

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 1175/2024-T

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

SUMÁRIO

O Estado Português, ao sujeitar a retenção na fonte em IRC os 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 dividendos a Organismos de Investimento Colectivo estabelecidos e domiciliados em Portugal, viola o artigo 63.º do TFUE.

DECISÃO ARBITRAL

I – Relatório

1. A... SICAV, organismo de investimento coletivo em valores mobiliários (“OIC”), constituído ao abrigo da lei do Luxemburgo, contribuinte fiscal português n.º ... e número de contribuinte fiscal luxemburguês ..., apresentou, no dia 30 de Outubro 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. O Requerente pediu a pronúncia arbitral sobre a ilegalidade do indeferimento tácito da reclamação graciosa apresentada em 8 de Abril de 2024, à qual foi atribuído o n.º ...2024..., relativa aos actos de retenção na fonte de IRC, referentes aos meses de Abril, Maio e Setembro de 2022, que incidiram sobre os dividendos por ele auferidos em território nacional, no montante total de € 103.517,12, tendo por objecto mediato a anulação das referidas liquidações, peticionando a restituição do imposto indevidamente retido, 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 9 de Janeiro de 2025; foi-o regularmente, e é materialmente competente.
7. Por Despacho de 9 de Janeiro de 2025, foi a AT notificada para, nos termos do art. 17º do RJAT, apresentar resposta.
8. A AT apresentou a sua Resposta em 12 de Fevereiro de 2025, juntamente com o processo administrativo e alguns outros documentos.
9. Por Despacho de 6 de Março de 2025, foi o Requerente notificado para se pronunciar sobre a “questão prévia” suscitada pela Requerida.
10. O Requerente pronunciou-se sobre essa “questão prévia” em Requerimento de 13 de Março de 2025, ao mesmo tempo que exerceu o contraditório relativamente à documentação anexada à Resposta da AT.
11. Por Despacho de 25 de Março de 2025, foi dispensada a realização da reunião prevista no art. 18º do RJAT, e convidadas as partes a apresentar alegações escritas.
12. Em sede de alegações, em 3 de Abril de 2025 o Requerente limitou-se a remeter para o teor do pedido de pronúncia. A Requerida não apresentou alegações.

13. O Tribunal Arbitral foi regularmente constituído e é competente, atenta a conformação do objecto do processo.
14. O pedido de pronúncia arbitral é tempestivo.
15. As Partes têm personalidade e capacidade judiciárias e têm legitimidade.
16. A AT procedeu à designação dos seus representantes nos autos e a Requerente juntou procuração, encontrando-se assim as Partes devidamente representadas.
17. O processo não enferma de nulidades.

II – Matéria de Facto

II. A. Factos provados

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

1. O Requerente é uma entidade constituída ao abrigo das leis do Grão-Ducado do Luxemburgo e com sede neste Estado-Membro da União Europeia (também para os efeitos da CDT Portugal / Luxemburgo), que reveste a forma de *Société d’Investissement à Capital Variable* (SICAV), constituído e a operar ao abrigo da *Loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif*, que transpõe para a ordem jurídica luxemburguesa a Directiva 2009/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, aí cumprindo exigências equivalentes às estabelecidas na legislação portuguesa pela Lei n.º 16/2015, de 24 de Fevereiro, que, em transposição da referida Directiva, regulava a actividade dos OIC à data dos factos.
2. O Requerente não dispõe de estabelecimento estável em Portugal.
3. O Requerente é administrado pela sociedade B... SÀRL, igualmente residente no Grão-Ducado do Luxemburgo. Ambos estão sujeitos à supervisão da *CSSF – Commission de Surveillance du Secteur Financier*.
4. O Requerente beneficia, no seu Estado de residência, de uma isenção em matéria de impostos sobre o rendimento, visto que, nos termos da *Loi du 17 décembre 2010*, “[s]em prejuízo da cobrança das taxas de registo, de transcrição e da aplicação da legislação nacional relativa ao imposto sobre o valor acrescentado, nenhum outro imposto é devido

pelos organismos de investimento coletivo localizados ou estabelecidos no Luxemburgo, na aceção da presente lei, para além da taxa de subscrição mencionada nos artigos 174 a 176º.

5. A isenção de impostos sobre o rendimento, de que o Requerente goza no Luxemburgo, obsta a que possa neutralizar, ou por via do reembolso, ou de um crédito de imposto, ou de qualquer outro mecanismo, a tributação sofrida em Portugal.
6. No exercício da sua actividade, o Requerente realiza investimentos e detém participações sociais em entidades consideradas residentes para efeitos fiscais em Portugal; e em 2022 o Requerente auferiu dividendos distribuídos por sociedades residentes em território português, especificamente pela C..., pela D... e pela E..., nos seguintes valores (em €):

Código ISIN	Entidade devedora	Data do pagamento	Rendimento bruto	Taxa	Retenção sofrida
PT[REDACTED]	C... S.A.	28.04.2022	2.751,96	25%	687,98
PT[REDACTED]	D... SGPS, S.A.	10.05.2022	168.291,25	25%	42.072,80
PT[REDACTED]	E... SGPS, S.A.	18.05.2022	275.150,36	25%	68.787,56
PT[REDACTED]	D... SGPS, S.A.	20.09.2022	243.920,56	25%	60.980,13
Total					172.528,47

7. Os dividendos foram sujeitos a tributação em Portugal em sede de IRC através de retenção na fonte liberatória, à taxa geral de 25% (art. 87.º, 4, do CIRC).
8. O custodiante dos títulos foi o F..., G..., e o subcustodiante foi o H... S.A., que através de uma sucursal procedeu à retenção na fonte e entrega do imposto, com as seguintes guias:

Guia	Período
[REDACTED]	Abril de 2022
	Mai de 2022
	Setembro de 2022

9. Nos termos do art. 98.º, 7 do CIRC, o Requerente submeteu um pedido de reembolso do IRC retido na fonte no montante de € 69.011,41, correspondente à diferença entre o imposto efectivamente retido e entregue à taxa geral de 25% e o imposto calculado à taxa de 15% prevista no art. 10.º, 2 da CDT Portugal / Luxemburgo (em €):

Base de incidência	690.114,13
Imposto retido na fonte à taxa de 25%	172.528,53
Imposto calculado à taxa de 15% prevista na CDT	103.517,12
Diferença (reembolso solicitado)	69.011,41

10. Em 8 de Abril de 2024 o Requerente apresentou Reclamação Graciosa, nos termos dos arts. 137.º, 3 do CIRC e 68.º e segs. e 132.º, 4 do CPPT, a peticionar a anulação integral dos actos de retenção na fonte de IRC no montante de € 172.528,47 (visto, à data, não ter ocorrido o peticionado reembolso parcial de € 69.011,41 solicitado ao abrigo da CDT) e a consequente restituição dessa importância, acrescida de juros indemnizatórios – com fundamento na desconformidade do art. 22.º, n.ºs 1, 3 e 10, do Estatuto dos Benefícios Fiscais, na redacção em vigor, e do art. 87.º, 4, do CIRC, com o princípio da liberdade de circulação de capitais consagrado com carácter *erga omnes* no artigo 63.º do TFUE.
11. A Reclamação Graciosa presumiu-se tacitamente indeferida em 8 de Agosto de 2024 (art. 57.º, 1 e 5, da LGT).
12. A 30 de Outubro de 2025, o Requerente apresentou o pedido de pronúncia que deu origem ao presente processo.

II. B. Matéria não-provada

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

II. C. Fundamentação da matéria de facto

1. Os factos elencados *supra* foram dados como provados com base nas posições assumidas pelas partes nos presentes autos e nos documentos juntos ao PPA.
2. Cabe ao Tribunal Arbitral seleccionar os factos relevantes para a decisão, em função da sua relevância jurídica, considerando as várias soluções plausíveis das questões de Direito, bem como discriminar a matéria provada e não provada (cfr. art. 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 do que precede, 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.

II. D. Sobre a “questão prévia” suscitada na Resposta da Requerida

1. Na sua Resposta, a Requerida suscita, como questão prévia, o facto de as guias de retenção na fonte apresentarem valores muito superiores ao reclamado, tornando impossível a confirmação do pedido.
2. Quando ao alegado pedido de reembolso da diferença entre o imposto retido (25%) e a taxa prevista na CDT Portugal / Luxemburgo (15%), €69.011,41, solicitando agora o reembolso da parte restante, €103.517,12, a Requerida começa por assinalar que os valores indicados pelo Requerente no Pedido de Pronúncia coincidem com os da Modelo 30 entregue pelo H... SA, NIF ..., relativa ao período tributário de 2022.

3. Mas que, em contrapartida, não foi apresentada pelo Requerente a declaração emitida pelo agente pagador em Portugal nos períodos relevantes, ou seja, pelo mesmo substituto tributário H... SA, NIF ..., atestando a data de distribuição dos dividendos, montante bruto dos dividendos distribuídos ao Requerente e imposto retido na fonte em Portugal, bem como o número da guia através da qual foi entregue o imposto retido junto dos cofres da Autoridade Tributária.
4. Em Requerimento de 13 de Março de 2025, o Requerente esclareceu que as guias de retenção na fonte apresentaram valores muito superiores ao reclamado porque elas se referem igualmente a outras entidades, e não somente ao Requerente.
5. Mas que é a própria Requerida que conclui estar sanada essa dificuldade, ao mencionar a coincidência de valores entre o Pedido de Pronúncia e a Modelo 30 entregue pelo H... SA – deixando incontroverso o montante retido e entregue de IRC.
6. Por outro lado, o Requerente alega que a documentação junta ao Pedido de Pronúncia é suficiente para tornar desnecessária uma declaração “*ad hoc*” elaborada pelo H... SA, relativa à data de distribuição dos dividendos à Requerente, ao montante bruto dos mesmos, ao valor do IRC retido na fonte e ainda ao número da guia de RF através da qual este imposto foi entregue.
7. Apreciando: o Tribunal, na fixação da matéria de facto provada, já assentou na existência, e nos valores, dos actos que a Requerida pretendia fossem objecto de uma nova declaração – pelo que se entende que esta declaração seria redundante, e desnecessária.

III. Sobre o Mérito da Causa

III. A. Posição do Requerente

1. O Requerente começa por fazer notar que se não fosse constituído e operasse de acordo com a legislação do Grão-Ducado do Luxemburgo, mas tivesse sido constituído e operasse de acordo com a legislação doméstica portuguesa em matéria de organismos de investimento coletivo em valores mobiliários, não teria sido sujeito a tributação sobre os rendimentos de capital (dividendos) obtidos em território nacional – um caso evidente de divergência no

tratamento fiscal entre contribuintes em função apenas da residência fiscal, como foi reconhecido na jurisprudência do TJUE.

2. Isso, sustenta o Requerente, afronta de forma injustificada a liberdade de circulação de capitais consagrada no artigo 63.º, 1 do TFUE.
3. Isto porque, nos termos do art. 22.º do EBF, um organismo de investimento colectivo não residente em Portugal será, por regra, tributado quanto aos rendimentos de capitais, designadamente dividendos, cuja fonte esteja situada em território português; enquanto que um organismo de investimento colectivo constituído e a operar à luz da legislação portuguesa, um OIC residente, não estará sujeito a tributação quanto aos mesmos tipos de rendimentos.
4. Confrontado com essa questão, o TJUE concluiu, no acórdão *AllianzGI Fonds AEVN* (17 de Março de 2022, Proc. n.º C-545/19), que o art. 63.º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que determine que os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não-residente sejam objecto de retenção na fonte, mas não o sejam os dividendos distribuídos a um OIC residente.
5. E em 28 de Setembro de 2023 o STA proferiu um acórdão de uniformização de jurisprudência (Proc. n.º 093/19.7BALS):

“I - 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 Coletivo (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. II - 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 objeto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção. III - 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 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”

6. Enfatizando as consequências jurídicas do primado do Direito da União, o Requerente assinala que existe uma abundante jurisprudência, tanto judicial como arbitral, consagrando esse mesmo entendimento, de que é contrária à liberdade de circulação de capitais essa

8.

discriminação entre OICs residentes e não-residentes, assente exclusivamente no critério da residência- desde logo porque dissuade, ou simplesmente torna menos atractivos, os investimentos de não-residentes num Estado-Membro, ou os investimentos de residentes noutros Estados-Membros.

7. O Requerente lembra também que a jurisprudência do TJUE interpreta de forma restritiva a possível derrogação à liberdade de circulação de capitais contida no art. 65.º do TFUE, limitando-as a situações de incomparabilidade objectiva ou a razões imperiosas de interesse geral (sem excluir os argumentos adicionais de preservação da coesão da tributação, e de repartição equilibrada de poder tributária entre Estados-Membros).
8. O Requerente é um OIC que, no Luxemburgo, está sujeito a um regime jurídico que está harmonizado no seio da União Europeia, o que, por si, é indiciador de comparabilidade objectiva com os OICs residentes em Portugal – em especial se estão em causa rendimentos, num caso e noutro, rendimentos do mesmo tipo, e todos eles obtidos em Portugal.
9. Não sendo essa comparabilidade afectada pelo regime – de isenção, ou de não-isenção – que se aplique, nos seus países de residência, aos OICs não-residentes em Portugal. Sendo que, no caso, estando o Requerente isento de tributação, no Luxemburgo, relativamente ao rendimento que aí obtém, a discriminação que sofra em Portugal não pode ser neutralizada no Luxemburgo.
10. E o Requerente faz notar que nem a atenuação da tributação para 15%, por força da aplicação da CDT Portugal / Luxemburgo faz desaparecer, por óbvio, o problema da injustificada discriminação entre residentes e não-residentes – porque, em tese geral, a existência de benefícios fiscais não elimina o problema da afronta a princípios básicos, como o é o da liberdade de circulação de capitais.
11. Por outro lado, o Requerente afasta a hipótese de verificação, no caso, de razões imperiosas de interesse geral que pudessem justificar a derrogação dessa liberdade, por via do art. 65.º do TFUE – não estando em causa a possibilidade de os OICs não-residentes explorarem a sua não-residência para desenvolverem práticas abusivos ou fraudulentas; até porque, no caso, subsiste um meio eficiente de monitorizar os residentes no Luxemburgo, por via do art. 27.º da CDT Portugal / Luxemburgo.

12. Além de que, olhando para o regime que o EBF estabelece a favor dos OIC residentes, o Requerente assinala que um Estado que, como Portugal, abdica da receita fiscal relativa a rendimentos gerados no seu território não tem a necessidade de controlar a cobrança do imposto.
13. O próprio argumento de preservação da coerência, ou coesão, do sistema fiscal é afastado pelo Requerente, lembrando que o TJUE tem consistentemente recusado tal argumento – essencialmente porque tal argumento requereria a demonstração da existência de um nexo directo entre uma vantagem fiscal e uma imposição fiscal que a compensa, para justificar medidas que assegurassem a tributação efectiva e proporcionada, evitando sobreposições, ou tributações em cadeia.
14. Sendo que do art. 22.º, 1, 3 e 10 do EBF resulta claro que a exclusão de tributação dos rendimentos na esfera do OIC residente não está, de forma alguma, condicionada ou dependente da tributação desses rendimentos na esfera do investidor. Bastando lembrar, sustenta o Requerente, que um investidor não-residente está, ele próprio, isento de tributação em Portugal (em IRS ou IRC) quanto aos rendimentos pagos por veículos de investimento mobiliário aqui domiciliados, os quais estão, eles próprios, excluídos de tributação em IRC (art. 22.º-A, 1, d) do EBF).
15. Quanto ao argumento da necessidade de repartição equilibrada do poder de tributação entre Estados, o Requerente lembra o acórdão *Aberdeen* do TJUE (Proc. n.º C-303/07), que estabeleceu que quando um Estado-Membro tenha optado por não tributar as sociedades beneficiárias estabelecidas nos seu território, relativamente a este tipo de rendimentos, não pode invocar a necessidade de garantir uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros para justificar a tributação das sociedades beneficiárias estabelecidas noutro Estado-Membro – significando, no caso, que não pode Portugal, que prescindiu da tributação sobre os OIC residentes, sujeitar a imposto os OIC não-residentes pelo simples facto de aí não se encontrarem estabelecidos, com o argumento de que tal é necessário para preservar o seu poder tributário.
16. De toda a sua argumentação quanto à ilegalidade por afronta ao Direito da União, retira o Requerente a fundamentação do seu pedido de anulação dos actos de retenção na fonte de IRC sobre dividendos a ele distribuídos por sociedades residentes em Portugal entre Maio

e Setembro de 2022, pedindo a restituição do imposto indevidamente suportado, acrescido de juros indemnizatórios, calculados desde a data em que se formou a presunção de indeferimento tácito da Reclamação Graciosa (8 de Agosto de 2024) até à data de processamento da nota de crédito, em que serão incluídos (arts. 43.º, 1 e 4 da LGT e 61.º, 2, 4 e 5, do CPPT).

III. B. Posição da Requerida

1. Na resposta, e em tese geral, a Requerida sustenta a improcedência do pedido, assente na ideia de que, em matéria de impostos directos, as relações entre residentes e não residentes não são comparáveis, pois apresentam diferenças objectivas do ponto de vista do rendimento, da capacidade contributiva e da situação familiar ou pessoal (remetendo para os Acórdãos do TJUE *Schumacher*, Proc. C-279/03 e *Truck Center*, C-282/07, de 22/12/2008): atendendo a que é o Estado de residência que dispõe de toda a informação necessária para aferir um correcto enquadramento contributivo e da sua capacidade contributiva global, a situação de um residente seria, por isso, distinta da de um não-residente.
2. Lembra que nos Acórdãos do TJUE *Bachman* (C-204/90) e *Comissão/Bélgica* (C-300/90), um tratamento discriminatório de entidades não residentes foi permitido pelas razões de interesse geral e de coerência do sistema fiscal nacional; e que se admitiu, no Acórdão *Marks & Spencer* (C-446/03), que a residência pode constituir um factor justificador das normas fiscais que implicam uma diferença de tratamento entre contribuintes residentes e não-residentes.
3. E lembra ainda a Requerida que o STA admitiu que “*Resulta da jurisprudência comunitária que embora da legislação nacional decorra, em abstracto, uma restrição à livre circulação de capitais não consentida pelo art. 56º do Tratado da Comunidade Europeia (actual art. 63º TFUE), importa averiguar se essa restrição, consubstanciada em maior tributação de entidade não residente, será neutralizada, em concreto, por via da Convenção celebrada entre os Estados para evitar a dupla tributação.*” (Acórdão no Proc. nº 0654/13).

4. E que, portanto, nada há de irregular na opção legislativa plasmada no Decreto-Lei nº 7/2015, de 13 de Janeiro, que, ao proceder à reforma do regime de tributação dos OIC, abarcou os OIC abrangidos pelo art. 22º do EBF, excluindo os OIC constituídos, e que operem, ao abrigo de uma legislação estrangeira.
5. Além disso, entende a Requerida não se estar em presença de situações objectivamente comparáveis, porquanto a tributação dos dividendos opera segundo modalidades diferentes e nada indica que a carga fiscal que onera os dividendos auferidos pelos OIC abrangidos pelo artigo 22.º do EBF possa ser mais reduzida do que a que recai sobre os dividendos auferidos em Portugal pelo Requerente.
6. E que, ainda que o Requerente não consiga recuperar, no seu Estado de residência, o imposto retido na fonte em Portugal, também não está demonstrado que o imposto não recuperado não o possa vir a ser pelos investidores do Requerente.
7. Insiste a Requerida que a aparente discriminação na forma de tributar os dividendos distribuídos por sociedades residentes a OIC não-residentes não pode levar a concluir por uma menor carga fiscal dos OIC residentes, pois a isenção dos dividendos distribuídos por sociedades residentes não afasta a tributação desses rendimentos, seja por tributação autónoma (IRC), seja em imposto do selo (IS), quando os mesmos rendimentos integrem o valor líquido destes organismos – não podendo, pois, afirmar-se que as situações em que se encontram aqueles OIC e os Fundos de Investimento constituídos e estabelecidos noutros Estados Membros que auferem dividendos com fonte em Portugal, sejam objectivamente comparáveis.
8. Alega ainda a Requerida que, adstrita que está ao princípio da legalidade positivada, não lhe cabe avaliar a conformidade das normas internas com as do Direito da União, não podendo aceitar de forma directa e automática as orientações interpretativas do TJUE, quando estas não têm, na sua origem, a apreciação de compatibilidade entre as disposições do direito interno português e o direito europeu.
9. Por outro lado, alega que a jurisprudência do TJUE não autoriza o intérprete a extrair a conclusão, em abstracto, de que a mera existência de uma retenção na fonte de IRC, incidindo apenas sobre os dividendos pagos por uma sociedade residente a um Fundo de Investimento estabelecido noutro Estado-Membro, constitui, por si só, uma restrição à livre

circulação dos fluxos de capital no espaço europeu, sem que seja feita uma apreciação global do regime fiscal aplicável aos Fundos de Investimento constituídos e estabelecidos em Portugal.

10. A Requerida chama a atenção para 4 aspectos:
 - a) Aplicabilidade directa do art. 63.º do TFUE
 - b) Estados-Membros como destinatários das liberdades fundamentais do mercado interno
 - c) Complementaridade entre liberdade de circulação de capitais e as liberdades de circulação de mercadorias e de pessoas, de estabelecimento e de prestação de serviços
 - d) Reforço progressivo da importância da liberdade de circulação de capitais no mercado interno
11. Para sublinhar que, para se avaliar se o tratamento fiscal aplicado aos dividendos obtidos em Portugal é menos vantajoso do que o tratamento fiscal atribuído aos dividendos obtidos pelos OIC abrangidos pelo artigo 22.º do EBF, e se tal diferenciação é susceptível de afectar o investimento, teria de ser colocado em confronto o imposto retido na fonte, com carácter definitivo, à taxa de 15%, e os impostos – IRC e IS - que incidem sobre os OICs residentes, e que, em conjunto, podem, em certos casos, exceder 23% do valor bruto dos dividendos. Acrescendo a isso a necessidade de se apurar se o imposto retido ao Requerente poderá eventualmente dar lugar a um crédito de imposto por dupla tributação internacional, tanto na esfera do Requerente, bem como na esfera dos investidores.
12. Na ausência dessas indagações e da comprovação delas, não pode, segundo a Requerida, falar-se de comparabilidade objectiva.
13. Mais, entende que a jurisprudência do TJUE não é inequívoca, e não vincula fora do contexto específico dos casos concretos submetidos àquele Tribunal. Concluindo que a jurisprudência do TJUE não autoriza o intérprete a extrair a conclusão de que a mera existência de uma retenção na fonte de IRC incidindo apenas sobre os dividendos pagos por uma sociedade residente a um OIC estabelecido noutro Estado-Membro constitui por si só uma restrição à livre circulação dos fluxos de capital no espaço europeu, sem que seja feita uma apreciação global do regime fiscal aplicável aos OICs constituídos e estabelecidos em Portugal.

14. Propõe, por isso, que se compare as situações concretas, em termos de carga tributária incidente sobre cada tipo de investimento, levando em conta todos os ónus fiscais incidentes sobre os rendimentos e sobre os activos que lhe dão origem.
15. E lembra que, embora sobre os dividendos pagos por sociedades residentes aos OIC abrangidos pelo artigo 22.º do EBF não exista a obrigação de retenção na fonte, a verdade é que estão sujeitos a uma tributação autónoma, à taxa de 23%, por aplicação conjugada do art. 88.º, 11 do CIRC e do n.º 8 do mesmo artigo 22.º do EBF, excepto se as correspondentes acções forem detidas, de modo ininterrupto, por período igual ou superior a um ano. Além de que, caso os rendimentos provenientes dos dividendos sejam capitalizados, ou seja reinvestidos pelo Fundo, entram para o cálculo do valor tributável em IS, nos termos definidos no art. 9.º, 5 do CIS.
16. Em suma, segundo a Requerida a comparabilidade não pode cingir-se à consideração estrita das regras de retenção na fonte, pois só com uma visão global se pode concluir, com um mínimo de segurança, que os fundos estrangeiros que investem em acções de sociedades residentes em Portugal são colocados numa situação mais desfavorável.
17. E que, portanto, o que existe é uma aparência de discriminação na forma de tributar os dividendos distribuídos por sociedades residentes a OIC não residentes, mas a que não corresponde uma discriminação em substância. Na verdade, diferentes modalidades de tributação, e não discriminação.
18. Lembrando que se encontra subordinada ao princípio da legalidade, pelo que não poderia aplicar de forma direta e automática as decisões do TJUE proferidas sobre casos concretos que não relevam do direito nacional, para mais não estando em causa situações materialmente idênticas, e em que a aplicação correcta do direito da União não se revela tão evidente que não deixe margem para qualquer dúvida razoável quanto ao modo como deve ser resolvida a questão suscitada, a Requerida insiste na incomparabilidade objectiva das situações de OIC residentes e não-residentes.
19. Acrescentando que, mesmo que houvesse comparabilidade, a situação poderia ainda convocar uma discriminação não-proibida pelo Direito da União – sendo que caberia ao Requerente fazer prova do Direito que invoca, nos termos do art. 348.º do Código Civil, o que, no entender da Requerida, não sucedeu.

20. Pela mesma razão, entende que não há lugar ao pagamento de juros indemnizatórios; até porque não estava na disponibilidade da AT decidir de modo diferente daquele que decidiu, por estar sujeita ao princípio da legalidade, o que exclui qualquer erro que pudesse ser-lhe assacado.

III. C. Fundamentação da decisão

III. C.1. Objecto

1. A questão a decidir no presente processo é idêntica a outras sobre as quais a arbitragem que funciona no 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 pelo Requerente, e, mediamente, a legalidade das liquidações de IRC, por retenção na fonte, que incidiram sobre os dividendos de fonte portuguesa auferidos pelo Requerente em 2022, para efeitos de se saber se deve seguir-se a restituição do imposto retido, acrescido de juros indemnizatórios, conforme peticionado.

III. C.2. O art. 22º do EBF

3. No centro da questão a apreciar situa-se o artigo 22.º do EBF. O n.º 1 dessa norma dispõe que *“são tributados em IRC, nos termos previstos neste artigo, os fundos de investimento mobiliário, fundos de investimento imobiliário, sociedades de investimento mobiliário e sociedades de investimento imobiliário que se constituam e operem de acordo com a*

legislação nacional”, excluindo, portanto, do âmbito do regime aí previsto os OIC como o Requerente, que não foram constituídos de acordo com a legislação nacional.

4. O art. 22.º do EBF estabelece um regime consideravelmente mais favorável do que o regime geral de tributação em IRC, visto que, nos termos do seu n.º 3, não considera os rendimentos referidos nos artigos 5.º, 8.º e 10.º do CIRS (juros, dividendos, rendas, mais-valias) para efeitos do apuramento do lucro tributável – excepto quando esses rendimentos provenham de entidades com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável, constante de lista aprovada em portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças –, os gastos ligados àqueles rendimentos ou previstos no artigo 23.º-A do CIRC, bem como os rendimentos, incluindo os descontos, e gastos relativos a comissões de gestão e outras comissões que revertam para as entidades referidas no n.º 1, e a isenção de derramas, estadual e municipal.
5. O n.º 10 do mesmo artigo dispensa as empresas que distribuem dividendos aos OIC da obrigação de reter e de entregar esse imposto à Fazenda Pública.
6. Importa saber se a retenção na fonte em IRC sobre os dividendos distribuídos, por sociedades residentes em Portugal, a OIC estabelecidos noutros Estados-Membros da União Europeia (no caso, o Luxemburgo) – ao mesmo tempo que se isenta de tributação a distribuição de dividendos a OIC residentes em Portugal, e se sujeita os mesmos a tributação trimestral em IS, pela verba 29 da TGIS, e à eventual aplicação da tributação autónoma, designadamente a prevista no artigo 88º, 11 do CIRC – é conforme, ou não, com o art. 63º do TFUE.
7. Trata-se, em suma, de aferir da conformidade com este artigo, à data dos factos relevantes, das pertinentes normas do CIRC e do EBF respeitantes ao regime de tributação dos dividendos auferidos pelo Requerente.

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

8. 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.
9. 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.
10. 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.
11. O objectivo dos OIC, cujo enquadramento jurídico é definido pela Directiva 2009/65/CE, consiste em facilitar a participação dos investidores privados num mercado de valores mobiliários, idealmente integrado a nível da UE.
12. O TJUE desempenha uma função interpretativa decisiva, nomeadamente em sede de acções por incumprimento e de reenvios prejudiciais, devendo os tribunais nacionais conformar-se com o entendimento sobre as normas dos Tratados que venha a ser vertido na jurisprudência daquele Tribunal, sob pena de incumprimento do direito da União Europeia e de responsabilidade por parte do Estado-Membro.
13. A liberdade de circulação de capitais, consagrada no art. 63º do TFUE, implica a proibição de discriminação entre capitais de um dado Estado-Membro, e capitais provenientes de fora desse Estado.
14. 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.

15. 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.
16. 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.
17. 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.
18. 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.
19. 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.
20. A densificação do âmbito normativo da liberdade de circulação de capitais tem sido levada a cabo pelo TJUE, acolhendo e sublinhando o valor enumerativo, mas não exaustivo, da Directiva n.º 88/361/CEE, de 24 de Junho de 1988, incluindo o respectivo Anexo I número IV, no qual se integra, no conceito de liberdade de circulação, um amplo conjunto de operações e transacções transfronteiriças sobre certificados de participação em organismos de investimento colectivo, nas quais se incluem as que estão em causa nos presentes autos: razão pela qual a distribuição de dividendos efectuados ao Fundo gerido pelo 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.
21. Começamos por esclarecer 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 EFTA¹.

¹ Cfr., sobre esta matéria, Christiana Hji Panayi, *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge, 2013, 253 ss.

22. 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; ou retendo imposto sobre dividendos pagos a não-residentes e não retendo no caso de dividendos pagos a residentes – configura, em princípio, uma violação da liberdade de circulação de capitais, e nalguns casos também da liberdade de estabelecimento, pondo em causa o funcionamento do mercado interno.
23. Confirmando a existência de uma área apreciável de divergências interpretativas neste domínio, as conclusões da Advogada Geral (AG) Kokott, 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. 63º do TFUE, reconhecendo uma maior amplitude aos Estados-Membros na conformação do regime fiscal dos OIC residentes e não-residentes, concluindo que esse artigo não se opõe à aplicação de retenção na fonte aos dividendos distribuídos por uma sociedade residente, quando esses dividendos sejam distribuídos a um OIC não-residente que não esteja sujeito ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas no seu Estado de residência.

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

24. 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.”

25. 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.
26. 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.
27. 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.
28. Para o TJUE, é significativo o facto de a isenção fiscal prevista pela legislação nacional em causa ser 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.
29. 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.

30. 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 legislação².
31. 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.
32. 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.
33. 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.
34. Com efeito, a derrogação prevista no art. 65º, 1, a) do TFUE é, ela própria, limitada pelo

² Case E – 1/04, *Focus Bank ASA v. The Norwegian State*, 23-11-2004.

disposto no n.º 3 do mesmo artigo, que prevê que as disposições nacionais a que se refere o n.º 1 desse artigo não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos: ou seja, as restrições têm como limite a garantia da própria liberdade de circulação de capitais³.

35. No entender do TJUE, plasmado na decisão *AllianzGI-Fonds AEVN*, há que distinguir as diferenças de tratamento permitidas pelo art. 65.º, 1, a) do TFUE, das discriminações proibidas pelo n.º 3 do mesmo artigo.
36. Para que o regime fiscal nacional possa ser considerado compatível com as disposições do TFUE relativas à livre circulação de capitais, é necessário que a diferença de tratamento daí decorrente diga respeito a situações que não sejam objectivamente comparáveis, ou que ela se justifique por uma razão imperiosa de interesse geral.
37. Sobre a questão de saber se a situação dos fundos de investimento residentes e não residentes em Portugal é objectivamente 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 *objectiva* dos referidos contribuintes não-residentes passa a dever considerar-se comparável à dos contribuintes residentes.
38. 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 predominantemente, e assimetricamente, os OIC não-residentes.
39. Por exemplo, no que respeita ao IS, o TJUE entendeu ser decisivo o facto de, por um lado,

³ C-358/93, C-416/93, *Bordessa*, 23-02-1995.

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.

40. 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.
41. 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.
42. 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.
43. 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 – em termos da tributação que incide especificamente sobre essas manifestações de capacidade contributiva.
44. 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.

45. 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.
46. 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.
47. O Requerente, residente no Luxemburgo, pode ter investidores estrangeiros, incluindo portugueses, e os fundos fiscalmente residentes em Portugal podem ter investidores estrangeiros, incluindo luxemburgueses.
48. Mas 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.
49. 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.
50. 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.

51. 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. É que 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: será, portanto, administrativamente mais 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.
52. 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 tido por 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.
53. 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.
54. 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.
55. 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.
56. Logo, a diferença de tratamento entre os OIC residentes e os OIC não-residentes diz respeito a situações objetivamente comparáveis.
57. Por outro lado, como reconheceu o TJUE no caso ~~case~~ *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 o Luxemburgo.
58. 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.
59. 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.
60. 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.

61. No tocante ao objectivo de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre Portugal e outro Estado-Membro da UE, como o Luxemburgo, o mesmo só pode ser admitido quando o regime em causa vise prevenir comportamentos susceptíveis de comprometer o direito de um Estado-Membro de 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.
62. 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

63. 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.”

64. 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.
65. E isso não pode, evidentemente, deixar de repercutir-se no mérito da presente causa, e na decisão a que este Tribunal chega.
66. Conduzindo à conclusão de que os actos de retenção na fonte objecto dos presentes autos, bem como a decisão de indeferimento da reclamação graciosa que se lhes reportou, enfermam de vício de violação de lei, que justifica a sua anulação, de harmonia com o disposto no art. 163.º, 1 do Código do Procedimento Administrativo, subsidiariamente aplicável nos termos do art. 2.º, c), da LGT e do art. 29º, 1, d) do RJAT.

III. C.6. O direito aos juros indemnizatórios

67. O Requerente peticiona o pagamento de juros indemnizatórios, relativamente ao montante indevidamente retido na fonte e respeitante ao ano de 2022, juros a serem contados desde a data em que a Requerida se deveria ter pronunciado sobre a reclamação graciosa, nos termos do art. 57.º, 1 da LGT, o que o Requerente reporta à data de 8 de Agosto de 2024.
68. 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*”.

69. 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*”.
70. Igualmente o art. 24.º, 5 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.
71. 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.
72. 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.

73. 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.
74. Uma vez verificado o erro, e ordenada judicialmente a sua anulação, é manifesto que, para além da devolução dos montantes ilegalmente retidos, o 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.
75. Estamos assim, neste caso, perante uma actuação por parte da AT que se traduz num “erro imputável aos serviços”, para efeitos da aplicação do art. 43º da LGT.
76. Segundo a jurisprudência uniformizada do STA, em caso de retenção na fonte, e havendo lugar a impugnação administrativa do acto tributário em causa, os juros indemnizatórios devem ser contados, não desde a data do pagamento indevido do imposto – como dispõe o art. 61º, 5 do CPPT – mas desde a data do indeferimento da reclamação graciosa, momento em que se consuma o “erro imputável aos serviços”⁴.
77. Logo, os juros indemnizatórios contam-se a partir da data em que se formou a presunção de indeferimento tácito da reclamação graciosa (8 de Agosto de 2024). Atendendo ao estabelecido no art. 61º do CPPT, tais juros são calculados à taxa legal, e contados até à data do processamento da respectiva nota de crédito, em que são incluídos.

⁴ “*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.*” – Acórdão do STA de 29-06-2022, Proc. n.º 93/21.7BALS.B.

78. 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, por isso, 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 do indeferimento presumido da reclamação graciosa apresentada contra tais actos tributários;
- b) Condenar a Autoridade Tributária e Aduaneira à restituição da quantia relativa a retenções na fonte de IRC suportadas em Portugal pela Requerente, sobre dividendos distribuídos em 2022;
- c) Condenar a Autoridade Tributária e Aduaneira no pagamento de juros indemnizatórios, à taxa legal, contados desde a data em que se formou a presunção de indeferimento tácito da reclamação graciosa (8 de Agosto de 2024), 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 € 103.517,12 (cento e três mil, quinhentos e dezassete euros e doze cêntimos), nos termos do disposto no art.º 97.º-A do CPPT, aplicável *ex vi* art.º 29.º, n.º 1, alínea a), do RJAT e art.º 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processo de Arbitragem Tributária (RCPAT).

VI. Custas

Custas no montante de € 3.060,00 (três mil e sessenta euros) a cargo da Requerida, Autoridade Tributária e Aduaneira (cfr. Tabela I, do RCPAT e artigos 12.º, n.º 2 e 22.º, n.º 4, do RJAT).

Lisboa, 24 de Junho de 2025

Os Árbitros

Fernando Araújo

Augusto Vieira

Gonçalo Marquês de Menezes Estanque