

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 203/2024-T

**Tema: IRC. Livre Circulação de Capitais. Fundos de Investimento Não-Residentes.
Juros e dividendos. Retenção na Fonte.**

SUMÁRIO

O Estado Português, ao sujeitar a retenção na fonte em IRC os juros e dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal aos Organismos de Investimento Colectivo estabelecidos em Estados Membros da União Europeia, simultaneamente isentando de tributação a distribuição de juros e dividendos a Organismos de Investimento Colectivo estabelecidos e domiciliados em Portugal, viola o artigo 63.º do TFUE.

DECISÃO ARBITRAL

I – Relatório

1. A... GmbH, sociedade de direito alemão, com o NIPC..., doravante “a Requerente”, gestora do Fundo de Investimento B... (doravante, “Fundo”), apresentou, no dia 12 de Fevereiro de 2024, um pedido de constituição de Tribunal Arbitral Colectivo, nos termos dos artigos 2º, 1, a), e 10º, 1 e 2 do Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de Janeiro, com as alterações por último introduzidas pela Lei nº 7/2021, de 26 de Fevereiro (Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, doravante “RJAT”), e dos arts. 1º e 2º da Portaria nº 112-A/2011, de 22 de Março, em que é Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante “AT” ou “Requerida”).
2. A Requerente pediu a pronúncia arbitral sobre a ilegalidade do indeferimento tácito da

1.

reclamação graciosa por si apresentada em 13 de Julho de 2023, contra liquidações de IRC por retenção na fonte, ocorridas entre Junho de 2021 e Agosto de 2022, no montante total de € 242.012,24, tendo por objecto mediato a anulação das referidas liquidações, peticionando a restituição do imposto indevidamente suportado, acrescido dos correspondentes juros indemnizatórios.

3. O pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite pelo Exmo. Presidente do CAAD e automaticamente notificado à AT.
4. O Conselho Deontológico designou os árbitros do Tribunal Arbitral Colectivo, que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável, e notificou as partes dessa designação.
5. As partes não se opuseram, para efeitos dos termos conjugados dos arts. 11º, 1, b) e c), e 8º do RJAT, e arts. 6º e 7º do Código Deontológico do CAAD.
6. O Tribunal Arbitral Colectivo ficou constituído em 23 de Abril de 2024; foi-o regularmente, e é materialmente competente.
7. Por Despacho de 23 de Abril de 2024, foi a AT notificada para, nos termos do art. 17º do RJAT, apresentar resposta.
8. A AT apresentou a sua Resposta em 27 de Maio de 2024.
9. Aí suscitou-se uma “questão prévia”, à qual a Requerente respondeu por requerimento de 17 de Junho de 2024.
10. Por Despacho de 24 de Junho de 2024, foi dispensada a realização da reunião prevista no art. 18º do RJAT, e convidadas as partes a apresentar alegações escritas.
11. A Requerente apresentou alegações em 2 de Julho de 2024.
12. A Requerida não apresentou alegações.
13. As Partes têm personalidade e capacidade judiciárias, e têm legitimidade.
14. A AT procedeu à designação dos seus representantes nos autos e a Requerente juntou procuração, encontrando-se assim as Partes devidamente representadas.
15. O processo não enferma de nulidades.

II – Matéria de Facto

II. A. Factos provados

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

1. A Requerente é uma sociedade de Direito alemão que se dedica à gestão do Fundo de Investimento B... .
2. Este Fundo reveste a forma jurídica de fundo de investimento imobiliário especial, que actua a coberto de um contrato celebrado entre a sua entidade gestora (a ora Requerente), os investidores e a instituição financeira responsável pela custódia dos valores mobiliários.
3. Em 2010, o Fundo celebrou um contrato de financiamento com a sociedade comercial portuguesa C..., S.A.
4. O contrato de financiamento foi celebrado entre a C... e o D... GmbH – à data, sociedade gestora do Fundo, que actuou em sua representação –, sociedade essa que, em 2013, foi fundida na ora Requerente.
5. Na sequência da fusão societária, a Requerente adquiriu os direitos e assumiu as obrigações do D... GmbH, tendo assumido, desde então, a função de sociedade gestora do Fundo.
6. Nos anos de 2021 e 2022, o Fundo manteve investimentos em diversos países, entre os quais Portugal, detendo a totalidade do capital social da C... (titulado em 50.000 acções).
7. O Fundo não dispõe de sede, direcção efetiva ou estabelecimento estável em território nacional, sendo residente para efeitos fiscais na Alemanha, aí se encontrando sujeito à lei fiscal alemã.
8. É, portanto, um sujeito passivo de IRC não residente, para efeitos fiscais, em Portugal, e sem qualquer estabelecimento estável no país.
9. Como fundo de investimento, o Fundo é uma entidade equiparada a um OIC residente em qualquer Estado-Membro da União Europeia, nos termos da Directiva 2011/61/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2011, sendo uma entidade equiparada a um OIC residente em Portugal (cfr. Lei n.º 16/2015, de 24 de Fevereiro, a qual transpõe para o ordenamento jurídico português a referida Directiva).
10. No período de referência, o Fundo auferiu juros no montante de € 576.454,73, e dividendos no montante de € 1.036.960,17, e suportou em Portugal IRC, por retenção na fonte, os seguintes montantes:

Tipologia de rendimentos	Data de pagamento	Montante bruto (EUR)	Retenções na fonte (EUR)	Referências das guias de retenção na fonte
Dividendos	junho de 2021	442.072,95	66.310,94	...
Juros	agosto de 2021	116.047,78	17.407,17	...
Juros	novembro de 2021	116.047,78	17.407,17	...
Juros	fevereiro de 2022	116.047,78	17.407,17	...
Juros	maio de 2022	112.263,61	16.839,54	...
Dividendos	julho de 2022	594.887,22	89.233,08	...
Juros	agosto de 2022	116.047,78	17.407,17	...
TOTAL	–	1.613.414,90	242.012,24	–

11. Na retenção na fonte em sede de IRC, em Portugal, a C... actuou na qualidade de substituto tributário.
12. Os juros e dividendos auferidos pelo Fundo ascenderam ao montante líquido de imposto de € 1.371.402,86 EUR, e esse montante foi entregue à Requerente.
13. No dia 13 de Julho de 2023, a Requerente apresentou, ao abrigo do art. 132º, 3 e 4 do CPPT e do art. 137º do CIRC, reclamação graciosa para apreciação da legalidade desses actos de retenção na fonte de IRC, solicitou a respectiva anulação por vício de ilegalidade decorrente de violação directa do Direito da União, bem como o reconhecimento do seu direito à restituição do imposto indevidamente suportado em Portugal – assente no entendimento sustentado pelo TJUE (em acórdão proferido em 17 de Março de 2022, Proc. n.º C-545/19, AllianzGI-Fonds AEVN) de que o Estado Português, ao sujeitar a retenção na fonte em IRC os dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal aos OIC estabelecidos em Estados Membros da União Europeia, simultaneamente isentando de tributação a distribuição de dividendos a OIC estabelecidos e domiciliados em Portugal, viola o artigo 63.º do TFUE.
14. Decorrido o prazo legal para decisão, a Requerente nunca foi notificada dela, pelo que se presume, a partir de 14 de Novembro de 2023, o indeferimento tácito da reclamação graciosa.
15. No dia 12 de Fevereiro de 2024 a Requerente apresentou o pedido de pronúncia que deu origem ao presente processo.

II. B. Matéria não-provada

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

II. C. Fundamentação da matéria de facto

1. Os factos elencados *supra* foram dados como provados com base nas posições assumidas pelas partes nos presentes autos e nos documentos juntos ao PPA.
2. Cabe ao Tribunal Arbitral seleccionar os factos relevantes para a decisão, em função da sua relevância jurídica, considerando as várias soluções plausíveis das questões de Direito, bem como discriminar a matéria provada e não provada (cfr. art. 123º, 2, do CPPT e arts. 596º, 1 e 607º, 3 e 4, do CPC, aplicáveis *ex vi* art. 29º, 1, a) e e) do RJAT), abrangendo os seus poderes de cognição factos instrumentais e factos que sejam complemento ou concretização dos que as Partes alegaram (cfr. arts. 13.º do CPPT, 99º da LGT, 90º do CPTA e arts. 5º, 2 e 411.º do CPC).
3. Segundo o princípio da livre apreciação dos factos, o Tribunal baseia a sua decisão, em relação aos factos alegados pelas partes, na sua íntima e prudente convicção formada a partir do exame e avaliação dos meios de prova trazidos ao processo, e de acordo com as regras da experiência (cfr. art. 16º, e) do RJAT, e art. 607º, 4, do CPC, aplicável *ex vi* art. 29º, 1, e) do RJAT).
4. Somente relativamente a factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, a factos que só possam ser provados por documentos, a factos que estejam plenamente provados por documentos, acordo ou confissão, ou quando a força probatória de certos meios se encontrar pré-estabelecida na lei (por exemplo, quanto aos documentos autênticos, por força do artigo 371.º do Código Civil), é que não domina, na apreciação das provas produzidas, o referido princípio da livre apreciação (cfr. art. 607º, 5 do CPC, *ex vi* art. 29º, 1, e) do RJAT).
5. Além disso, não se deram como provadas nem não provadas alegações feitas pelas partes, e apresentadas como factos, consistentes em afirmações estritamente conclusivas, insusceptíveis de prova e cuja veracidade se terá de aferir em relação à concreta matéria de

facto acima consolidada, nem os factos incompatíveis ou contrários aos dados como provados.

III. Sobre o Mérito da Causa

III. A. Posição da Requerente

1. A Requerente alega que a Lei Portuguesa pratica uma discriminação contra os OIC não residentes que é contrária ao TFUE, na medida em que limita aos OIC residentes (que operem ao abrigo da Lei n.º 16/2015, de 24 de Fevereiro, que transpõe a Directiva 2009/65/CE) a possibilidade de aproveitarem o regime do art. 22º, 1, 3 e 10 do EBF, excluindo os não-residentes – como é o caso do Fundo que ela gere –, mesmo quando estes últimos operem ao abrigo da Directiva 2009/65/CE, mesmo quando demonstrem que cumprem no seu Estado de residência exigências equivalentes às contidas na lei portuguesa.
2. Sublinha que, de acordo com o disposto no art. 4º, 1 do CIRC, os rendimentos obtidos em território português – *como os juros pagos e os dividendos distribuídos por entidades localizadas em território português* – são sujeitos a tributação em sede de IRC, independentemente de a entidade beneficiária se localizar, ou não, em Portugal
3. Significando isso que, mesmo que o beneficiário não disponha de sede, direcção efetiva ou estabelecimento estável em Portugal – como sucede com o Fundo –, os rendimentos por si auferidos são considerados obtidos em território nacional, e, assim, sujeitos a tributação em sede de IRC, nos termos do art. 4º, 2 e 3, c), subalínea 3) do CIRC.
4. Relativamente às entidades não residentes e sem estabelecimento estável em Portugal, a tributação ocorre por via de retenção na fonte com carácter definitivo, e aquando da respectiva data de vencimento, nos termos do art. 94º, 1, c), e 3, b) do CIRC.
5. Já no que respeita às entidades residentes, embora a percepção dos rendimentos seja igualmente sujeita a retenção na fonte, esta assume a natureza de imposto por conta do imposto devido a final, nos termos do art. 94º, 3 do CIRC. Assim, e contrariamente ao que sucede com as entidades não-residentes, a retenção efectuada às entidades residentes é posteriormente relevada na liquidação de IRC referente ao exercício no qual haja sido

6.

- efectuada, através de uma dedução à coleta, diminuindo o imposto a pagar a final, e sendo passível de reembolso quando o seu valor exceda o da dívida total de imposto, nos termos dos arts. 90º, 2, e), e 104º, 2 e 3 do CIRC.
6. Quanto às taxas de IRC, a tributação liberatória das entidades não-residentes e sem estabelecimento estável em Portugal é, em princípio, efectuada à taxa de 25% (art. 87º, 4 do CIRC), enquanto as entidades residentes, sofrendo uma retenção na fonte não-liberatória à taxa de 25% (art. 94º, 4 do CIRC), são tributadas à taxa geral de 21%, prevista no art. 87º, 1 do CIRC.
 7. Logo, por força do art. 22º do EBF a tributação de OIC não-residentes resulta mais gravosa do que a tributação de OIC residentes em território nacional, o que reflecte uma violação da liberdade de circulação de capitais, prevista no art. 63º do TFUE.
 8. Isto porque, de acordo com o mencionado art. 22.º, 3, do EBF, para efeitos de apuramento do lucro tributável de um OIC residente, não são considerados os rendimentos de capitais, os rendimentos prediais e as mais-valias – pelo que, da interpretação conjunta dos arts. 22º, 1, 3 e 10 do EBF, e 5º, 1 e 2, h) do CIRS resulta não serem sujeitos a tributação em sede de IRC os juros e dividendos auferidos por OIC residentes.
 9. Em contrapartida, não existem no ordenamento jurídico português normas análogas às dos n.ºs 3 e 10 do art. 22.º do EBF aplicáveis a OIC não residentes, que especificamente prevejam a dispensa de retenção na fonte sobre os juros pagos e dividendos distribuídos.
 10. Daqui é legítimo inferir-se que a sujeição a retenção na fonte, ou dispensa dela, dos rendimentos de capitais auferidos por um OIC depende tão-só da sua residência fiscal no estrangeiro ou no território nacional, respectivamente.
 11. Em suma, o benefício fiscal consagrado no art. 22º, 1, 3 e 10 do EBF, visando a não tributação da generalidade dos rendimentos de capitais auferidos por OIC residentes em Portugal, é bem mais favorável do que a tributação conferida às entidades não residentes, sem estabelecimento estável em território português.
 12. Deste modo, um regime de exclusão de tributação, fundado exclusivamente no facto de a entidade beneficiária dos rendimentos não estar localizada em Portugal, consubstancia uma discriminação injustificada em função do lugar da residência, na medida em que coloca os OIC residentes em território nacional, que auferem juros e dividendos junto de outras

- sociedades portuguesas, numa situação de vantagem face às sociedades residentes noutros Estados-membros da União Europeia que recebam rendimentos da mesma natureza.
13. Não oferece dúvidas o facto de que as liberdades fundamentais consagradas no TFUE se opõem à diferença de tratamento fiscal entre OIC residentes e não-residentes em território português.
14. Assim sendo, é à luz do primado do Direito da União Europeia que caberá analisar a admissibilidade da aplicação exclusiva do benefício fiscal consagrado no artigo 22.º do EBF a OIC residentes em território nacional que afirmem juros e dividendos, cumprindo para o efeito verificar:
- Se a situação em apreço cai no âmbito de aplicação do TFUE;
 - Se os arts. 87º, 4 e 94º, 1, c), 3, b) e 6 do CIRC e 22º, 1, 3 e 10 do EBF, ao consubstanciarem uma discriminação entre OIC residentes e não residentes em Portugal, constituem uma restrição a uma das liberdades fundamentais previstas no TFUE; e
 - Se existe um motivo justificativo para a restrição ao exercício dessa liberdade fundamental; e, em caso afirmativo, se essa restrição é proporcional ao fim que visa atingir.
15. A Requerente insiste em elucidar que a situação pela qual um residente de um Estado-membro recebe dividendos de uma participação no capital de uma sociedade residente noutro Estado-membro da União Europeia constitui uma operação intraeuropeia que se encontra abrangida pelo TFUE, conforme amplamente reconhecido por este mesmo Tribunal – cfr. acórdãos *Verkooijen* (Processo C -35/98), *Manninen* (Processo C-319/02), *ACT 4* (Processo C-374/04) e *Denkavit II* (Processo C-170/05).
16. Relativamente às participações detidas por uma sociedade residente num Estado-membro em sociedades residentes noutro Estado-membro, e que não confirmam uma influência certa nas decisões destas últimas, ou não lhes permitam determinar as respectivas atividades, o TJUE tem considerado que a percepção de juros e dividendos, não constituindo, em si mesma, uma circulação de capitais, pressupõe a participação em sociedades, a qual constitui uma manifestação inequívoca da livre circulação de capitais prevista no art. 63º do TFUE – cfr. acórdão *Verkooijen* (Processo C-35/98).

17. Conclui a Requerente que, no caso em apreço, se encontram verificados todos os elementos subjacentes à existência de um tratamento discriminatório:

- a. Estão sob análise duas situações: por um lado, a tributação de rendimentos de capitais de origem nacional auferidos pelo Fundo (OIC não residente) e, por outro, a não-tributação desses mesmos rendimentos quando auferidos por um OIC residente;
- b. Essas situações são objectivamente comparáveis: a situação na qual uma sociedade portuguesa paga rendimentos de capitais a um OIC residente em Portugal é comparável à situação em que esses rendimentos são pagos a um OIC residente noutro Estado-Membro da União Europeia;
- c. A legislação portuguesa impõe às duas situações acima identificadas um tratamento fiscal distinto: numa situação puramente doméstica – na qual uma sociedade localizada em Portugal distribua dividendos a um OIC residente em território nacional –, tais rendimentos não são sujeitos a retenção na fonte, nem a qualquer outro tipo de tributação directa pelo Estado português; diversamente, numa situação intraeuropeia – na qual uma sociedade localizada em Portugal distribua dividendos a um OIC residente noutro Estado-membro da União Europeia –, tais rendimentos estão sujeitos a tributação em sede de IRC mediante retenção na fonte em Portugal.
- d. Esta diferença de tratamento fiscal colocou o Fundo numa situação claramente mais desfavorável, na medida em que o encargo fiscal por si suportado foi inequivocamente mais elevado do que aquele que suportaria se fosse tributada nos termos das normas legais aplicáveis a OIC residentes, caso em que beneficiaria da exclusão de tributação em sede de IRC dos rendimentos de capitais por si auferidos.

18. A Requerente entende, assim, ser plenamente transponível para o caso em apreço o decidido pelo TJUE no acórdão *Denkavit II* (Processo C-170/05):

«Ao recusar conceder às sociedades-mãe não residentes o tratamento fiscal nacional, mais vantajoso, que é concedido às sociedades-mãe residentes, a legislação nacional em causa no processo principal constitui uma medida

discriminatória incompatível com o Tratado, porquanto prevê uma tributação dos dividendos pagos por filiais residentes a sociedades-mãe neerlandesas mais pesada do que a incidente sobre os mesmos dividendos quando pagos a sociedades-mãe francesas. (...) Por conseguinte, há que responder à primeira questão que os artigos 43.º CE e 48.º CE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que, na medida em que faz suportar o encargo de uma tributação dos dividendos a uma sociedade-mãe não residente, ao passo que isenta quase totalmente desta tributação as sociedades-mãe residentes, constitui uma restrição discriminatória à liberdade de estabelecimento»

19. Sublinhando a Requerente que, a partir do momento em que o Fundo, auferindo rendimentos de capitais de fonte portuguesa, se encontrava numa situação objectivamente comparável à de um OIC residente em Portugal, deveria ter sido tratado de modo idêntico; e, como tal, deveria ter-lhe sido aplicado o benefício fiscal previsto no art. 22º, 1, 3 e 10 do EBF, em termos equivalentes aos concedidos aos OIC constituídos ao abrigo da legislação portuguesa.
20. Não tendo tal sucedido, o regime legal traduz-se num tratamento fiscal manifestamente discriminatório dos OIC não residentes em Portugal, consubstanciando uma restrição injustificada à liberdade de circulação de capitais, consagrada no artigo 63º do TFUE.
21. Faz notar a Requerente, ainda, que resulta da jurisprudência do TJUE – em particular dos acórdãos *Verkooijen* (Processo C-35/98), *Manninen* (Processo C-319/02) e *Amurta* (Processo C-379/05) – que, para que uma legislação fiscal como a portuguesa possa ser considerada compatível com as disposições do TFUE relativas à livre circulação de capitais, é necessário que se mostre verificado um de dois requisitos alternativos:
 - a. A diferença de tratamento respeite a situações não comparáveis objetivamente;
ou
 - b. A diferença de tratamento se justifique por razões imperiosas de interesse geral (a denominada «*rule of reason*» ou regra da razoabilidade) – sejam elas a necessidade de salvaguardar a coerência do regime fiscal ou evitar a diminuição de receitas fiscais –, devendo, em tal caso, não ser adequada a garantir a

realização do objetivo que prossegue e não ultrapassar o necessário para atingir esse objetivo, respeitando um princípio de proporcionalidade.

22. Relativamente ao primeiro requisito alternativo, a situação pela qual uma sociedade portuguesa distribui dividendos a um OIC residente em Portugal é objectiva e inequivocamente comparável à situação em que o OIC é residente na Alemanha.
23. Quanto ao segundo requisito alternativo, a Requerente entende não se verificar qualquer razão imperativa de interesse geral susceptível de justificar o tratamento discriminatório provocado pelo art. 22º, 1, 3 e 10 do EBF e a consequente restrição ao exercício da liberdade europeia de circulação de capitais.
24. Deduz a Requerente que não existem quaisquer argumentos que possam justificar o tratamento discriminatório operado, pelo que um tal regime comporta uma restrição injustificada à livre circulação de capitais, contrária aos arts. 63º do TFUE e 8º, 4 da CRP.
25. Conclui que os actos tributários e decisório *sub judice* padecem de erro sobre os pressupostos de direito, na medida em que foram emitidos ao abrigo de legislação nacional contrária ao Direito da União Europeia, em clara violação do princípio do primado consagrado no art. 8º, 4 da CRP, pelo que requer que se declare tais actos ilegais, e sejam anulados, nos termos do art. 163º do CPA.
26. E remete para o veredicto do TJUE no processo que correu termos sob o n.º C-545/19 (AllianzGI-Fonds AEVN), no qual o TJUE se pronunciou sobre o regime português de tributação de dividendos auferidos por OIC – para concluir que a questão material controvertida se mostra integralmente resolvida por aquela instância comunitária.
27. Tratar-se-ia, assim, de uma violação do princípio da livre circulação de capitais previsto no artigo 63º do TFUE e, consequentemente, do princípio do primado do Direito da União Europeia, consagrado no artigo 8º, 4, da CRP, e que tem por consequência a não aplicação de Direito interno que seja contrário ao Direito da União Europeia.
28. A Requerente lembra que, na decisão AllianzGI-Fonds AEVN, C-545/19, o TJUE estabeleceu 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”.

29. Logo, a decisão do TJUE determina que o regime previsto nos arts. 94º, 1, c), 94º, 3, b), 94º, 4 e 87º, 4, todos do CIRC, não é compatível com o princípio da livre circulação de capitais – implicando a ilegalidade de tal regime, dado o primado do direito da União.
30. A Requerente lembra que foi o modo de concepção da isenção de IRC que determinou essa discriminação: no Regime Geral dos OIC (Lei n.º 16/2015, alterada pelo Decreto-Lei n.º 124/2015, de 7 de Julho), a constituição de um fundo de investimento de acordo com a ordem jurídica nacional implica a sua residência em Portugal, estando, assim, vedada a possibilidade de um OIC residente noutro Estado-Membro da UE beneficiar da norma de isenção prevista no artigo 22.º do EBF: daí que, nos casos de distribuição de dividendos por parte de sociedades residentes em Portugal a OIC não constituídos ao abrigo da lei portuguesa, os rendimentos obtidos em Portugal estivessem sujeitos a retenção na fonte liberatória a uma taxa de 25%.
31. Foi esse regime que o TJUE declarou ser incompatível com o art. 63º do TFUE, dado aquele regime redundar num tratamento desfavorável dos dividendos pagos aos OIC não residentes – em situações objectivamente comparáveis (como é o caso, sendo a única diferença a que resulta da própria discriminação), e sem que possa descortinar-se uma razão imperiosa, de interesse geral, para uma tal discriminação (tendo o TJUE afastado alegações sobre a necessidade de preservação da coerência do regime fiscal).
32. Resulta, assim, da citada jurisprudência que a legislação fiscal portuguesa – mormente, o art. 22º, 1, 3 e 10 do EBF – consubstancia um tratamento efectivamente discriminatório de OIC em função do lugar da sua residência fiscal, não justificável à luz da liberdade europeia da livre circulação de capitais.
33. Lembra também a Requerente que o Direito da UE prevalece sobre o direito ordinário nacional, quer esteja em causa legislação adoptada anteriormente, quer estejam em causa actos legislativos, ou outros – e que um corolário é a não-aplicação das disposições internas contrárias ao Direito da União, bem como a proibição da introdução de disposições de Direito Interno contrárias a esse Direito da UE, constituindo erros de direito ambas as possibilidades.

-
34. Conclui que se impõe a anulação dos actos de retenção na fonte sindicados, assim como do indeferimento tácito da reclamação graciosa que se lhes referiu; peticionando a restituição do imposto indevidamente suportado, acrescido dos juros indemnizatórios legalmente devidos, nos termos do art. 43º da LGT, já que entende ter existido erro imputável aos serviços, nos termos conjugados dos arts. 43º, 1 da LGT e 61º, 5 do CPPT.
35. Na resposta à “questão prévia” suscitada na resposta da Requerida, e que constitui uma excepção peremptória, a Requerente, em requerimento de 17 de Junho de 2024, estranha a correlação que a Requerida terá tentado estabelecer entre o regime da transparência fiscal previsto no art. 6º do CIRC e o acesso ao benefício fiscal consagrado art. 22º do EBF – lembrando que, nos termos expressos do art. 22º, 1 do EBF, o acesso ao benefício fiscal está aberto a fundos e sociedades de investimento mobiliário ou imobiliário, sem qualquer alusão a “entidades transparentes”.
36. Por outro lado, faz notar que não somente o encargo do imposto foi integralmente suportado pelo Fundo, como ainda o Fundo é um OIC com residência fiscal na Alemanha, sendo aí sujeito (e não isento) a tributação em sede de “imposto sobre o rendimento das sociedades”. Reiterando que, sendo o Fundo um OIC constituído nos termos da legislação alemã, é uma entidade equiparada a um OIC residente em qualquer Estado-membro da União Europeia, nos termos da Directiva 2011/61/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2011, e, por maioria de razão, uma entidade equiparada a um OIC residente em Portugal.
37. Em alegações, a Requerente reitera e recapitula factos e argumentos já contidos no pedido de pronúncia, acrescentando-lhes apenas uma referência à uniformização de jurisprudência operada pelo Acórdão nº 7/2024 do STA.

III. B. Posição da Requerida

1. Na sua resposta, a Requerida começa por colocar uma questão prévia, relativa ao cumprimento, pelo Fundo gerido pela Requerente, de requisitos de transparência que o tornem equiparável aos OIC portugueses ou que sejam conformes à lei portuguesa, tornando inaplicável o art. 22º do EBF.

2. Por impugnação, alega que a Requerente não ofereceu a prova com que ficou onerada, dadas as suas pretensões – uma necessidade de prova agravada, no seu entender, pela circunstância de o OIC ser um Fundo não residente para efeitos fiscais em Portugal, sem qualquer estabelecimento estável.
3. Quanto às alegações de discriminação, a Requerida assinala que são admissíveis diferenças de regime resultantes de diferenças objectivas que emergem no plano internacional, travando a comparabilidade de situações – como ficou consignado, no plano europeu, pelos Acórdãos Schumacher (processo C-279/03) e Truck Center (C-282/07). Além disso, chama a atenção para os Acórdãos Bachman (C-204/90) e Comissão/Bélgica (C-300/90), que introduziram a possibilidade de tratamento discriminatório de entidades não residentes assente na invocação de razões de interesse geral e de preservação da coerência do sistema fiscal nacional.
4. A Requerida assinala também que a argumentação expendida no PPA omite um aspecto essencial: o “alívio” tributário dos OIC residentes, consignado no art. 22º do EBF, é compensado com a deslocação da tributação para o Imposto de Selo, sendo que essa tributação não abrange os não-residentes.
5. E ainda que omite a possibilidade de tributação autónoma dos dividendos recebidos pelos OIC residentes, por conjugação do art. 22º do EBF com o art. 88º, 11 do CIRC – tributação autónoma que não abrange os OIC não-residentes – sendo que os OIC residentes podem, por conjugação de IRC e IS, pagar mais do que 23% do valor bruto dos dividendos, o que excede os 15% da taxa de retenção na fonte que onera os OIC não-residentes.
6. Logo, no entender da Requerida, a comparação directa de situações seria redutora, e insuficiente para extrair conclusões, atendendo apenas ao imposto retido na fonte e abstraindo de outras imposições susceptíveis de onerar fiscalmente os dividendos.
7. Especificamente, a Requerida sustenta que a Requerente alega, mas não prova, a não-aplicação, ao seu caso, de um crédito de imposto por dupla tributação internacional, tanto na esfera do Fundo gerido pela Requerente como na esfera dos investidores: neste caso, sendo os rendimentos do OIC tributados na esfera dos investidores, por distribuição ou imputação, fica-se sem saber se o direito ao crédito de imposto é transferido para os investidores proporcionalmente aos rendimentos distribuídos ou imputados anualmente.

8. Lembra a Requerida que a isenção de imposto sobre o rendimento, de que beneficie o OIC, não colide com o direito ao crédito do imposto dos titulares das unidades de participação. Caso o direito ao crédito do imposto não possa ser exercido, por os participantes não estarem sujeitos ou, estando sujeitos, estarem isentos de imposto sobre o rendimento, cabe a estes - e não aos fundos transparentes -, em sede de reclamação ou impugnação, invocar e provar os pressupostos de violação do princípio da não discriminação.
9. A Requerida acrescenta que se encontra vinculada à legalidade e que não lhe cabe a sindicância das normas que a vinculam, nomeadamente em termos de compatibilização com o direito da UE e com a primazia deste.
10. E ainda lembra que o TJUE tem sucessivamente acolhido e sublinhado o valor enumerativo e indicativo, mas não exaustivo, da Directiva nº 88/361/CEE, incluindo o respectivo Anexo I, nomeadamente o número IV, onde se subsumem ao conceito uma vasta constelação de operações e transacções transfronteiriças sobre certificados de participação em OIC.
11. A Requerida chama ainda a atenção para o art. 65º do TFUE, que estabelece ressalvas à aplicação directa e incondicionada do art. 63º.
12. A Requerida contesta ainda a ideia de que as decisões do TJUE são sempre claras, precisas e inequívocas e susceptíveis de aplicação universal, para fora do âmbito dos casos concretos que são submetidos ao TJUE, em termos de dispensar, para casos fora do contexto específico das decisões jurisprudenciais, a verificação, em concreto, dos requisitos invocados – nomeadamente, da existência de discriminação efectiva entre OICs em função da sua residência.
13. A esse respeito, lembra que a comparação não pode esgotar-se no art. 22º do EBF – novamente sublinhando as implicações da tributação autónoma e da tributação em IS que podem caber aos rendimentos provenientes de dividendos; sendo que só uma visão global da carga fiscal incidente sobre a actividade dos OIC permitirá inferências justas.
14. Sem isso, alega, há uma mera aparência de discriminação na forma de tributar os dividendos, centrada na isenção de retenção na fonte, em detrimento de outros factores de ponderação tanto ou mais importantes.

15. Reitera que não pode concluir-se que o regime fiscal dos OIC – que não se contém em exclusivo no art. 22º do EBF – esteja em desconformidade com as obrigações que decorrem do art. 63º do TFUE.
16. Quanto ao pedido de juros indemnizatórios, logo no início da resposta a Requerida recusa que lhe possa ser assacado qualquer erro, até por não estar na sua disponibilidade afastar a sua vinculação à legalidade através de invocação de razões de inconstitucionalidade ou de desconformidade com o Direito da União.
17. Mas lembra que, a ser reconhecido à Requerente o direito a juros indemnizatórios, eles apenas serão devidos a contar de um ano após a apresentação do pedido de revisão, nos termos do art. 43º, 3, c) da LGT.

III. C. Fundamentação da decisão

III. C.1. Objecto e competência do Tribunal

1. A questão a decidir no presente processo é idêntica a outras sobre as quais a arbitragem do CAAD tem sido chamada a pronunciar-se, e reconduz-se a saber se o art. 63º do TFUE deve, ou não, ser interpretado no sentido de vedar que a legislação de um Estado-Membro imponha a retenção na fonte da tributação correspondente a juros e dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não-residente, ao passo que os juros e dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.
2. No caso, devemos apreciar a legalidade do indeferimento tácito da reclamação graciosa apresentada pela Requerente, e, mediatamente, a legalidade das liquidações de IRC, por retenção na fonte, que incidiram sobre os juros e dividendos de fonte portuguesa auferidos pelo Fundo gerido pela Requerente em 2021 e 2022, para efeitos de se saber se deve seguir-se a restituição do imposto retido, acrescido de juros indemnizatórios.
3. Tem-se entendido que os tribunais arbitrais têm competência (art. 2º do RJAT) para a apreciação de casos de indeferimento tácito: e isto porque, se o indeferimento tácito ocorre numa reclamação graciosa que tem por objecto actos de liquidação, o meio processual

idóneo para a sua impugnação contenciosa é tanto o processo de impugnação judicial (art. 97º, 1, d) e p) do CPPT) como o processo arbitral, que se apresenta como alternativo à impugnação judicial.

4. É a posição de Jorge Lopes de Sousa, quando observa que o art. 2º, 1, a), do RJAT abrangerá “*também os casos em que o ato de segundo grau é o indeferimento de pedido de revisão oficiosa de ato tributário, pois não se vê qualquer razão para restringir*”; e, paralelamente, apesar de o art. 2º, 1 do RJAT se referir à “*declaração de ilegalidade de atos*”, ele deve ser interpretado como integrando a declaração de ilegalidade de indeferimentos tácitos, na medida em que o artigo 10º, 1, do RJAT se refere aos factos previstos no art. 102º, 1 e 2, do CPPT, sendo que a formação de presunção de indeferimento tácito vem indicada na alínea d) do n.º 1 do referido artigo 102º¹.
5. É uma posição doutrinal que a jurisprudência arbitral tem seguido, tendo-se já por pacífica.

III. C.2. O art. 22º do EBF

6. No centro da questão a apreciar situa-se o artigo 22.º do EBF: o n.º 1 desse artigo 22.º do EBF dispõe que “*são tributados em IRC, nos termos previstos neste artigo, os fundos de investimento mobiliário, fundos de investimento imobiliário, sociedades de investimento mobiliário e sociedades de investimento imobiliário que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional*”, excluindo, portanto, do âmbito do regime aí previsto os OIC como o Fundo gerido pela Requerente, que não foram constituídos de acordo com a legislação nacional.
7. O art. 22.º do EBF estabelece um regime consideravelmente mais favorável do que o regime geral de tributação em IRC, visto que, nos termos do seu n.º 3, não considera os rendimentos referidos nos artigos 5.º, 8.º e 10.º do CIRS (juros, dividendos, rendas, mais-valias) para efeitos do apuramento do lucro tributável – excepto quando esses rendimentos provenham

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

de entidades com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável, constante de lista aprovada em portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças –, os gastos ligados àqueles rendimentos ou previstos no artigo 23.º-A do CIRC, bem como os rendimentos, incluindo os descontos, e gastos relativos a comissões de gestão e outras comissões que revertam para as entidades referidas no n.º 1, e a isenção de derramas, estadual e municipal.

8. O n.º10 do mesmo artigo dispensa as empresas que distribuem dividendos aos OIC da obrigação de reter e de entregar esse imposto à Fazenda Pública.
9. Importa saber se a retenção na fonte em IRC sobre os dividendos distribuídos, por sociedades residentes em Portugal, a OIC estabelecidos noutros Estados-Membros da União Europeia (no caso, a Alemanha) – ao mesmo tempo que se isenta de tributação a distribuição de dividendos a OIC residentes em Portugal, e se sujeita os mesmos a tributação trimestral em IS, pela verba 29 da TGIS, e à eventual aplicação da tributação autónoma, designadamente a prevista no artigo 88º, 11 do CIRC – é conforme, ou não, com o art. 63º do TFUE.
10. Trata-se, em suma, de aferir da conformidade com este artigo, à data dos factos relevantes, das pertinentes normas do CIRC e do EBF respeitantes ao regime de tributação dos dividendos auferidos pela Requerente.

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

11. O art. 26º do TFUE estabelece uma conexão substantiva entre a criação do mercado interno e a liberdade de circulação de capitais, elevada esta, pelo art. 63º do TFUE, ao estatuto de liberdade fundamental do mercado interno, dotada de relevância constitucional no âmbito do Direito da União Europeia.
12. A mesma goza da primazia normativa sobre o direito interno dos Estados-Membros, cabendo aos tribunais nacionais, na sua qualidade de tribunais europeus em sentido amplo,

assegurar a *primazia de aplicação* do direito da União Europeia, desaplicando o direito nacional de sentido contrário.

13. A criação de um mercado interno supõe, por definição, a gradual e efectiva abolição dos diferentes mercados nacionais, em favor de um único mercado interno, de forma a potenciar o crescimento económico à escala europeia, através da mais fácil disponibilização de capital.
14. O objectivo dos OIC, cujo enquadramento jurídico é definido pela Directiva 2009/65/CE, consiste em facilitar a participação dos investidores privados num mercado de valores mobiliários, idealmente integrado a nível da UE.
15. O TJUE desempenha uma função interpretativa decisiva, nomeadamente em sede de acções por incumprimento e de reenvios prejudiciais, devendo os tribunais nacionais conformar-se com o entendimento sobre as normas dos Tratados que venha a ser vertido na jurisprudência daquele tribunal, sob pena de incumprimento do direito da União Europeia e de responsabilidade por parte do Estado-Membro.
16. A liberdade de circulação de capitais consagrada no art. 63º do TFUE implica a proibição de discriminação entre capitais de um dado Estado-Membro, e capitais provenientes de fora.
17. Trata-se de uma norma directamente aplicável aos Estados-Membros, que devem abster-se de restringir o seu alcance por via legislativa, administrativa ou jurisdicional, embora isso não impeça os Estados-Membros de regularem em alguma medida a circulação de capitais, desde que o façam em termos compatíveis com o direito da União Europeia.
18. A autonomia fiscal permite aos Estados-Membros regularem soberanamente as condições de tributação aplicáveis, desde que o tratamento das situações transfronteiriças não seja discriminatório em comparação com o das situações nacionais.
19. Não obstante a fiscalidade directa ser da competência dos Estados-Membros, o respectivo regime jurídico deve respeitar o direito da União Europeia, sem qualquer discriminação em razão da nacionalidade ou da residência.
20. O TJUE tem sustentado que a existência de meras “divergências” entre os sistemas fiscais nacionais não é suficiente para declarar a existência de uma tal restrição.

21. Na ausência de harmonização no plano da União Europeia, as desvantagens que podem resultar do exercício paralelo de competências dos diferentes Estados-Membros, desde que o exercício não seja discriminatório, não constituem restrições às liberdades de circulação.
22. Um dos domínios do âmbito e do programa normativo da liberdade de circulação de capitais do art. 63º do TFUE diz especificamente respeito ao tratamento fiscal dos movimentos de capitais.
23. A densificação do âmbito normativo da liberdade de circulação de capitais tem sido levada a cabo pelo TJUE, acolhendo e sublinhando o valor enumerativo, mas não exaustivo, da Directiva n.º 88/361/CEE, de 24 de Junho de 1988, incluindo o respectivo Anexo I número IV, no qual se integra, no conceito de liberdade de circulação, um amplo conjunto de operações e transacções transfronteiriças sobre certificados de participação em organismos de investimento colectivo, nas quais se incluem as que estão em causa nos presentes autos: razão pela qual a distribuição de juros e dividendos efectuados ao Fundo gerido pela Requerente por sociedades residentes em Portugal deve ser qualificada como movimento de capital, na acepção do art. 63º do TFUE e da própria Directiva 88/361/CEE.
24. Aproveitando a fundamentação da Decisão do Processo (CAAD) nº 505/2022-T, de 9 de Março de 2023, esclareçamos que a questão do tratamento fiscal da distribuição de dividendos tem ocupado um lugar central na jurisprudência europeia, incluindo não apenas o TJUE, mas também o Tribunal EFTA².
25. Este último órgão, no caso *Focus Bank*, e o TJUE, em casos como, entre outros, *ACT GLO*, *Denkavit*, *Amurta*, *Truck Center*, *Aberdeen Property*, *Comissão v. Países Baixos*, *Comissão v. Portugal*, *Santander Asset Management* e *Sofina SA*, a despeito das diferenças factuais e jurídicas nas respectivas decisões, apontam globalmente no sentido de dever considerar-se que o tratamento fiscal diferenciado de residentes e não-residentes – por exemplo imputando aos investidores residentes um crédito de imposto e sujeitando as entidades não-residentes a retenção de imposto sem imputação; retendo imposto sobre dividendos pagos a não-residentes e não retendo no caso de dividendos pagos a residentes – configura, em

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

princípio, uma violação da liberdade de circulação de capitais, e nalguns casos também da liberdade de estabelecimento, pondo em causa o funcionamento do mercado interno.

26. Confirmando a existência de uma área apreciável de divergências interpretativas neste domínio, as conclusões da Advogada Geral (AG) Kokott, recentemente apresentadas a propósito de um reenvio prejudicial apresentado num processo arbitral do CAAD (Processo n.º 93/2019-T), envolvendo o regime fiscal também em causa no presente processo, vieram sustentar uma leitura menos “formalista” do art. 63.º do TFUE, reconhecendo uma maior amplitude aos Estados-Membros na conformação do regime fiscal dos OIC residentes e não-residentes, concluindo que esse artigo não se opõe à aplicação de retenção na fonte aos dividendos distribuídos por uma sociedade residente, quando esses dividendos sejam distribuídos a um OIC não-residente que não esteja sujeito ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas no seu Estado de residência.

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

27. Os argumentos sustentados pela AT foram rebatidos na decisão do Processo (CAAD) n.º 166/2021-T, tendo sido posteriormente rejeitados pelo TJUE, na sua decisão do caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, de 17 de Março de 2022 (Processo n.º C-545/19), que entendeu que

“o artigo 63.º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro por força da qual os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um organismo de investimento coletivo (OIC) não residente são objeto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.”

28. Como esta decisão considerou expressamente o regime fiscal em causa no presente processo, e estando os tribunais nacionais juridicamente obrigados a seguir a jurisprudência do TJUE, impõe-se seguir a sua argumentação, e é o que faremos a partir daqui.
29. No caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, o TJUE reiterou o seu entendimento de que, embora não

estejam sempre numa situação comparável, residentes e não-residentes são colocados nessa posição a partir do momento em que um Estado-Membro, unilateralmente ou por convenção, opte por tributar os accionistas ou obrigacionistas não-residentes de maneira menos favorável do que os residentes, relativamente aos juros e dividendos que uns e outros recebam de sociedades residentes.

30. Especialmente relevante, em sede das liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais – a liberdade que o TJUE entendeu ser pertinente neste caso –, é o facto de o tratamento fiscal menos favorável dos não-residentes os dissuadir, na qualidade de accionistas ou obrigacionistas, de investirem no Estado da residência das empresas pagadoras de juros e distribuidoras de dividendos, e constituir, igualmente, um obstáculo à obtenção de capital no exterior, por parte dessas empresas.
31. Para o TJUE, é significativo o facto de que a isenção fiscal prevista pela legislação nacional em causa 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.
32. No entender do TJUE, ao proceder a uma retenção na fonte sobre os dividendos pagos aos OIC não-residentes e ao reservar aos OIC residentes a possibilidade de obter a isenção dessa retenção na fonte, a legislação nacional em causa procede a um tratamento desfavorável dos dividendos pagos aos OIC não-residentes, susceptível de dissuadir, por um lado, os OIC não-residentes de investirem em sociedades estabelecidas em Portugal, e, por outro, os investidores residentes em Portugal de adquirirem participações sociais em OIC, constituindo, por conseguinte, uma restrição à livre circulação de capitais – proibida, em princípio, pelo art. 63º do TFUE.
33. No entendimento do TJUE, o facto de o art. 65º, 1, a) do TFUE estabelecer que o disposto no art. 63º do TFUE não prejudica o direito de os Estados-Membros aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação, no que se refere ao seu lugar de residência, ou ao lugar em que o seu capital é investido, não isenta um Estado-Membro de cumprir as suas obrigações jurídicas decorrentes das liberdades fundamentais do mercado

interno, nem o exonera pela simples circunstância de esse Estado poder pensar que outro Estado-Membro se encarregará de compensar, de alguma maneira, o tratamento desfavorável gerado pela sua própria legislação³.

34. É entendimento do TJUE, portanto, que as liberdades de circulação de capitais e de estabelecimento requerem a igualdade de tratamento fiscal dos juros e dividendos pagos a residentes e não-residentes pelo Estado-Membro anfitrião, no caso de ambos estarem sujeitos a tributação de tais rendimentos.
35. O TJUE tem sustentado que, quando se trata de interpretar e aplicar as liberdades fundamentais do mercado interno, prevalece o entendimento segundo o qual a liberdade é a regra, e as restrições à liberdade são a exceção: pelo que o art. 65º, 1, a) do TFUE, enquanto derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, é de interpretação estrita.
36. Por conseguinte, não pode ser interpretada no sentido de que qualquer legislação fiscal que comporte uma distinção entre contribuintes, em função do lugar em que residam, ou do Estado-Membro onde invistam os seus capitais, é automaticamente compatível com o TFUE.
37. Com efeito, a derrogação prevista no art. 65º, 1, a) do TFUE é, ela própria, limitada pelo disposto no nº 3 do mesmo artigo, que prevê que as disposições nacionais a que se refere o nº 1 desse artigo não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos: ou seja, as restrições têm como limite a garantia da própria liberdade de circulação de capitais⁴.
38. No entender do TJUE, na decisão *AllianzGI-Fonds AEVN*, há que distinguir as diferenças de tratamento permitidas pelo art. 65º, 1, a) do TFUE, das discriminações proibidas pelo nº 3 do mesmo artigo.
39. Para que o regime fiscal nacional possa ser considerado compatível com as disposições do TFUE relativas à livre circulação de capitais, é necessário que a diferença de tratamento daí

³ Case E – 1/04, *Focus Bank ASA v. The Norwegian State*, 23.11.2004.

⁴ C-358/93, C-416/93, *Bordessa*, 23-02-1995.

decorrente diga respeito a situações que não sejam objectivamente comparáveis, ou que ela se justifique por uma razão imperiosa de interesse geral.

40. Sobre a questão de saber se a situação dos fundos de investimento residentes e não residentes em Portugal é objetivamente comparável, o TJUE, depois de ponderados os argumentos do Estado Português (em tudo idênticos aos aqui expostos pela AT), reiterou o seu entendimento segundo o qual, a partir do momento em que um Estado, de modo unilateral ou por via convencional, sujeita ao imposto sobre o rendimento não só os contribuintes residentes mas também os contribuintes não-residentes, relativamente aos juros ou dividendos que auferem de uma sociedade residente, a situação dos referidos contribuintes não-residentes se assemelha à dos contribuintes residentes.
41. No caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, o TJUE considerou que a legislação nacional em causa no processo principal – o mesmo regime fiscal aqui em análise – não se limita a prever diferentes modalidades de cobrança de imposto em função do local de residência do OIC beneficiário de juros e dividendos de origem nacional, mas prevê, na realidade, uma tributação sistemática dos referidos rendimentos que onera apenas os OIC não-residentes.
42. Por exemplo, no que respeita ao IS, o TJUE entendeu serem decisivos o facto de, por um lado, a sua matéria colectável ser constituída pelo valor líquido contabilístico dos OIC, sendo esse IS um imposto sobre o património, que não pode ser equiparado a um imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas; e, por outro lado, a legislação fiscal portuguesa distinguir, no caso dos OIC residentes, entre o rendimento do capital acumulado e o que é imediatamente redistribuído, apenas o primeiro sendo englobado na matéria colectável do referido Imposto do Selo.
43. Com efeito, observa o TJUE, mesmo considerando que esse mesmo IS possa ser equiparado a um imposto sobre os juros ou dividendos, um OIC residente pode escapar a tal tributação procedendo ao seu pagamento ou distribuição imediatos, ao passo que esta possibilidade não está aberta a um OIC não-residente.
44. Quanto ao imposto específico previsto no art. 88º, 11 do CIRC, o TJUE, na decisão do caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, considerou significativo o facto de este imposto só incidir sobre os

dividendos recebidos por OIC residentes quando as partes sociais a que respeitam os lucros não tenham permanecido na titularidade do mesmo sujeito passivo, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à data da sua colocação à disposição, e não venham a ser mantidas durante o tempo necessário para completar esse período.

45. Assim, o imposto previsto pela referida disposição só incide sobre os dividendos de origem nacional recebidos por um OIC residente em casos limitados, pelo que não pode ser equiparado ao imposto geral de que são objecto os dividendos de origem nacional recebidos pelos OIC não-residentes.
46. Por conseguinte, a circunstância de os OIC não-residentes não estarem sujeitos ao IS e ao imposto específico previsto no art. 88º, 11 do CIRC não os coloca numa situação objectivamente diferente da situação dos OIC residentes, no que se refere à tributação dos dividendos de origem portuguesa.
47. Quanto à alegada necessidade de ter em conta a situação dos detentores de participações sociais, o TJUE, na decisão do caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, entendeu que a comparabilidade de uma situação transfronteiriça com uma situação interna do Estado-Membro em causa deve ser examinada tendo em conta o objectivo prosseguido pelas disposições nacionais controvertidas.
48. No caso em apreço, no que diz respeito ao objecto, ao conteúdo e ao objectivo do regime português em matéria de tributação dos dividendos, seja ao nível dos próprios OIC ou dos seus detentores de participações sociais, o TJUE entendeu que o referido regime foi concebido numa lógica de “tributação à saída”, ou seja, os OIC que são constituídos e operam de acordo com a legislação portuguesa estão isentos do imposto sobre o rendimento, sendo o encargo que este último representa transferido para os detentores de participações sociais que têm a qualidade de residentes, estando dele isentos os detentores de participações sociais não-residentes.
49. Para o TJUE, se se concluir que o regime português em matéria de tributação dos dividendos visa transferir essa tributação para a esfera dos detentores de participações sociais dos OIC, no intuito de não renunciar pura e simplesmente à tributação dos dividendos distribuídos

por sociedades residentes em Portugal, deve entender-se que, se o objectivo da legislação nacional em causa é comprovadamente o de deslocar o nível de tributação do veículo de investimento para o accionista desse veículo, são, em princípio, as condições materiais do poder de tributação sobre os rendimentos dos accionistas que devem ser consideradas determinantes, e não a técnica de tributação utilizada.

50. O Fundo gerido pela Requerente, residente na Alemanha, pode ter investidores estrangeiros, incluindo portugueses, e os fundos fiscalmente residentes em Portugal podem ter investidores estrangeiros, incluindo alemães.
51. A presente acção não foi intentada pelos investidores, nem os mesmos são partes nela, nem é lícito chamar à colação a posição dos referidos investidores.
52. Por seu lado, o art. 22º do EBF não estabelece nenhuma ligação entre o tratamento fiscal dos juros ou dividendos de origem nacional recebidos pelos OIC, residentes ou não residentes, e a situação fiscal dos seus detentores de participações.
53. Da mesma forma, a AT não afere da posição dos investidores em OIC residentes para efeitos fiscais em Portugal, para reconhecer a estes o regime fiscal previsto no art. 22º do EBF.
54. Seria administrativamente impraticável, excessivamente oneroso, proceder-se a uma determinação caso a caso, totalmente particularizada, para cada OIC não-residente, ou investidor individual, com o único fito de aumentar as receitas tributárias dos Estados-Membros.
55. Tanto os fundos residentes em Portugal, como os não-residentes, podem ter titulares institucionais e individuais de todos os Estados da União Europeia e de terceiros Estados.
56. Será, portanto, administrativamente praticável, e muito menos oneroso, circunscrever a análise ao nível da situação fiscal dos fundos residentes e não-residentes a quem são pagos juros ou distribuídos dividendos, obtendo-se a informação relevante numa única determinação, sem necessidade de particularizar as situações de benefício económico último.
57. Por outras palavras: considerando que o único critério de distinção estabelecido pela legislação nacional se baseia no lugar de residência dos OIC, sujeitando apenas os

organismos não-residentes a uma retenção na fonte dos rendimentos de capital que recebem, o que deve relevar é o impacto directo que as normas tributárias têm na actividade dos fundos, e não na situação fiscal dos investidores individualmente considerados. Estes não têm necessariamente a mesma nacionalidade dos fundos, o que deve ser considerado normal, até porque os investimentos transfronteiriços são um dos objectivos do mercado interno e da liberdade de circulação de capitais no âmbito da União Europeia.

58. Em suma, o rastreamento de investidores individuais espalhados por todo o mundo, e a aplicação de um conjunto diferente de regras a cada um deles, dependendo de seu país de domicílio, apresentaria uma situação impraticável para os tribunais que, no futuro, fossem chamados a analisar a conformidade da legislação fiscal nacional em causa com as liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais.
59. Regressando ao plano dos Fundos: a situação de um OIC residente que beneficia de uma distribuição de dividendos é comparável à de um OIC beneficiário não-residente, na medida em que, em ambos os casos, os lucros realizados podem, em princípio, ser objeto de dupla tributação económica ou de tributação em cadeia.
60. Por conseguinte, o critério de distinção a que se refere a legislação nacional em causa, que tem por critério o lugar de residência dos OIC, não permite concluir pela existência de uma diferença objectiva de situações entre os organismos residentes e os organismos não-residentes.
61. Logo, a diferença de tratamento entre os OIC residentes e os OIC não-residentes diz respeito a situações objetivamente comparáveis.
62. Por outro lado, como reconheceu o TJUE no caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, uma restrição à livre circulação de capitais pode ser admitida se se justificar por razões imperiosas de interesse geral, for adequada a garantir a realização do objectivo que prossegue e não for além do que é necessário para alcançar esse objectivo, sendo tais razões, por um lado, a necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional, e, por outro, a de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre Portugal e outro Estado-Membro da UE, como a Alemanha.

63. Quanto à primeira razão, sempre se poderia alegar que essa coerência só seria garantida se a entidade gestora do OIC não-residente operasse em Portugal através de um estabelecimento estável, de modo a que essa entidade pudesse concretizar as retenções na fonte necessárias junto dos detentores de participações sociais residentes, bem como, em certos casos excepcionais, orientados por considerações ligadas ao facto de evitar o planeamento fiscal, junto dos detentores de participações sociais não-residentes.
64. Contudo, para que um argumento baseado nessa justificação pudesse ser acolhido, seria necessário que estivesse demonstrada a existência de uma relação directa entre o benefício fiscal em causa e a compensação desse benefício por uma determinada imposição fiscal.
65. Ora, a garantia da coerência do sistema fiscal português também não pode ser invocada para justificar a diferenciação de regime da retenção, visto que a isenção da retenção na fonte dos juros e dividendos em benefício dos OIC residentes não está sujeita à condição de os rendimentos recebidos pelos organismos serem redistribuídos por estes, e de a sua tributação na esfera dos detentores de participações sociais permitir compensar a isenção da retenção na fonte; não se podendo, pois, falar de uma relação directa, na acepção da jurisprudência do TJUE, entre a isenção da retenção na fonte dos dividendos de origem nacional auferidos por um OIC residente e a tributação dos referidos dividendos enquanto rendimentos dos detentores de participações sociais nesse organismo.
66. No tocante ao objectivo de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre Portugal e outro Estado-Membro da UE, como a Alemanha, o mesmo só pode ser admitido quando o regime em causa vise prevenir comportamentos susceptíveis de comprometer o direito de um Estado-Membro exercer a sua competência fiscal em relação às actividades realizadas no seu próprio território; pelo que, se Portugal optou por não tributar os OIC residentes beneficiários de juros e 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.
67. A esta luz, o art. 63º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que estabeleça que os juros e dividendos distribuídos por

sociedades residentes a um OIC não-residente são objeto de retenção na fonte, ao passo que os juros e dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção – sendo esta a principal conclusão que, com firmeza, se alcança na decisão do TJUE no caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, de 17 de Março de 2022 (Processo n.º C-545/19).

III. C.5. A Uniformização de Jurisprudência: o Acórdão n.º 7/2024 do STA

68. Decidindo de um recurso por oposição entre acórdãos arbitrais, o STA, em Acórdão de 28 de Setembro de 2023, no âmbito do processo n.º 93/19.7BALS (publicado em 26 de Fevereiro de 2024), uniformizou a jurisprudência nos seguintes termos:

“Conclusões:

1 — 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 Organismos de Investimento Colectivo (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;

2 — O art.º.63, do TFUE, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado -Membro por força da qual os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não residente são objecto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção;

3 — A interpretação do art.º.63, do TFUE, acabada de mencionar é incompatível com o art.º.22, do E.B.F., na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13/01, 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.”

69. Acolhendo expressamente, pois, a orientação adoptada pelo TJUE na sua decisão do caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, de 17 de Março de 2022 (Processo n.º C-545/19), o STA remove,

deste modo, as últimas dúvidas que pudessem subsistir quanto à consagração jurisprudencial da referida orientação.

70. E isso não pode, evidentemente, deixar de repercutir-se no mérito da presente causa, e na decisão a que este Tribunal chega.

III. C.6. O direito aos juros indemnizatórios

71. A Requerente pede a restituição da quantia de € 242.012,24, relativa a retenções na fonte de IRC suportadas em Portugal sobre juros e dividendos distribuídos entre Junho de 2021 e Agosto de 2022, acrescida de juros indemnizatórios.

72. Dispõe o art. 24º, b) do RJAT que a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação vincula a AT a partir do termo do prazo previsto para o recurso ou impugnação, devendo esta, nos exactos termos da procedência da decisão arbitral a favor do sujeito passivo, e até ao termo do prazo previsto para a execução espontânea das sentenças dos tribunais judiciais tributários, *“restabelecer a situação que existiria se o ato tributário objeto da decisão arbitral não tivesse sido praticado, adotando os atos e operações necessários para o efeito”*, de acordo com o preceituado no artigo 100.º da LGT (aplicável por força do disposto no art. 29º, 1, a) do RJAT) que estabelece que *“a administração tributária está obrigada, em caso de procedência total ou parcial de reclamação, impugnação judicial ou recurso a favor do sujeito passivo, à imediata e plena reconstituição da legalidade do ato ou situação objeto do litígio, compreendendo o pagamento de juros indemnizatórios, se for caso disso, a partir do termo do prazo da execução da decisão”*.

73. É hoje consensual que os tribunais arbitrais abarcam nas suas competências os poderes que, em processo de impugnação judicial, são atribuídos aos tribunais tributários, até porque o processo arbitral foi desenhado como um meio processual alternativo ao processo de impugnação judicial e à acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo em matéria tributária. Por sua vez, o processo de impugnação admite a condenação da AT

no pagamento de juros indemnizatórios, como resulta do teor do art. 43.º, 1 da LGT, em que se dispõe que “*são devidos juros indemnizatórios quando se determine, em reclamação graciosa ou impugnação judicial, que houve erro imputável aos serviços de que resulte pagamento da dívida tributária em montante superior ao legalmente devido*”, e do art. 61º, 4 do CPPT, que estabelece que “*se a decisão que reconheceu o direito a juros indemnizatórios for judicial, o prazo de pagamento conta-se a partir do início do prazo da sua execução espontânea*”.

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

79. Estamos assim, neste caso, perante uma actuação por parte da AT que se traduz num “erro imputável aos serviços”, para efeitos da aplicação art. 43º da LGT. Atendendo ao estabelecido no art. 61º do CPPT, a Requerente tem direito a juros indemnizatórios à taxa legal, contados desde a data do indeferimento tácito da reclamação graciosa (momento em que se consuma o “erro imputável aos serviços”) até à data do processamento da respectiva nota de crédito, em que são incluídos.
80. Lembremos que a Requerente apresentou, não um pedido de revisão oficiosa, mas uma reclamação graciosa, e que foi ela que se presumiu indeferida, pelo que não se aplica aqui o regime especial do art. 43º, 3, c) da LGT.
81. Foram conhecidas e apreciadas as questões relevantes submetidas à apreciação deste Tribunal, não o tendo sido aquelas cuja decisão ficou prejudicada pela solução dada a outras, ou cuja apreciação seria inútil – art. 608.º do CPC, *ex vi* art. 29º, 1, e) do RJAT.

IV. Decisão

Nos termos expostos, acordam neste Tribunal Arbitral em:

- a) Julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral, declarando a ilegalidade dos actos tributários de retenção na fonte ora sindicados, por erro nos pressupostos de direito, especificamente por violação da liberdade de circulação de capitais consagrada no artigo 63º do TFUE, e declarando a ilegalidade da decisão de indeferimento tácito da reclamação graciosa apresentada contra tais actos tributários;
- b) Condenar a Autoridade Tributária e Aduaneira à restituição da quantia de € 242.012,24 relativa a retenções na fonte de IRC suportadas em Portugal pelo Fundo gerido pela Requerente, sobre juros e dividendos distribuídos entre Junho de 2021 e Agosto de 2022;
- c) Condenar a Autoridade Tributária e Aduaneira no pagamento de juros indemnizatórios, à taxa legal, contados desde 14 de Novembro de 2023 até à data do processamento da respectiva nota de crédito, em que são incluídos;

d) Condenar a Autoridade Tributária e Aduaneira no pagamento das custas do processo.

V. Valor do processo

Fixa-se o valor do processo em € 242.012,24 (duzentos e quarenta e dois mil e doze euros e vinte e quatro cêntimos), nos termos do disposto no art.º 97.º-A do CPPT, aplicável *ex vi* art.º 29.º, n.º 1, alínea a), do RJAT e art.º 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processo de Arbitragem Tributária (RCPAT).

VI. Custas

Custas no montante de € 4.284,00 (quatro mil, duzentos e oitenta e quatro euros) a cargo da Requerida (cfr. Tabela I, do RCPAT e artigos 12.º, n.º 2 e 22.º, n.º 4, do RJAT).

Lisboa, 25 de Setembro de 2024

Os Árbitros

Fernando Araújo

Mariana Vargas

Jorge Bacelar Gouveia