

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 1393/2024-T

Tema: IRC – Retenção na fonte; Dividendos; Benefício fiscal; Organismo de Investimento Coletivo (OIC) não residente; Livre circulação de capitais.

SUMÁRIO:

- I - O artigo 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (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.
- II - Os n.ºs. 1 e 10 do artigo 22.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, ao limitarem o regime neles previsto a Organismos de Investimento Coletivo constituídos segundo a legislação nacional, estabelecem uma discriminação arbitrária, configurando uma restrição à livre circulação de capitais no espaço da União Europeia, proibida pelo artigo 63.º do TFUE.

DECISÃO ARBITRAL

I. RELATÓRIO

A..., Organismo de Investimento Coletivo constituído de acordo com o direito alemão, com o número de contribuinte português..., com sede em..., ..., Alemanha, (doravante designado “Requerente”), vem, nos termos e para efeitos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º e no artigo 10.º, ambos do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (“RJAT”), requerer a constituição de tribunal arbitral singular, com designação de árbitro pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa, nos termos do disposto na alínea a) do

1.

n.º 2 do artigo 5.º e no n.º 1 do artigo 6.º do RJAT, tendo em vista obter pronúncia arbitral que aprecie a legalidade dos atos de retenção na fonte de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (“IRC”) incidentes sobre o pagamento de dividendos relativos aos anos de 2022 e 2023, bem como da formação da presunção de indeferimento tácito da reclamação graciosa previamente apresentada para o efeito.

Pede a anulação do ato de indeferimento tácito da reclamação graciosa por si apresentada, a anulação dos atos tributários de retenção na fonte de IRC ora sindicados, por vício de violação de lei, em concreto por violação do Direito Comunitário e da CRP, o reconhecimento do seu direito à restituição da quantia de EUR 49.400,00, relativa a retenções na fonte de IRC suportadas em Portugal sobre dividendos distribuídos nos anos de 2022 e 2023, ao abrigo do disposto nos artigos 94.º do CIRC e 22.º do EBF, com as demais consequências legais, mormente o reconhecimento do direito ao pagamento de juros indemnizatórios, nos termos do artigo 43.º da LGT, e a condenação da Autoridade Tributária no pagamento das custas de arbitragem.

É demandada a AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA, doravante referida por “AT” ou “Requerida”.

Em 23-12-2024, o pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite pelo Exmo. Presidente do CAAD e, automaticamente, notificado à AT.

Em conformidade com o disposto nos artigos 5.º, n.º 2, alíneas a) e b), 6.º, n.º 1, e 11.º, n.º 1, alínea a), todos do RJAT, o Exmo. Presidente do Conselho Deontológico do CAAD designou o árbitro deste Tribunal Arbitral que comunicou a aceitação do encargo no prazo aplicável. As Partes, notificadas dessa designação, não manifestaram vontade de a recusar (artigo 11.º, n.º 1, alíneas a) a c), do RJAT e artigos 6.º e 7.º do Código Deontológico do CAAD).

Já após a apresentação do pedido de pronúncia arbitral, foi o Requerente notificado, no dia 07.01.2025, através de Ofício datado de 30.12.2024, do indeferimento expresso da reclamação graciosa apresentada - documento n.º 1, que juntou a 08-01-2025, com o pedido de

ampliação do objecto do pedido, de modo a abranger também a apreciação da legalidade do ato de indeferimento expresso da reclamação graciosa n.º ...2024... .

O Tribunal Arbitral ficou constituído em 28-02-2024.

Notificada para o efeito, a Requerida apresentou Resposta, em 04-04-2025, na qual suscita como questão prévia que as guias de retenção na fonte apresentam valores muito superiores ao peticionado e que, segundo informação da Direção de Serviços de Relações Internacionais (DSRI), se encontram em análise dois pedidos de reembolso relativos aos exercícios 2022 e 2023, detectados no Sistema de Gestão de Reembolsos Internacionais (SGRI), pelo que há uma duplicação do pedido de reembolso, junto da DSRI e no âmbito do pedido arbitral. Em apoio desta alegação juntou três documentos constituídos por informação da DSRI e consultas ao SGRI. No mais, defendeu-se por impugnação, pugnando pela improcedência do pedido arbitral, e juntou o Processo Administrativo (PA).

Convidado a pronunciar-se sobre a matéria das questões prévias e documentos inerentes, o Requerente veio, em 05-05-2025, exercer o direito ao contraditório, em termos que adiante veremos com algum detalhe, mantendo no mais o requerido.

Em 08-05-2025, proferiu-se despacho a dispensar a reunião prevista no artigo 18.º do RJAT, facultando às partes a apresentação de alegações escritas.

O Requerente apresentou alegações, em 29-05-2025, nas quais desenvolveu a tese já anteriormente defendida. A Requerida manteve-se silente.

II. SANEAMENTO

O Tribunal foi regularmente constituído e é competente em razão da matéria para conhecer das pretensões aqui formuladas, à face do preceituado nos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), 5.º, n.º 2, alíneas a) e b), 6.º, n.º 1, e 11.º, n.º 1, alínea a), b) e c) todos do RJAT.

As partes estão devidamente representadas, gozam de personalidade e capacidade judiciárias e têm legitimidade (artigos 4.º e 10.º, n.º 2, do mesmo diploma e artigo 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março).

A acção é tempestiva, tendo o pedido de pronúncia arbitral sido apresentado no prazo de 90 dias previsto no artigo 10.º, n.º 1, alínea a), do RJAT, de acordo com a remissão operada para o artigo 102.º, n.º 1, do Código de Procedimento e de Processo Tributário (“CPPT”).

III. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

1. MATÉRIA DE FACTO PROVADA

Com relevo para a decisão, importa atender aos seguintes factos que se julgam provados:

- A. O Requerente é, de acordo com o quadro regulatório e fiscal alemão, uma entidade jurídica de direito alemão, mais concretamente um Organismo de Investimento Coletivo (“OIC”), com residência fiscal na Alemanha, constituído sob a forma contratual e não societária, comumente designado de fundo de investimento, sendo um sujeito passivo de IRC, não residente para efeitos fiscais em Portugal, sem qualquer estabelecimento estável no país (Doc. n.º 1 junto com o PPA, que aqui se dá por reproduzido, e incontroverso).
- B. Nos anos de 2022 e 2023, o Requerente era detentor de um lote de participações sociais na B..., S.A., sociedade residente, para efeitos fiscais, em Portugal, tendo recebido, na qualidade de acionista dessa sociedade, dividendos sujeitos a tributação em IRC em Portugal, por se tratar do Estado da fonte de obtenção dos mesmos (incontrovertido).

C. A entidade responsável pela custódia dos títulos detidos em Portugal era a F... (Doc. n.º 3 junto com o PPA, que aqui se dá por reproduzido).

D. Os referidos dividendos, recebidos no decorrer dos anos de 2022 e 2023, foram sujeitos a tributação em IRC por retenção na fonte liberatória, à taxa de 25%, prevista no n.º 4 do artigo 87.º do Código do IRC (Doc. n.º 2, junto com o PPA, que aqui se dá por reproduzido e cit. Doc. n.º 3).

E. O Requerente suportou, em Portugal, nos anos em causa, a quantia total de imposto de

EUR 49.400,00, assim discriminado:

Ano da Retenção	Valor Bruto do Dividendo	Data de Pagamento	Taxa de Retenção na Fonte	Guia de pagamento	Valor da retenção (€)
2022	87 400,00	28.04.2022	25%	...	21 850,00
2023	110 200,00	03.05.2023	25%	...	27 550,00
TOTAL					49 400,00

(cits. Docs. n.ºs 2 e

3).

F. Por discordar da retenção na fonte efetuada, no dia 20.05.2024, o Requerente apresentou Reclamação Graciosa para apreciação da legalidade dos atos de retenção na fonte de IRC relativos aos anos de 2022 e 2023, na qual solicitou a anulação dos mesmos por vício de ilegalidade, por violação direta do Direito da União Europeia (UE), bem como o reconhecimento do seu direito à restituição do imposto indevidamente suportado em Portugal, acrescido de juros indemnizatórios (Doc. n.º 4 junto com o PPA, que aqui se dá por reproduzido).

5.

G. No dia 07.01.2025, o Requerente foi notificado, através de Ofício datado de 30.12.2024, do indeferimento expresso da reclamação graciosa apresentada (Doc. n.º 1 junto com o pedido de ampliação do objeto, que aqui se por reproduzido).

H. Do despacho de indeferimento da RG, proferido em 10-12-2024, pelo Chefe de Divisão de Direção de Finanças, ao abrigo de Subdelegação de competências, consta, além do mais o seguinte:

“...fazendo um enquadramento tributário da matéria controvertida sempre dir-se-á que:

V.1 - A Reclamante, não residente fiscal em Portugal e sem estabelecimento estável, é sujeito passivo de IRC, nos termos do disposto na al. c) do n.º 1 do art.º 2.º do CIRC, incidindo o imposto apenas sobre os rendimentos obtidos em território nacional (país da fonte), nos termos da al. d) do n.º 1 do art.º 3 e n.o 2 do art.º 4.º, ambos do CIRC, à taxa de 25% nos termos do n. 4 do art.º 87.º do CIRC, objeto de retenção na fonte a título definitivo ou liberatório, na data da verificação do facto tributário (pagamento ou colocação à disposição dos rendimentos), cujas importâncias retidas devem ser entregues nos cofres do Estado até ao dia 20 do mês seguinte àquele em que forem deduzidas, nos termos da al. c) do n.º 1, al. b) do n.º 3, n.º 5 e n.º 6, todos do art.º 94.º do CIRC.

Quanto à desconformidade do regime previsto no art.º 22.º do EBF com o Direito da União Europeia, cumpre dizer o seguinte:

V.2 - Através do Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro (2), procedeu-se à reforma do regime de tributação dos Organismos de Investimento Coletivo (OIC), alterando, com interesse para o caso em apreço, a redação do art.º 22.º do EBF (3), aplicável aos rendimentos obtidos por fundos de investimento mobiliário e imobiliário e sociedades de investimento mobiliário e imobiliário, que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional (4), conforme resulta do n.º 1 do art.º 22.º do EBF, e Circular n.º 6/2015.

V.3 - Com a nova redação, o legislador estabeleceu que, para esses sujeitos passivos de IRC, (i) não são considerados, na determinação do lucro tributável, os rendimentos de capitais, prediais e mais-valias referidos nos art.ºs 5.º, 8.º e 10.º do CIRS, conforme resulta do n.º 3 do referido art.º 22.º do EBF, (ii) estão isentos das derramas municipal e estadual (n.º 6) e, (iii) estabeleceu ainda uma dispensa da obrigação de efetuar a retenção na fonte de IRC relativamente aos rendimentos por si obtidos (art.º 22.º n.º 10 do EBF).

V.4 - Tal regime não é aplicável à reclamante - pessoa coletiva constituída de acordo com a legislação da Alemanha, por falta de enquadramento com o disposto no n.º 1 do art.º 22.º do EBF, conforme entendimento sancionado superiormente. Vejamos.

V.5 - Efetivamente, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) pronunciou-se sobre tal exclusão, através do acórdão proferido no processo n.º C — 545/19 de 17 de março de 2022, do qual resulta 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».

V.6 - De notar que, o legislador prevê no n.º 10 do art.º 22.º do EBF uma dispensa (e não uma isenção) da obrigação de efetuar a retenção na fonte de IRC relativamente aos rendimentos obtidos pelos OIC constituídos e que operem de acordo com a legislação nacional (n.º 1).

V.7 - Todavia, não cabe à AT invalidar ou desaplicar o direito nacional em consequência de decisões do TJUE, substituindo-se ao legislador para além daquilo que possa considerar-se uma interpretação razoável.

V.8 - Evidenciando-se que, a interpretação do direito europeu constante das decisões jurisprudenciais é vinculativa para os órgãos jurisdicionais, mas não afastam a vigência legal das normas consideradas pelo TJUE como contrárias ao direito europeu.

V.09 - E, no que diz respeito aos OIC não residentes (que não disponham de um estabelecimento estável em território português), os mesmos não têm enquadramento na atual previsão do n.º 1 do art.º 22.º do EBF e, conseqüentemente, dos n.ºs 2, 3 e 10 da referida norma legal.

V.10 - Na esteira do Acórdão do TJUE, no âmbito do n.º 10 do art.º 22.º do EBF, estão incluídos OIC constituídos nos demais Estados-membros e, por maioria de razão, os OIC constituídos nos demais Estados-Membros da EU e que operem em território português através de um estabelecimento estável aqui situado.

V.11 - Pelo que, nos parece viável uma interpretação jurídica conforme ao direito europeu, segundo a qual no âmbito da dispensa de retenção, estarão incluídos os OIC s não residentes e que operem em território português através de um estabelecimento estável aqui situado.

V.12 - Ora, no caso em apreço, conforme informado, a reclamante é não residente fiscal e não dispõe de estabelecimento estável em Portugal, pelo que, não se encontra enquadrado no n.º 1 do art.º 22.º do EBF.

V.13 - Pelo exposto, é de indeferir o pedido quanto aos períodos RF/IRC de 2022 e RF/IRC de 2023.

(...)

- I. O Requerente não recebeu, até à presente data, qualquer reembolso relativo aos montantes de retenção na fonte suportados em Portugal, que constituem objeto do presente pedido de pronúncia arbitral (incontrovertido).
- J. O presente PPA foi apresentado em 2024-12-19 (SGP do CAAD).

2. FACTOS NÃO PROVADOS

Não há factos relevantes para decisão da causa que não se tenham provado.

3. MOTIVAÇÃO DA DECISÃO DE FACTO

Os factos pertinentes para o julgamento da causa foram escolhidos e recortados em função da sua relevância jurídica, em face das soluções plausíveis das questões de direito, nos termos da aplicação conjugada dos artigos 123.º, n.º 2 do CPPT, 596.º, n.º 1 e 607.º, n.º 3 do Código de Processo Civil (“CPC”), aplicáveis por remissão do artigo 29.º, n.º 1, alíneas a) e e) do RJAT, não tendo o Tribunal de se pronunciar sobre todas as alegações das Partes.

Não se deram como provadas nem não provadas alegações feitas pelas partes, e apresentadas como factos, consistentes em afirmações estritamente conclusivas, insuscetíveis de prova e cuja validade terá de ser aferida em relação à concreta matéria de facto consolidada.

A convicção do Tribunal quanto à matéria não consensual fundou-se na análise do Processo Administrativo (PA) e nos documentos juntos pelas partes, conforme está reflectido em relação a cada facto considerado provado. O Requerente integra a Listagem Oficial do Registo Público dos Fundos de Investimento da Autoridade Supervisora Financeira da Alemanha, BaFin – ID 70144746, constituindo tal menção o comprovativo de que se trata de um organismo de investimento coletivo devidamente autorizado.

IV. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

1. QUESTÃO PRÉVIA

Sob esta epígrafe, a Requerida alega, sinteticamente, o seguinte:

- As retenções foram entregues através das guias de Retenção na Fonte n.ºs ...(Abril de 2022) e ... (Maio de 2023), apresentando as guias valores muito superiores ao peticionado, pelo que torna-se impossível a confirmação do pedido.

- As “MODELO 30 – rendimentos pagos ou colocados à disposição de sujeitos passivos não substitutos tributários ... – C... S A e ... – D...e revelam rendimentos pagos nos períodos indicados, e retenções na fonte coincidentes.

- A Direção de Serviços de Relações Internacionais esclarece que sobre os pedidos de reembolso apresentados pela E..., NIF ..., relativos a retenções na fonte de IRC dos períodos de

Abril de 2022 e de Maio de 2023, no Sistema de Gestão de Reembolsos Internacionais, constam dois pedidos:

Nº Pedido: ... (...) Situação: Em Análise (...) Valor Bruto: 110 200 € Valor Retido: 27 550 € (...) Valor do Reembolso: 11 020 (...) € Guia de Pagamento - Nº:

Nº Pedido: ...(...) Situação: Em Análise (...) Valor Bruto: 87 400 € Valor Retido: 21 850 € (...) Valor do Reembolso: 8 740 (...) € Guia de Pagamento - Nº:... .

- O valor do reembolso petitionado junto da DSRI referente aos períodos de 04/2022 e 05/2023, corresponde à diferença entre a taxa de retenção na fonte a título definitivo de 25% e o limite convencional de 15%, pelo que, nesta parte, existe duplicação de pedido: pedido de reembolso junto da DSRI e no âmbito do pedido arbitral.

Respondendo as estas questões, o Requerente aduz, em suma:

- Como resulta dos extratos de informação dos sistemas informáticos da AT, em particular relativos à consulta de Modelo 30 por sujeito passivo e respetivas relações dos beneficiários dos rendimentos, foi possível à Requerida localizar, com base na informação e documentação apresentada pela Requerente, todos os pagamentos de dividendos e retenções na fonte que constituem objeto do presente pedido de pronúncia arbitral.

- A confirmação do pedido é possível pela documentação junta à p.i., não prevalecendo as alegadas incongruências ou suspeitas lançadas pela Requerida na Resposta.

- Da informação junta pela Requerida à Resposta resulta que os referidos pedidos estarão “sob análise” sendo que o Requerente ainda não recebeu qualquer reembolso.

- Em caso de procedência do presente pedido de pronúncia arbitral, haverá que verificar, em sede de concretização de julgado, se ocorreu, entretanto, algum reembolso parcial e, nesse caso, a concretização de uma decisão de anulação dos atos de retenção na fonte impugnados deverá implicar o reembolso ao Requerente apenas do montante que esteja ainda nos cofres da AT, acrescido dos juros indemnizatórios que são devidos.

Apreciando, há que realçar os factos provados D e E, segundo os quais o Requerente recebeu, no decorrer dos anos de 2022 e 2023, dividendos tributados em IRC por retenção na

fonte liberatória, à taxa de 25%, e suportou, em Portugal, um total de 49.400,00€ de imposto, discriminado como consta da tabela:

Ano da Retenção	Valor Bruto do Dividendo	Data de Pagamento	Taxa de Retenção na Fonte	Guia de pagamento	Valor da retenção (€)
2022	87 400,00	28.04.2022	25%	...	21 850,00
2023	110 200,00	03.05.2023	25%	...	27 550,00
TOTAL					49 400,00

Ora, estes valores resultam dos documentos 2 e 3 juntos com o PPA, foram identificados pela Requerida e coincidem com os declarados nas Modelo 30 apresentadas pelos substitutos tributários, bem como com a informação fornecida pela DSRI, de acordo com a transcrição *supra* da Resposta, pelo que se torna ininteligível a incongruência alegadamente detectada.

Outro tanto se diga quanto à configurada duplicação de pedido: na verdade, em caso de procedência do peticionado, a execução da decisão apenas implicará o reembolso da parte da retenção na fonte que ainda não tenha sido reembolsada no âmbito dos referidos pedidos de reembolso parcial, não se vislumbrando uma qualquer duplicação de reembolsos.

Termos em que improcedem as “questões prévias” suscitadas pela Requerida.

2. QUESTÃO A DECIDIR

O objeto do litígio é a decisão de indeferimento proferida pelo Chefe de Divisão da Direção de Finanças de Lisboa, ao abrigo de Subdelegação de competências, sobre a Reclamação Graciosa apresentada pela Requerente contra os Actos de Retenção na Fonte de IRC, dos anos de 2022 e 2023 e, também, estes actos propriamente ditos.

A questão de fundo a decidir é a de saber se o entendimento da AT, segundo o qual o disposto no artigo 22.º, n.ºs 1 e 10, do EBF apenas é aplicável aos Organismos de Investimento

Colectivo residentes em Portugal e aos que, não sendo residentes, operem através de estabelecimento estável aqui situado, consubstancia um tratamento discriminatório injustificado e, nessa medida, uma restrição à livre circulação de capitais, nos termos em que se encontra proibida pelo artigo 63.º do TFUE.

3. POSIÇÕES DAS PARTES

A AT sustenta a sua posição com os fundamentos exarados no Despacho de indeferimento da Reclamação Graciosa (RG), que se transcrevem no Facto Provado H) e que transporta para a Resposta, alegando e concluindo, sucintamente:

- A AT encontra-se 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 correta do direito comunitário não se revela tão evidente (Ato Claro) que não deixe margem para qualquer dúvida razoável quanto ao modo como deve ser resolvida a questão suscitada.

- O regime fiscal aplicável aos OIC constituídos ao abrigo da legislação nacional, embora consagre a isenção dos dividendos distribuídos por sociedades residentes, não afasta a tributação desses rendimentos por outras formas, seja por tributação autónoma, seja em imposto do selo, quando os mesmos rendimentos integram o valor líquido destes organismos, logo, não pode afirmar-se que, em substância, as situações em que se encontram aqueles OIC e os Fundos de Investimentos constituídos e estabelecidos noutros Estados-Membros que auferem dividendos com fonte em Portugal, sejam objetivamente comparáveis.

- Assim, não pode concluir-se que o regime fiscal dos OIC – que não se contém em exclusivo no n.º 3 do artigo 22.º do EBF – esteja em conformidade com as obrigações que decorrem do artigo 63.º do TFUE.

- Por conseguinte, a retenção na fonte efetuada sobre os dividendos pagos à Requerente respeita o disposto na legislação nacional e na convenção para evitar a dupla tributação, devendo

Por seu turno, a Requerente pugna pelo entendimento contrário, argumentando em resumo:

- *Na ótica do Requerente – e conforme já foi confirmado pelo TJUE em acórdão proferido no passado dia 17 de março de 2022, no processo n.º C-545/19 (AllianzGI-Fonds AEVN) –, Portugal ao sujeitar, à data dos factos tributários em análise, a retenção na fonte em IRC os dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal aos OIC estabelecidos em Estados Membros da União Europeia (“UE”) (in casu a Alemanha), simultaneamente isentando de tributação a distribuição de dividendos a OIC estabelecidos e domiciliados em Portugal viola, de forma frontal, o artigo 63.º do Tratado para o Funcionamento da União Europeia (doravante “TFUE”).*

- *Significa isto que o regime previsto nos artigos 94.º n.º 1 alínea c), 94.º n.º 3 alínea b), 94.º n.º 4 e 87.º n.º 4, todos do CIRC, ao prever que os rendimentos obtidos em Portugal estão sujeitos a retenção na fonte liberatória a uma taxa de 25% (enquanto se prevê uma isenção de tributação aplicável, nos termos do artigo 22.º do EBF, a dividendos auferidos por OIC residentes) não é compatível com o princípio da livre circulação de capitais, tal como resulta expresso e inequívoco da decisão do TJUE.*

- *E, nessa medida, deve o regime que resulta daqueles normativos ser afastado, por força do princípio do primado, consagrado no artigo 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa (“CRP”) sendo, assim, forçoso concluir que não podem manter-se os atos tributários de retenção na fonte ora sindicados, porque manifestamente ilegais.*

4 – APRECIACÃO

Convocam-se para decidir, essencialmente, as seguintes normas:

DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA (TFUE),

Artigo 63.º

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

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

Artigo 65.º

“1. O disposto no artigo 63.º não prejudica o direito de os Estados-Membros:

a) 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;

b) Tomarem todas as medidas indispensáveis para impedir infrações às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal e de supervisão prudencial das instituições financeiras, preverem processos de declaração dos movimentos de capitais para efeitos de informação administrativa ou estatística, ou tomarem medidas justificadas por razões de ordem

2 - O disposto no presente capítulo não prejudica a possibilidade de aplicação de restrições ao direito de estabelecimento que sejam compatíveis com os Tratados.

3. As medidas e procedimentos a que se referem os n.ºs 1 e 2 não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º.

(...)”

DO ESTATUTO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS (EFB),

Artigo 22.º - Organismos de Investimento Coletivo (Redação do artigo 2.º do DL n.º 7/2015, de 13 de janeiro)

1 - 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.

(...)

3 - Para efeitos do apuramento do lucro tributável, não são considerados os rendimentos referidos nos artigos 5.º, 8.º e 10.º do Código do IRS, exceto quando tais rendimentos provenham de entidades com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada em portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, os gastos ligados àqueles rendimentos ou previstos no artigo 23.º-A do Código do IRC, bem como os rendimentos, incluindo os descontos, e gastos relativos a comissões de gestão e outras comissões que revertam para as entidades referidas no n.º 1.

(...)

10 - Não existe obrigação de efetuar a retenção na fonte de IRC relativamente aos rendimentos obtidos pelos sujeitos passivos referidos no n.º 1.

(...)”

No âmbito do processo C-545/19 (AllianzGI-Fonds AEVN), de 17 de Março de 2022, por sinal originado num pedido de reenvio prejudicial formulado pelo tribunal arbitral constituído no CAAD para o processo n.º 93/2019-T, no qual estava em causa um pedido de anulação de actos de retenção na fonte de IRC sobre dividendos pagos entre 2015 e 2016 a um organismo de investimento coletivo constituído ao abrigo da legislação alemã, estando este isento de imposto sobre o rendimento na jurisdição de residência e, por isso, não podendo neutralizar a tributação sofrida em Portugal por meio de retenção na fonte, como sucede no caso em apreço, o TJUE pronunciou 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”.

O Pleno da Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo proferiu, em 28 de setembro de 2023, o acórdão n.º 093/19.7BALSb, a uniformizar jurisprudência nos seguintes termos:

“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.”

Nesta senda, são plúrimos os exemplos de decisões arbitrais (DA) prolatadas por tribunais constituídos sob a égide do CAAD, como pode ilustrar-se com a proferida no P. 194/2019-T, em 19-09-2019.

Referindo o acórdão do TJUE de 10-04-2014, proferido no processo n.º C-190/12, “(...) resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que as medidas proibidas pelo artigo 63.º, n.º 1, TFUE, enquanto restrições aos movimentos de capitais, incluem as que são de molde a dissuadir os não residentes de investirem num Estado Membro ou a dissuadir os residentes desse Estado Membro de investirem noutros Estados (acórdãos de 18 de dezembro de 2007, A, C-101/05, Colet., p. I-11531, n.º 40; de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen, C-436/08 e C-437/08, Colet., p. I-305, n.º 50; e Santander Asset Management SGIIC e o., já referido, n.º 15).”

Acentuando que a diferença de tratamento fiscal dos dividendos, entre os fundos de investimento residentes e os fundos de investimento não residentes, baseada apenas nesse critério (residência), “*é suscetível de dissuadir, por um lado, os fundos de investimento estabelecidos num país terceiro de adquirirem participações em sociedades estabelecidas na Polónia [naquele caso] e, por outro, os investidores que residem nesse Estado Membro de adquirirem participações em fundos de investimento não residentes (v., neste sentido, acórdão Santander Asset Management SGIIC e o, já referido, n.º 17)*”, para concluir que daí resulta “*uma restrição à livre circulação de capitais proibida, em princípio, pelo artigo 63.º TFUE.*”

Confrontando o artigo 22.º, n.º 1, do EBF com o artigo 63.º do TFUE, observa ainda esse Tribunal Arbitral: “*Na verdade, as sociedades constituídas noutro Estado Membro serão tendencialmente não residentes em Portugal (como sucede no caso em apreço), pelo que este artigo 22.º, n.º 1, impondo-lhes um regime de tributação consideravelmente mais gravoso do que o aplicável às sociedades constituídas segundo a legislação nacional, tem potencialidade para «dissuadir os não residentes de investirem num Estado Membro», desde logo porque tem de enfrentar a concorrência de sociedades que usufruem do benefício fiscal, ficam em melhores condições para comercialização os seus produtos de investimento.*”

E prossegue:

“*É certo que, como diz a Autoridade Tributária e Aduaneira, «a alínea a) do n. 1 do Art.º 65.º do TFUE, permite que os Estados-membros apliquem "(...) as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido", tendo em conta a sua soberania fiscal, desde que, verificado o n.º 3 da mencionada disposição legal».*

Mas, como se refere no n.º 3 deste artigo 65.º, «as medidas e procedimentos a que se referem os n.ºs 1 e 2 não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º».

Neste caso, está-se perante uma discriminação arbitrária, pois não se vislumbra qualquer fundamento para a fazer, como ressalta da decisão da reclamação graciosa e da

posição assumida no presente processo pela Autoridade Tributária e Aduaneira, em que não é aventada qualquer justificação para a diferença de tratamento.

Por outro lado, se é certo que, como diz a Autoridade Tributária e Aduaneira, «o tratamento fiscal diferenciado de residentes e não residentes não é discriminatório, desde que uns e outros se encontrem em situações diferentes (...)», também o é que no caso presente, actuando a Requerente segundo a legislação nacional, encontra-se, quanto à sua actividade geradora de tributação em IRC, em situação idêntica à das sociedades constituídas segundo o direito nacional.

Como entendeu o Supremo Tribunal Administrativo no acórdão de 08-02-2017, proferido no processo n.º 0678/16, «para que uma regulamentação fiscal possa ser considerada compatível com as disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais, é necessário que a diferença de tratamento diga respeito a situações não comparáveis objectivamente ou se justifique por razões imperiosas de interesse geral», se «aquela restrição, substanciada em maior tributação de entidade não residente, não pode ser neutralizada, em concreto, por via da Convenção celebrada entre os Estados para evitar a dupla tributação».

Ainda sobre o argumento de não estarmos perante situações comparáveis, vem a propósito o que se fez constar DA prolatada no P. 621/2024-T, de 12-11-2024, ademais transcrevendo em parte a já mencionada jurisprudência do TJUE:

“Acresce que, tal como concluiu o TJUE, “a circunstância de os OIC não residentes não estarem sujeitos ao imposto do selo e ao imposto específico previsto no artigo 88.º, n.º 11, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas [tributações autónomas] não os coloca numa situação objetivamente diferente em relação aos OIC residentes no que se refere à tributação dos dividendos de origem portuguesa.” (cfr. Caso AllianzGI-Fonds AEVN, Proc-545/19, parágrafo 57).

(...)

De notar ainda que, como o TJUE concluiu, “a isenção da retenção na fonte dos dividendos em benefício dos OIC residentes não está sujeita à condição de os dividendos recebidos pelos organismos serem redistribuídos por estes e de a sua tributação na esfera dos detentores de participações sociais permitir compensar a isenção da retenção na fonte (v., por

analogia, Acórdão de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o., C 338/11 a C 347/11, EU:C:2012:286, n.º 52, e de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C 190/12, EU:C:2014:249, n.º 93)” (cfr. Caso AllianzGI-Fonds AEVN, Proc. C-545/19, parágrafo 79).

Como conclui, “[a] necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional não pode, por conseguinte, ser invocada para justificar a restrição à livre circulação de capitais induzida pela legislação nacional em causa no processo principal”, que é em tudo idêntico ao caso dos presentes autos arbitrais (cfr. Caso AllianzGI-Fonds AEVN, Proc. C-545/19, parágrafo 81).”

Aliás, como já se tinha notado nesse Aresto do TJUE “(...) um OIC não residente pode ter detentores de participações sociais que tenham residência fiscal em Portugal e sobre cujos rendimentos este Estado-Membro exerce o seu poder de tributação. Nesta perspetiva, um OIC não residente encontra-se numa situação objetivamente comparável à de um OIC residente em Portugal (v., por analogia, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 61)”.

Importa ainda referir que (conforme já expresso noutras decisões arbitrais) a eventual possibilidade de manter a tributação discriminatória, se o detentor do rendimento a neutralizar no Estado de Residência, será um facto impeditivo do direito à anulação com fundamento na ilegalidade (arts. 268.º, n. 4, da CRP e 99.º do CPPT) e, como tal, o ónus da prova recai sobre a AT, de harmonia com o preceituado no artigo 74.º, n.º 1, da LGT (que só impõe o ónus da prova dos factos constitutivos e não também dos impeditivos) e, sobretudo, à face do preceituado no art. 342.º, n.2, do CC: “*A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita*”.

Para além disso, no nosso Direito (que é o aplicável relativamente ao ónus da prova, que não é regulado pela legislação da União), as regras do ónus da prova situam-se a jusante do princípio do inquisitório (ac. do STA de 21-10-2009, processo n.º 583/09,), só podendo a AT invocar a falta de prova de qualquer facto relevante para a procedência da pretensão do

contribuinte quando, após ter realizado todas as diligências necessárias para o apurar (artigo 58.º da LGT) , chegar a uma situação de *non liquet*.

Ora, não é esta a situação que aqui se nos coloca, pois não resulta dos autos que a Requerida tenha lançado mão de qualquer diligência para apurar se o Requerente teve a possibilidade de neutralizar no Estado de Residência – Alemanha.

Noutro passo, não faz sentido dizer-se que a AT, por estar vinculada ao princípio da legalidade, está impedida de desaplicar uma norma interna com fundamento na violação do direito da União Europeia.

Pelo contrário, conforme evidenciou a DA proferida no P. n.º 951/2019- T, de 18-09-2020, *“a Constituição estabelece o princípio do primado do direito da União Europeia, como decorre do n.º 4 do artigo 8.º (...) Sendo que as normas e princípios de direito internacional comum são parte integrante do direito português com o conteúdo e extensão que possuem no plano jurídico-constitucional e vinculam o Estado Português, e, encontrando-se a Administração subordinada ao princípio da legalidade (artigo 266.º, n.º 2, da CRP), não pode deixar o cumprir o disposto nas disposições convencionais”*.

Pelo mesmo trilha seguiu o já mencionado Acórdão do Tribunal do CAAD, constituído no P. 194/2019, de 19-09-2019, ao exarar que

“De harmonia com o disposto no artigo 8.º, n.º 4, da CRP, «as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático».

A Secção do Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo tem decidido pacificamente no sentido da primazia do direito internacional convencional sobre o direito interno, como pode ver-se pelos acórdãos de 01-07-2015, proferido no processo n.º 0188/15, 17-06-2015, proferido no processo n.º 0187/15, e de 25-06-2015, proferido no processo n.º 0464/15, em que se entendeu que «nos termos do art. 8.º, n.º 2, da CRP, as normas de convenção internacional, quando regularmente adoptadas pelo Estado Português e publicadas na forma legal, prevalecem sobre o direito interno infraconstitucional, em tudo que seja conflituante com

este, motivo por que os tribunais devem recusar a aplicação de lei ou norma jurídica que viole tratado internacional a que Portugal se tenha vinculado", na esteira de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 4.ª edição, página 261. (1)¹

Focando no caso concreto, a prova revela que: o Requerente é, de acordo com o quadro regulatório e fiscal alemão, uma entidade jurídica de direito alemão, mais concretamente um Organismo de Investimento Coletivo ("OIC"), com residência fiscal na Alemanha, constituído sob a forma contratual e não societária, comumente designado de fundo de investimento, sendo um sujeito passivo de IRC, não residente para efeitos fiscais em Portugal, sem qualquer estabelecimento estável no país (Facto A); nos anos de 2022 e 2023, o Requerente era detentor de um lote de participações sociais na B..., S.A., sociedade residente, para efeitos fiscais, em Portugal, tendo recebido, na qualidade de acionista dessa sociedade, dividendos sujeitos a tributação em IRC em Portugal, por se tratar do Estado da fonte de obtenção dos mesmos (Facto B); Os referidos dividendos recebidos no decorrer dos anos de 2022 e 2023 foram sujeitos a tributação em IRC por retenção na fonte liberatória, à taxa de 25% prevista no n.º 4 do artigo 87.º do Código do IRC, atingindo o imposto a quantia de 49.400,00€ (Factos C, D e E).

Donde, emerge incontroverso o valor de 49.400,00€ como apurado e entregue ao Estado Português, nos anos de 2022 e 2023, em sede de IRC, por meio de retenção na fonte, a título de tributação sobre dividendos, pagos à Requerente. Acresce que a própria AT reconhece, nos artigos 5.º a 7.º da sua Resposta, que tal valor coincide com o indicado nas Declarações Modelo 30 entregues pelos substitutos tributários (C... ...), que se encontram na sua posse.

Concluindo, as retenções na fonte de IRC efetuadas ao aqui Requerente sobre dividendos distribuídos por sociedades portuguesas, nos anos de 2022 e de 2023, bem assim a

¹ Na mesma linha, podem ver-se os acórdãos da Secção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo de 24-04-2002, proferido no processo n.º 0159/02, de 10-07-2002, proferido no processo n.º 0160/02, de 05-02-2009, proferido no processo n.º 491/08. Embora haja divergências doutrinárias e jurisprudenciais, a primazia do direito internacional convencional sobre o direito interno tem sido maioritariamente reconhecida, como se refere, entre muitos, no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 242/2009, de 12-05-2009, proferido no processo n.º 250/09.

decisão de indeferimento da reclamação graciosa contra eles apresentada são ilegais, por assentarem em disposição legal que viola o princípio da livre circulação de capitais consagrado no artigo 63.º, n.º 1, do TFUE. Bem assim, impõe-se reconhecer como ilegal o artigo 22.º, n.ºs 1 e 10, do EBF na parte em que limita o regime nele previsto a sociedades constituídas segundo a legislação nacional, excluindo do mesmo as sociedades constituídas segundo legislações de outros Estados Membros da União Europeia. Nessa medida, os mencionados actos de retenção na fonte e a decisão da reclamação graciosa que os confirmou enfermam de vício de violação de lei, que justifica a sua anulação, de harmonia com o disposto no artigo 163.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, subsidiariamente aplicável nos termos do artigo 2.º, alínea c), da LGT.

Em conclusão, procede o pedido de pronúncia arbitral formulado pelo Requerente.

V. DEVOLUÇÃO DO IMPOSTO INDEVIDAMENTE COBRADO E JUROS INDEMNIZATÓRIOS

Na sequência da anulação das aludidas retenções na fonte, a Requerente tem direito a ser reembolsada das quantias indevidamente pagas e não reembolsadas, consoante o supra exposto, o que é consequência da anulação.

Atento o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º do RJAT, a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação vincula a Administração Tributária, nos exatos termos da procedência da decisão arbitral a favor do sujeito passivo, cabendo-lhe *“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 harmonia com o n.º 5 do artigo 24.º do RJAT, *“é devido o pagamento de juros, independentemente da sua natureza, nos termos previstos na Lei Geral Tributária e no Código de Procedimento e de Processo Tributário”*, o que nos remete para o disposto nos artigos 43.º, n.º 1, da LGT e 61.º, n.º 5, do CPPT, implicando o pagamento de juros indemnizatórios desde a data do pagamento indevido do imposto até à data do processamento da respetiva nota de crédito, em que são incluídos.

Nos termos do n.º 1 do artigo 43.º da LGT, “*são devidos juros indemnizatórios quando se determine, em reclamação graciosa ou impugnação judicial, que houve erro imputável aos serviços de que resulte pagamento da dívida tributária em montante superior ao legalmente devido*”.

O conceito de “erro imputável aos serviços” tem sido abundantemente interpretado pelos tribunais, entendendo-se que a actuação ilegal da Administração constitui sempre erro imputável aos serviços (acórdão STA, de 21-01-2015, proc. n.º 632/14). Assim, tendo a Administração Tributária errado nos pressupostos de facto e de Direito, como ficou demonstrado no caso presente, tal erro é imputável aos serviços, para efeitos da citada norma.

Em plena sintonia, o artigo 100.º da LGT estabelece que “*A administração tributária está obrigada, em caso de procedência total ou parcial de reclamações ou recursos administrativos, ou de processo judicial a favor do sujeito passivo, à plena reconstituição da situação que existiria se não tivesse sido cometida a ilegalidade, compreendendo o pagamento de juros indemnizatórios, nos termos e condições previstos na lei.*”

Tem, portanto, a Requerente o direito a ser reembolsada da quantia de 49.400,00€ e ainda a ser indemnizada, através de juros indemnizatórios calculados sobre aquela quantia, desde as datas dos pagamentos indevidos das retenções supra mencionadas até à data do processamento da respectiva nota de crédito, em que são incluídos, à taxa legal supletiva, nos termos dos artigos 43.º, n.ºs 1 e 4, e 35.º, n.º 10, da LGT, 61.º, n.º 5, do CPPT, 559.º do Código Civil e Portaria n.º 291/2003, de 8 de Abril.

VI. Decisão

Em face do exposto, o Tribunal julga procedente o pedido arbitral, decidindo:

- a)** Anular a decisão de indeferimento que recaiu sobre a Reclamação Graciosa n.º ...2024..., referente aos atos de retenção na fonte de IRC praticados nos anos de 2022 e 2023;
- b)** Anular os atos de retenção na fonte impugnados, no montante de 49.400,00€;

- c) Condenar a Requerida a reembolsar a Requerente do montante das retenções na fonte indevidamente suportadas - e que se mantiver retido à data da execução da presente decisão -, acrescido do pagamento de juros indemnizatórios, calculados sobre esse montante, nos termos acima expostos;
- d) Condenar a Requerida nas custas do processo.

VI. Valor da Causa

Fixa-se o valor da causa em 49.400,00€ (quarenta e nove mil e quatrocentos euros), nos termos do artigo 97.º-A, n.º 1, alínea a), do CPPT e do artigo 306.º, n.º 2, do CPC, *ex vi* artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária (“RCPAT”).

VII. Custas

Custas no montante de 2.142,00 (dois mil cento e quarenta e dois euros), a cargo da Requerida, de acordo com a Tabela I anexa ao RCPAT e com o disposto nos artigos 12.º, n.º 2, e 22.º, n.º 4, do RJAT, 4.º, n.º 5, do RCPAT e 527.º, n.ºs 1 e 2, do CPC, *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, alínea e) do RJAT.

Notifique-se.

Lisboa, 17 de Julho de 2025.

O Árbitro,

(A. Sérgio de Matos)