativos a comissões de gestão e outras comissões que revertam para as entidades referidas no n.º 1.»
- c) Dispõe o artigo 87.º, n.º 4, do CIRC que «[t]ratando-se de rendimentos de entidades que não tenham sede nem direcção efectiva em território português e aí não possuam estabelecimento estável ao qual os mesmos sejam imputáveis, a taxa do IRC é de 25% (...);»
- d) O n.º 1 do artigo 63.º do TFUE estatui que «[n]o 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.»;
- e) Por seu turno, a alínea a) do n.º 1 do artigo 65.º do TFUE determina que a antedita norma não prejudica o direito de os Estados-Membros «[a]plicarem 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»;
- f) O n.º 3 do artigo 65.º do TFUE prevê que «[a]s medidas e procedimentos a que se referem os n.ºs 1 e 2 não devem constituir um meio de discriminação

arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º.».

Está, pois, em causa aferir da compatibilidade entre as citadas normas do TFUE e as citadas normas do EBF e do CIRC, tendo presente o princípio do primado do Direito da União Europeia sobre as normas internas dos Estados-Membros. Importa assinalar que, na pendência dos presentes autos, foi proferido Acórdão Uniformizador de Jurisprudência pelo Pleno da 2.ª Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 28 de setembro de 2023 e prolatado no processo n.º 93/19.7BALBS. Relativamente ao mesmo, e considerando o caso subjacente aos presentes autos, considera-se particularmente relevante o seguinte excerto:

«Em sede de conhecimento do mérito do presente recurso compete a este Tribunal aferir da compatibilidade entre os normativos nacionais que isentam de tributação, na cédula de IRC, os dividendos pagos por entidades com sede em Portugal a OIC com sede neste país, constituídos e a operar de acordo com a legislação portuguesa, mais tributando, por retenção na fonte a título definitivo, os dividendos distribuídos por entidades residentes a OIC com sede em outro Estado Membro da União Europeia, no caso, a Alemanha e, portanto, não constituídos de acordo com a legislação nacional, com as disposições do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), especialmente, com o seu art.º 63, normativo que consagra a liberdade de circulação de capitais.

A necessidade de o Direito Europeu ser aplicado de modo uniforme em todo o território da União não se compadece com a aplicação discrepante das suas normas pelos diferentes Estados-Membros. Como o próprio Tribunal de Justiça salientou logo nos primeiros anos da sua actuação, o reenvio tende a assegurar a aplicação do Direito Comunitário, abrindo ao Juiz nacional um meio de eliminar as dificuldades que poderia trazer a exigência de atribuir ao Direito Europeu o seu pleno efeito, no quadro dos sistemas jurisdicionais dos mesmos Estados-Membros.

Recorde-se que o direito europeu, originário ou derivado, vigora directamente na ordem jurídica interna portuguesa e a aplicação do mesmo está balizada pelos princípios do

primado, da aplicabilidade directa e do efeito directo (cfr.artº.8, nº.4, da C.R.Portuguesa; ac.S.T.A.-2ª.Secção, 3/06/2020, rec.688/11.7BECBR; ac.S.T.A.-2ª.Secção, 3/05/2023, rec.998/12.6BELRS; João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, Manual de Direito Comunitário, 5ª. Edição, Coimbra Editora, 2007, pág.405 e seg.; Ana Maria Guerra Martins, Manual de Direito da União Europeia, 2ª. Edição, Almedina, 2018, pág.540 e seg.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa anotada, 4ª. Edição, 1º. Volume, Coimbra Editora, 2007, pág.264 e seg.).

Por força dos citados princípios da aplicabilidade directa e do primado, qualquer parte num litígio pode invocar em juízo, em apoio da sua pretensão, uma disposição comunitária e, se necessário for, solicitar a desaplicação de norma nacional com ela incompatível.

No caso "sub iudice", está em causa a apreciação de normas de direito interno (cfr.v.g. artºs.22, do E.B.F.) e a sua compatibilidade com a liberdade de circulação de capitais, estatuída no artº.63, do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

O citado artº.63, do TFUE, normativo que consagra o Princípio da Liberdade de Circulação de Capitais, tanto entre Estados-Membros da UE, como entre estes e Países Terceiros, tem como antecedente o artº.67, do TCE.

Ora, para aferir se existe, ou não, uma situação de discriminação é necessário determinar, desde logo, se as duas situações são, ou não, comparáveis. Depois, partindo do princípio que, de facto existe comparabilidade entre as duas situações, impõe-se verificar se diferentes regras se aplicam a situações comparáveis, ou se as mesmas regras se aplicam a situações diferentes, dado que ambos os casos podem levar a uma discriminação no que diz respeito às liberdades económicas fundamentais (cfr.v.g. acórdão Kerckhaert e Morres, do T.J.U.E., de 14/11/2006, Processo C-513/04, § 19; João Sérgio Ribeiro, Direito Fiscal da União Europeia, Tributação Direta, Almedina, 2018, pág.74). Mais, como regra, a condição de residente não é comparável com a de não residente, sendo este facto geral veiculado pelas decisões do Tribunal de Justiça Europeu. Contudo, em muitos casos, tendo como referência, nomeadamente, o elemento teleológico da disposição de direito interno, o Tribunal de Justiça Europeu entendeu que residentes e não residentes podem estar em situações comparáveis. Esta tendência foi iniciada com o caso Avoir Fiscal (cfr.acórdão Avoir Fiscal, do T.J.C.E., de 28/01/1986, Processo 270/83, § 20; João Sérgio Ribeiro, ob.cit., pág.74 e seg.).

Revertendo ao caso dos autos, deve considerar-se decisivo, para efeitos de comparabilidade, o facto de a lei portuguesa diferenciar expressamente, para efeitos de retenção na fonte, entre fundos de investimento residentes e não residentes, que não a situação fiscal, mais ou menos vantajosa, que os fundos não residentes possam gozar nos respectivos Estados da residência ou ainda a situação fiscal individual dos seus investidores. Do ponto de vista do Estado-Membro que se considere, fundos residentes e não residentes estão numa situação comparável se ambos estão sujeitos à mesma tributação. Como sublinhou o TJUE no caso Santander Asset Management, 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 (cfr.acórdão Santander Asset Management SGIIC, do T.J.U.E., de 10/05/2012, Processo C-338/11 e apensos, § 28).

Chamando, agora, à colação o acórdão do TJUE de 17/03/2022, processo C-545/19 (cfr.fl.s.225 a 235-verso do processo físico), relativo a pedido de decisão prejudicial, suscitado no âmbito do processo arbitral 93/2019-T, cujos intervenientes processuais são os mesmos deste processo e que originou a suspensão da instância nos presentes autos, do mesmo se podem retirar as seguintes conclusões, com interesse para a decisão do mérito deste recurso:

a)Perante o órgão jurisdicional de reenvio, a A...-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 A...-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. (§ 17);

b)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 (§ 33);

c) 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. (§ 57);

d) 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 (§ 69);

e) 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. 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. (§ 73 e 74);

f) 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 (§ 83);

g) 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. (§ 85).

Em consequência, o TJUE expressa a seguinte declaração final:

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.

Nestes termos, concluindo-se pela incompatibilidade do artº.22, do E.B.F., na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei 7/2015, de 13/01 (a aplicável ao caso "sub iudice"), com o disposto no artº.63, do TFUE, na medida em que limita o regime de isenção nele previsto aos OIC constituídos segundo a legislação nacional, dele excluindo os OIC constituídos segundo a legislação de outros Estados Membros da União Europeia, impõe-se a não aplicação do referido normativo nacional, de onde se deve concluir que a decisão arbitral recorrida não poderá manter-se, dado enfermar de erro de julgamento de direito, determinante da sua anulação, mais sendo a posição adoptada na decisão arbitral fundamento a que se encontra em conformidade com o direito e jurisprudência, europeus.

Ora, a argumentação supra expendida, a que se adere integralmente por remissão, é também aplicável ao caso dos autos. De facto, embora naquele processo estivesse em causa um organismo de investimento coletivo com sede na União Europeia, e neste caso esteja em causa um organismo de investimento coletivo com sede nos Estados Unidos da América, dúvidas não subsistem, desde logo, quanto ao alcance do disposto no n.º 1 do artigo 63.º do TFUE, porquanto o respetivo enunciado normativo alude, expressamente, a países terceiros.

Como tal, aquela fundamentação é aqui aplicável na sua totalidade, pois que, por um lado, nenhuma das circunstâncias do presente caso, nomeadamente o concreto país de residência do Requerente (Estados Unidos da América), tem o condão de conduzir a decisão de sentido diferente. De facto, perscruta-se e não se identifica qualquer elemento que, por um lado, coloque a Requerente numa situação objetivamente não comparável com um organismo de investimento coletivo residente em Portugal e, por outro, que pudesse porventura justificar – em função de interesses gerais atendíveis – o tratamento diferenciado, subsistindo, pois, a inadmissível arbitrariedade da distinção entre organismos de investimento coletivos residentes e organismos de investimento coletivo não residentes.

Ficou demonstrado nos presentes autos que o Requerente é um organismo de investimento coletivo, constituído ao abrigo do ordenamento jurídico norte-americano e que opera de acordo com as regras do mesmo, que auferiu rendimentos de capitais (dividendos) de fonte portuguesa, tendo sido tributado, em função dos mesmos, em sede de retenção na fonte de IRC à taxa de 25% (depois reduzido para 15% por via da aplicação ulterior da Convenção com os EUA para Evitar a Dupla Tributação). Sendo certo que rendimentos de natureza idêntica, auferidos por organismos de investimento coletivo residentes em Portugal, não concorreriam para o apuramento do rendimento tributável destes em sede de IRC.

Neste sentido, ancorando-nos no sentido e teor da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Administrativo no âmbito dos autos supra referidos, bem como da jurisprudência do TJUE ali identificada e citada, bem como noutras decisões de sentido idêntico (tais como a proferida no processo n.º 11/2023-T e 12/2023-T), e considerando a necessidade de aplicação uniforme do direito, por força do disposto no n.º 3 do artigo 8.º do Código Civil, julga-se procedente o pedido aduzido pelo Requerente, declarando-se a ilegalidade do ato tributário controvertido e anulando-se o mesmo (bem como, por inerência, a decisão de indeferimento tácito subjacente ao procedimento de reclamação graciosa apresentada pelo Requerente).

b. Dos juros indemnizatórios

O Requerente suportou, por força do mecanismo de retenção na fonte, um montante de imposto indevido, peticionando nesta sede o respetivo reembolso, deduzido do montante que, entretanto, foi restituído ao abrigo da convenção para evitar a dupla tributação internacional outorgada entre Portugal e os Estados Unidos – totalizando, assim, EUR 212.661,12 (duzentos e doze mil seiscientos e sessenta e um euros e doze cêntimos) –, e acrescido de juros indemnizatórios.

Na sequência da anulação do ato tributário controvertido, o Requerente é, de facto, titular do direito ao reembolso.

No que concerne a juros indemnizatórios, de acordo com o disposto na alínea b) do artigo 24.º do RJAT, a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação vincula a Requerida a partir do termo do prazo previsto para o recurso ou

impugnação, devendo esta, nos exatos 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».

Quanto à competência dos tribunais arbitrais em matéria tributária para prolação de decisões condenatórias no pagamento de juros indemnizatórios, segue-se a linha argumentativa expandida no processo 364/2022-T:

«Embora o art. 2.º, n.º 1, alíneas a) e b), do RJAT utilize a expressão “declaração de ilegalidade” para definir a competência dos tribunais arbitrais que funcionam no CAAD, não fazendo referência a decisões condenatórias, deverá entender-se que se compreendem nas suas competências os poderes que, em processo de impugnação judicial, são atribuídos aos tribunais tributários, sendo essa a interpretação que se sintoniza com o sentido da autorização legislativa em que o Governo se baseou para aprovar o RJAT, em que se proclama, como primeira directriz, que “o processo arbitral tributário deve constituir um meio processual alternativo ao processo de impugnação judicial e à acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo em matéria tributária”.

O processo de impugnação judicial, apesar de ser essencialmente um processo de anulação de actos tributários, admite a condenação da Administração Tributária no pagamento de juros indemnizatórios, como se depreende do art. 43.º, n.º 1, da LGT, em que se estabelece 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. 61.º, n.º 4 do CPPT (na redacção dada pela Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, a que corresponde o n.º 2 na redacção inicial), 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”.

Assim, o n.º 5 do art. 24.º do RJAT, ao dizer 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 entendido como permitindo o reconhecimento do direito a juros indemnizatórios no processo arbitral.

A ilegalidade do indeferimento tácito da reclamação graciosa (e, por inerência, do ato tributário controvertido) é imputável à Requerida, pois omitiu a sua decisão no sentido favorável à Requerente, dando azo à manutenção do ato ilegal por violação do Direito da União Europeia. Esta situação deverá ser enquadrada, por mera interpretação declarativa, no disposto no n.º 1 do artigo 43.º da LGT, pois trata-se de uma situação em que há nexo de causalidade adequada entre um erro imputável aos serviços e a manutenção de um pagamento indevido e a indevida omissão de reposição da legalidade.

No caso em apreço, a reclamação graciosa foi apresentada em 18-01-2023 e o indeferimento tácito formou-se em indeferida em 18-05-2023, função do termo do prazo legal previsto no n.º 1 do artigo 57.º da LGT. Consequentemente, a partir desta data começam a ser contabilizados contar-se juros indemnizatórios.

VII. DECISÃO

De harmonia com o exposto decide este Tribunal Arbitral em:

a) Julgar integralmente procedente o pedido de pronúncia arbitral e, em consequência:

- a. Declarar ilegal e anular o ato tributário de retenção na fonte de IRC, com carácter liberatório, conexo com rendimentos de capitais de fonte doméstica, auferidos pelo Requerente, pagos em 16 de dezembro de 2020, no montante de EUR 212.661,12 (duzentos e doze mil seiscentos e sessenta e um euros e doze cêntimos);

e

- b. Condenar a Requerida no pagamento de juros indemnizatórios, apurados sobre o montante de EUR 212.661,12 (duzentos e doze mil seiscientos e sessenta e um euros e doze cêntimos), calculados a partir do dia 18 de maio de 2023 até à data de processamento da nota de crédito, nos termos legais.

VIII. VALOR DO PROCESSO

De harmonia com o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 296.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, na alínea a) do n.º 1 do artigo 97.º-A do CPPT e no n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, fixa-se ao processo o valor de **EUR 212.661,12 (duzentos e doze mil seiscientos e sessenta e um euros e doze cêntimos)**, indicado pelo Requerente e sem oposição Requerida.

IX. CUSTAS

Nos termos do artigo 22.º, n.º 4, do RJAT, fixa-se o montante das custas em **EUR 4.284,00 (quatro mil duzentos e oitenta e quatro euros)**, nos termos da Tabela I anexa ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, a cargo da Requerida por decaimento.

Notifique-se.

Lisboa, 12 de abril de 2024

Os Árbitros

(Alexandra Coelho Martins)

(David Oliveira Silva Nunes Fernandes, relator)

(Ana Pinto Moraes)