

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 60/2024-T

Tema: OIC não Residentes – Retenções na Fonte – 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 com aquele.
- II. A legislação portuguesa de IRC, ao tributar por retenção na fonte dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal a OIC's constituídos ao abrigo da legislação de outro Estado, 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, (acórdão de 17.03.2022).
- III. A liberdade de circulação de capitais refere-se quer a Estados-Membros, quer a países terceiros.

DECISÃO ARBITRAL

A..., com sede em ..., ..., ..., EUA, NIPC...,

B..., com a mesma sede, NIPC ...,

C..., INC., com a mesma sede, NIPC...,

D..., INC., com a mesma sede, NIPC...,

Vieram, nos termos legais, pedir a constituição de tribunal arbitral.

É Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira.

I – RELATÓRIO

a) O pedido

Os Requerentes peticionam a anulação dos atos tributários (liquidações por retenção na fonte liberatória) relativos a IRC, que incidiram sobre rendimentos auferidos por cada um deles em Portugal nos anos de 2021 e 2022.

Pedem ainda a condenação da Requerida no pagamento de juros indemnizatórios.

b) O litígio

A questão a decidir é saber se viola a liberdade de circulação de capitais, consagrada no artigo 63.º do TFUE, o facto de os dividendos distribuídos a organismos de investimento coletivo (OIC) não residentes (no caso, a residentes em país terceiro) por entidades com sede ou com estabelecimento estável em Portugal estarem aqui sujeitos a tributação por retenção na fonte, enquanto idêntico tipo de rendimentos, quando distribuídos a fundos de investimento constituídos e operando de acordo com a legislação nacional, estão isentos de tributação por força do disposto no n.º 3 do art. 22 do EBF.

Os Requerentes concluem, obviamente, pela positiva.

A Requerida defende a posição contrária, entendendo, nomeadamente, que os regimes fiscais em IRC aplicáveis aos OIC constituídos ao abrigo da legislação nacional (residentes) e aos OIC constituídos noutros países (não residentes) não são diretamente comparáveis, pois que a tributação dos primeiros repousa sobretudo no Imposto do Selo; e que nada permite concluir que, no conjunto dos impostos suportados em Portugal e nos EUA, a situação dos Requerentes resulte mais gravosa.

No plano factual, alega ainda, o não cumprimento pelos Requerentes do ónus da prova relativamente a factos essenciais para a procedência da ação, como adiante melhor se referirá.

A Requerida alega também a existência de uma irregularidade de natureza formal. Adiante, no lugar próprio, se analisará esta questão.

c) Tramitação processual

O pedido foi aceite em 15/01/2024.

Os árbitros foram nomeados pelo Conselho Deontológico do CAAD, aceitaram as nomeações, as quais não foram objeto de oposição.

O tribunal arbitral ficou constituído em 22/03/2024.

A Requerida apresentou resposta e juntou o PA.

A Requerente replicou à matéria das exceções.

Por despacho de 028/05/2024, foi dispensada a realização da reunião a que se refere o art. 18º do RJAT bem como a produção de alegações. Nenhuma das partes se opôs.

d) Saneamento

1- A Requerida alega que *os Requerentes juntaram aos autos documentos, destinados a fazer prova do que alegam, redigidos em inglês não se mostrando junta a respetiva tradução, sendo certo que a matéria em causa pressupõe a utilização de linguagem técnica específica*. O que consubstanciaria violação do art. 134º do CPC, aplicável *ex vi* art. 29.º do RJAT.

Apreciando,

O disposto no art. 134º do CPC tornou-se uma norma obsoleta relativamente à maioria dos documentos escritos em língua inglesa porquanto a generalidade dos intervenientes processuais domina suficientemente este idioma para compreender o seu teor.

A Requerida é capaz de ler documentos em inglês (é facto notório o número de documentos escritos neste idioma que lhe são presentes, nomeadamente no âmbito das relações fiscais internacionais). Também as signatárias da resposta da AT neste processo demonstram, pelo teor das suas alegações, ter compreendido os documentos em causa.

Também o Tribunal se considera capaz de tal leitura.

O que se pede a este tribunal é, pois, que determine a prática por uma das partes de um ato objetivamente inútil, para mais de execução morosa e dispendiosa. Cabe ao juiz prevenir a prática de atos processuais inúteis, em especial no quadro de um processo arbitral em que é conferida ao tribunal autonomia na condução do processo (art. 19º, n.º 1 do RJAT).

Termos em que se indefere tal pedido de tradução.

O processo não enferma de nulidades ou irregularidades.

Não foram alegadas nem detetadas questões suscetíveis de impedir o conhecimento do mérito.

I- PROVA

I.1 – Factos Provados

Consideram-se provados os seguintes factos:

- a) Os Requerentes são fundos de investimento, constituídos e a operar de acordo com o direito norte-americano, sujeitos à supervisão da *US Securities and Exchange*

Commission, tendo como fim o investimento coletivo de capitais obtidos junto do público. Distingue-os, economicamente, a “especialização”, o tipo de ativos em que centram os seus investimentos.

- b) Os Requerentes têm como entidade gestora a E..., Inc., sociedade de direito americano com sede em ..., no estado de Maryland (EUA).
- c) Nos anos de 2021 e 2022, os Requerentes eram residentes, para efeitos fiscais, nos Estados Unidos da América.
- d) Os Requerentes investiram em participações no capital de sociedades com sede em Portugal, tendo auferido, em 2021 e 2022, dividendos por estas pagos.
- e) Tais dividendos foram objeto de retenções na fonte de IRC, praticadas pelas entidades remuneradoras, a título definitivo, nuns casos à taxa normal de 25%, noutros à taxa de 15%, nos termos do artigo 94.º do Código do IRC e do artigo 10.º da CDT Portugal-Estados Unidos da América.
- f) O Requerente A... auferiu, nesses períodos, dividendos de origem portuguesa no montante de 22 769 591,85 €, sobre os quais incidiram retenções na fonte no montante de 5 371 185,96 €.
- g) Tal imposto foi entregue ao estado através das guias de pagamento nº ... (Maio de 2021), nº ... (Setembro de 2021), nº ... (Maio de 2022) e nº ... (Setembro de 2022) emitidas pelo lo F... S.A., sucursal em Portugal com o NIPC
- h) O Requerente B... auferiu, nesses períodos, dividendos de origem portuguesa no montante de 7 219 391,89 €, sobre os quais incidiram retenções na fonte no montante de 1 644 068,35 €.
- i) Tal imposto foi entregue ao estado através das guias de pagamento nº ... (Maio de 2021), nº ... (Setembro de 2021), nº ... (Maio de 2022), nº ... (Junho de 2022) e nº ... (Setembro de 2022).
- j) O Requerente B... auferiu, nesses períodos, dividendos de origem portuguesa no montante de 7 219 391,89 €, sobre os quais incidiram retenções na fonte no montante de 1 644 068,35 €.

- k) Tal imposto foi entregue ao estado através das guias de pagamento nº ... (Maio de 2021), nº... (Setembro de 2021), nº ... (Maio de 2022), ... (Junho de 2022) e nº ... (Setembro de 2022).
- l) O Requerente C... auferiu, nesses períodos, dividendos de origem portuguesa no montante de € 5 336 217,50 €, sobre os quais incidiram retenções na fonte no montante de 1 334 054,38 €.
- m) Tal imposto foi entregue ao estado através das guias de pagamento nº ... (Maio de 2021), nº ... (Setembro de 2021), nº ... (Maio de 2022) e nº ... (Setembro de 2022).
- n) O Requerente D... auferiu, nesses períodos, dividendos de origem portuguesa no montante de 2 513 061,43 €, sobre os quais incidiram retenções na fonte no montante de 628 265,36 €.
- o) Tal imposto foi entregue ao estado através das guias de pagamento nº ... (Maio de 2021), nº ... (Setembro de 2021), nº ... (Maio de 2022) e nº ... (Setembro de 2022).
- p) Não é possível aos Requerentes deduzir nos EUA o imposto retido na fonte em Portugal.
- q) Em 19 de junho de 2023, os Requerentes reclamaram graciosamente das liquidações que ora impugnam, mantendo-se o silêncio administrativo para além do prazo legal de decisão.

A convicção do tribunal fundou-se na análise dos documentos juntos aos autos.

Porém, a Requerida objeta que:

- (i) *não se mostra comprovada a natureza dos organismos de investimento coletivo dos Requerentes.*

Apreciando:

Foram juntos ao requerimento inicial (doc. 1 a 3) extratos de listagens da *US Securities and Exchange Commission* (entidade com funções semelhantes à nossa CMVM, como facilmente se infere da leitura da respetiva página – *site* - oficial), das quais se infere que os Requerentes estão sujeitos à supervisão desta entidade.

No requerimento inicial foram também indicados os *links* para acesso aos *sites* de cada um dos Requerentes. Da leitura da extensa informação aí constante, dirigida a um vasto público de potenciais investidores, resulta claro que cada Requerente é um fundo de investimento (ou um subfundo) atuando em áreas específicas de investimento.

Assim, segundo a livre convicção do tribunal, há que dar como provado o constante de a).

- (ii) *não foram juntas aos autos as declarações emitidas pelas autoridades fiscais que atestem a residência nos Estados Unidos da América, para efeitos fiscais, do Terceiro e Quarto Requerentes, relativamente ao período de tributação de 2022.*

Temos, em primeiro lugar, que a Requerida juntou aos autos as declarações modelo 30, (rendimentos pagos a não residentes) relativas a cada um dos Requerentes e períodos em causa, das quais consta referência à sua residência fiscal nos Estados Unidos. Certamente que a Requerida não procederia a tal junção caso tivesse razões para suspeitar da não correspondência à verdade do aí declarado pelo substituto tributário, o F... S.A.

Mais, as declarações em causa, porque da autoria do sujeito passivo, presumem-se verdadeiras, sendo que a Requerida não alegou quaisquer factos suscetíveis de indiciar o contrário.

Tal seria suficiente para o tribunal, atenta a liberdade de meios de prova, concluir pelo que considerou provado em c).

De todo o modo a questão resultou ultrapassada porquanto foi junta, com o requerimento de 17/05/2024, a documentação alegadamente em falta.

- (iii) *não consta dos autos, qualquer informação/evidência por parte do substituto tributário, o F... S.A, com o NIPC ..., de que as guias de pagamento de retenção na fonte identificadas pelos Requerentes (nos §§26.º, 36.º, 45.º e 54.º do PPA), correspondem às retenções na fonte objeto do presente PPA – não é junta qualquer declaração emitida pelo substituto tributário, referente aos rendimentos auferidos, imposto retido e respetiva guia de pagamento ao Estado.*

A Requerida parece advogar uma tipicidade de meios de prova, que a prova de cada facto tem que ser feita mediante a apresentação de determinado documento. Ora, relativamente à prova, valem os princípios da admissibilidade de todos os meios de prova não proibidos por lei e o da livre convicção do juiz.

Na realidade, nem se percebe bem este argumentário quando é certo que foi a Requerida quem juntou aos autos as declarações modelo 30 de IRC da autoria do substituto tributário, o F... S.A Acresce que a pretensão da Requerida está satisfeita uma vez que foram juntas ao requerimento inicial declarações, com o teor pretendido pela Requerida, da autoria do G...- entidade que o tribunal considera credível – alegadamente a entidade incumbida da custódia dos títulos, atuando o substituto F... S.A como subcustodiante, o que não foi posto em causa.

O que, no entender deste tribunal, permite considerar como provado o constante de f), h) j) e l).

(iv) - as guias de pagamento identificadas pelos Requerentes, com os n.º ... (2021-05), ... (2021-09), ...(2022- 05), ... (2022-06) e ... (2022-09), apresentam valores muito superiores aos aqui solicitados, não sendo possível à AT conhecer os valores isoladamente.

Salvo o devido respeito, esta objeção não pode proceder.

É sabido que as guias de pagamento podem incluir valores relativos a diferentes retenções, sem individualização de cada uma delas.

Mas a Requerida AT (que não é identificável com as suas mandatárias neste processo) tem, por definição, poderes para fiscalizar a correspondência à verdade das declarações dos sujeitos passivos bem como a exatidão dos pagamentos por eles efetuados, pois que é essa uma das suas principais missões.

Não pode, pois, a Requerida invocar desconhecimento quanto aos exatos valores a que se refere cada guia de pagamento.

Do conjunto da documentação constante dos autos não resulta qualquer indício da não correspondência à verdade dos valores apresentados pelos Requerentes como correspondendo a retenções na fonte alegadamente ilegais por eles suportadas.

Assim sendo, este tribunal arbitral considera existir prova documental suficiente do dado como provado em k), m) e o).

I.2 - Factos não provados

Não existem factos dados como “não provados” relevantes para a decisão da causa.

II- O Direito

Cumprе aferir se assiste razão aos Requerentes quando alegam a existência de uma discriminação, violadora do princípio da livre circulação de capitais previsto no artigo 63.º do TFUE, dados os regimes de tributação diferenciados que o artigo 22.º do EBF estabelece, nos seus n.ºs 1, 3 e 10, para os dividendos de fonte portuguesa auferidos por OIC constituídos e a operar de acordo com a legislação nacional, por comparação com os mesmos dividendos quando recebidos por OIC’s constituídos e residindo noutro Estado.

Esta questão foi objeto de pronúncia pelo Tribunal de Justiça, em 17 de março de 2022, no processo de reenvio prejudicial C-545/19, o qual versou sobre uma situação factual idêntica às dos presentes autos, suscitada por Tribunal constituído no CAAD (processo n.º 93/2019-T), no mesmo enquadramento legislativo.

Tendo em conta que a jurisprudência do TJUE quanto à interpretação do Direito da União tem carácter vinculativo para os Tribunais nacionais, corolário do primado do Direito da União consagrado no n.º 4, do artigo 8.º da CRP, apenas há que tomar em consideração o constante de tal decisão do TJUE, a qual é (o último) exemplo de uma jurisprudência, versando sobre diferentes aspetos do tema em questão, desde há muito afirmada¹.

Citamos:

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 noutra 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).

Nos números seguintes de tal acórdão, o TJUE responde especificadamente às objeções do governo português, as quais, no essencial, coincidem com o argumentário vertido pela AT na sua resposta. Muito embora este tribunal não esteja obrigado a considerar todos e cada um dos

¹ Uma referência ao facto de o STA – como era seu dever – ter uniformizado a jurisprudência em obediência ao decidido pelo TJUE (ac. 093/19, de 28/09/2023).

argumentos expendidos pelas partes, mas apenas a apreciar os vícios invocados, remete-se para a decisão do TJUE também enquanto “contraponto” à resposta da AT.

Por último, há que frisar ser irrelevante o facto de o acórdão do TJUE no qual, desde logo por obrigação legal, nos louvamos, ter versado sobre uma situação de um OIC de direito luxemburguês, com residência fiscal nesse país e, no caso *sub judice*, estar em causa um OIC de direito americano, com residência nos EUA. Como consta do excerto atrás transcrito, o TJUE foi claro em afirmar estar em causa uma ofensa à liberdade de circulação de capitais. Ora o artigo 63.º, n.º 1 do TFUE é claro em proibir “*todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros*”.

III - JUROS INDEMNIZATÓRIOS

A liquidação e cobrança de imposto em violação do Direito da União Europeia confere ao contribuinte o direito a receber juros indemnizatórios, o que é jurisprudência pacífica (cf. neste sentido, entre outros, a decisão arbitral proferida no processo n.º 114/2022-T e o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14.10.2020, proferido no processo n.º 01273/08.6BELRS).

Só que, porque num primeiro momento o erro apenas pode ser imputável ao substituto (e não à AT), há que observar o decidido pelo STA no acórdão de uniformização de jurisprudência de 29.06.2022, proferido no processo n.º 093/21.7BALSB: *em caso de retenção na fonte e havendo lugar a impugnação administrativa do acto tributário em causa (v.g. reclamação graciosa), o erro passa a ser imputável à A. Fiscal depois de operar o indeferimento do mesmo procedimento gracioso, efectivo ou presumido, funcionando tal data como termo inicial para cômputo dos juros indemnizatórios a pagar ao sujeito passivo, nos termos do art.º 43, n.ºs. 1 e 3, da L.G.T.*

IV – DECISÃO

Pelo exposto, acordam os árbitros em:

- a) Anular as retenções na fonte de IRC, liberatórias, no montante de € 3.415.438,76 (três milhões quatrocentos e quinze mil quatrocentos e trinta e oito euros e setenta e seis cêntimos), efetuadas sobre dividendos pagos ao primeiro requerente, A..., entre maio de 2021 e setembro de 2022;
- b) Anular as retenções na fonte de IRC, liberatórias, no montante de € 1.082.908,76 (um milhão oitenta e dois mil novecentos e oito euros e setenta e seis cêntimos), efetuadas sobre dividendos pagos ao segundo requerente, B..., entre maio de 2021 e setembro de 2022;
- c) Anular as retenções na fonte de IRC, liberatórias, no montante de € 800.432,62 (oitocentos mil quatrocentos e trinta e dois euros e sessenta e dois cêntimos), efetuadas sobre dividendos pagos ao terceiro requerente, C... , INC entre maio de 2021 e setembro de 2022;
- d) Anular as retenções na fonte de IRC, liberatórias, no montante de € 376.959,21 (trezentos e setenta e seis mil novecentos e cinquenta e nove euros e vinte e um cêntimos) efetuadas sobre dividendos pagos ao quarto requerente, D..., entre maio de 2021 e setembro de 2022;
- a) Condenar a Requerida, para além da devolução do imposto indevidamente pago, a pagar a cada um dos Requerentes juros indemnizatórios, a liquidar nos termos legais, contados desde 20 de outubro de 2023.

Valor do processo – Fixa-se em € 5.675.739,35, correspondente ao montante total das liquidações impugnadas.

Custas, no montante de 71.298,00 €, a cargo da Requerida por ter sido total o seu decaimento.

11 de junho de 2024

Rui Duarte Morais (relator)

Susana Cristina das Mercês de Carvalho

Jónatas Machado