

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 516/2024-T

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

SUMÁRIO

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

DECISÃO ARBITRAL

I – Relatório

1. A..., SICAV, organismo de investimento colectivo ("OIC") constituído e a operar no Grão-Ducado do Luxemburgo sob supervisão da *Commission de Surveillance du Secteur Financier*, contribuinte fiscal português n.º ... e contribuinte fiscal luxemburguês n.º..., através da sua entidade gestora B..., S.A., com sede no Grão-Ducado do Luxemburgo (doravante "Requerente"), apresentou, no dia 8 de Abril 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

1.

-
- a Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante “AT” ou “Requerida”).
2. O Requerente pediu a pronúncia arbitral sobre a ilegalidade do indeferimento da reclamação graciosa (n.º ...2023...) e do pedido de revisão oficiosa (n.º ...2023...) por si apresentados, contra liquidações de IRC por retenção na fonte, ocorridas nos anos de 2020 e 2021, aquando da colocação à disposição do Requerente de dividendos decorrentes de participações detidas em sociedades residentes em território português, no montante total de € 136.095,82, tendo por objecto mediato a anulação das referidas liquidações, peticionando a restituição do imposto indevidamente suportado, acrescido dos correspondentes juros indemnizatórios.
 3. O pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite pelo Exmo. Presidente do CAAD e automaticamente notificado à AT.
 4. O Conselho Deontológico designou os árbitros do Tribunal Arbitral Colectivo, que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável, e notificou as partes dessa designação.
 5. As partes não se opuseram, para efeitos dos termos conjugados dos arts. 11º, 1, b) e c), e 8º do RJAT, e arts. 6º e 7º do Código Deontológico do CAAD.
 6. O Tribunal Arbitral Colectivo ficou constituído em 19 de Junho de 2024; foi-o regularmente, e é materialmente competente.
 7. Por Despacho de 19 de Junho de 2024, foi a AT notificada para, nos termos do art. 17º do RJAT, apresentar resposta.
 8. A AT apresentou a sua Resposta em 9 de Setembro de 2024, juntamente com o processo administrativo.
 9. Por Despacho de 30 de Setembro de 2024, foi dispensada a realização da reunião prevista no art. 18º do RJAT, e convidadas as partes a apresentar alegações escritas; solicitando-se ainda ao Requerente a produção de prova adicional.
 10. O Requerente apresentou alegações em 15 de Outubro de 2024, juntando prova adicional, e ainda, em 25 de Outubro de 2024, um requerimento com esclarecimentos relativos a essa prova adicional.
 11. A Requerida não apresentou alegações.

12. O Tribunal Arbitral foi regularmente constituído e é competente, atenta a conformação do objecto do processo.
13. O pedido de pronúncia arbitral é tempestivo.
14. As Partes têm personalidade e capacidade judiciárias e têm legitimidade.
15. A AT procedeu à designação dos seus representantes nos autos e a Requerente juntou procuração, encontrando-se assim as Partes devidamente representadas.
16. 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 um OIC, com sede e direcção efectiva no Grão-Ducado do Luxemburgo, 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 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, regula a actividade dos OIC.
2. O Requerente é residente no Grão-Ducado do Luxemburgo, nos termos e para os efeitos do art. 4.º da Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão em Matéria de Impostos sobre o Rendimento e o Capital entre a República Portuguesa e o Grão-Ducado do Luxemburgo (“CDT Portugal/Luxemburgo”).
3. O Requerente é administrado pela sociedade B..., S.A., igualmente residente no Grão-Ducado do Luxemburgo
4. Em 2020, o Requerente auferiu dividendos distribuídos por sociedades residentes em território português, no montante total de € 388.625,76, os quais foram sujeitos a tributação em Portugal em sede de IRC através de retenção na fonte liberatória, nos seguintes termos:

ENTIDADE	DATA	DIVIDENDO BRUTO	RETENÇÃO NA FONTE	DIVIDENDO LÍQUIDO
C...	03-07-2020	146.385,90	21.957,89	124.428,01
D...	20-07-2020	40.461,91	6.069,29	34.392,62
E...	15-06-2020	35.750,13	5.362,52	30.387,61
E...	15-05-2020	166.027,82	24.904,17	141.123,65

TOTAIS: 388.625,76 58.293,87 330.331,89

5. Em 2021, o Requerente auferiu dividendos distribuídos por sociedades comerciais residentes em território português, no montante total de € 518.678,62, os quais foram sujeitos a tributação em Portugal em sede de IRC através de retenção na fonte liberatória, nos seguintes termos:

ENTIDADE	DATA	DIVIDENDO BRUTO	RETENÇÃO NA FONTE	DIVIDENDO LÍQUIDO
D...	22-12-2021	7.723,78	1.158,57	6.565,21
D...	17-05-2021	17.596,28	2.639,44	14.956,84
F... SGPS	17-05-2021	116.927,42	17.539,11	99.388,31
G...	20-05-2021	37.574,25	5.636,14	31.938,11
H...	20-05-2021	80.931,00	12.139,65	68.791,35
L... SGPS	06-05-2021	150.833,90	22.625,09	128.208,81
E...	11-05-2021	107.092,99	16.063,95	91.029,04

TOTAIS: 518.679,62 77.801,95 440.877,67

6. As retenções na fonte de IRC referentes a 2020 (€ 58.293,87) e 2021 (€ 77.801,95) [total= € 136.095,82] foram efectuadas e entregues pelo J..., através das guias de retenção na fonte n.^{os} ..., ... e ..., ... e ...:

Tipo de Rendimento	Código do Valor Mobiliário	Data do Pagamento	Valor Bruto Rendimento (Modelo 30)	Valor Imposto Retido (Modelo 30)	N.º (s) da(s) Guia (s) na qual foi entregue o Imposto Retido	Data de Pagamento da Guia
Dividendos	PT []	03/07/2020	146 385,90	21 957,89	[]	20/08/2020
Dividendos	PT []	20/07/2020	40 461,91	6 069,29		20/08/2020
Dividendos	PT []	15/06/2020	35 750,13	5 362,52		20/07/2020
Dividendos	PT []	15/05/2020	166 027,82	24 904,17		20/06/2020
Total			388 625,76	58 293,87		

Tipo de Rendimento	Código do Valor Mobiliário	Data do Pagamento	Valor Bruto Rendimento (Modelo 30)	Valor Imposto Retido (Modelo 30)	N.º (s) da(s) Guia (s) na qual foi entregue o Imposto Retido	Data de Pagamento da Guia
Dividendos	PT	22/12/2021	7 723,78	1 158,57		20/01/2022
Dividendos	PT	17/05/2021	17 596,28	2 639,44		18/06/2021
Dividendos	PT	17/05/2021	116 927,42	17 539,11		18/06/2021
Dividendos	PT	20/05/2021	37 574,25	5 636,14		18/06/2021
Dividendos	PT	20/05/2021	80 931,00	12 139,65		18/06/2021
Dividendos	PT	06/05/2021	150 833,90	22 625,09		18/06/2021
Dividendos	PT	11/05/2021	107 092,99	16 063,95		18/06/2021
Total			518 679,62	77 801,95		

7. Juntamente com as alegações de 15/10/2024, correspondendo à solicitação de prova adicional contida no Despacho do Tribunal de 30 de Setembro de 2024, o Requerente juntou uma declaração de responsabilidade da entidade que está obrigada a efectuar a retenção na fonte, datada de 11/10/2024, na qual o substituto tributário (J...), reitera ter procedido à retenção e entrega de imposto que a Requerida alega não constar de uma declaração modelo 30:

Declaramos que foram pagos à entidade (A...), com sede em Luxemburgo, NIF ..., no ano de 2021, dividendos no valor total de € 107.092,99 pagos pela nossa empresa J..., NIPC ... conforme quadro que se segue:

Tipo de Rendimento	Código do Valor Mobiliário	Data do Pagamento	Valor Bruto Rendimento (Modelo 30)	Valor Imposto Retido (Modelo 30)	N.º (s) da(s) Guia (s) na qual foi entregue o Imposto Retido	Data de Pagamento da Guia
Dividendos	PT	11/05/2021	107.092,99	16.063,95		18/06/2021
Total			107.092,99	16.063,95		

8. Juntamente com as alegações de 15/10/2024, o Requerente juntou ainda uma declaração sua, datada de 11/10/2024, na qual discrimina dividendos brutos, imposto retido e dividendos líquidos correspondentes aos investimentos do A..., SICAV nos anos de 2020 e 2021:

ENTITY	DATE (DD- MM- YYYY)	GROSS DIVIDE ND AMOUN T	WITHH OLDIN G TAX	NET DIVIDE ND AMOUN T
C...	03-07-2020	146.385,90	21.957,89	124.428,01
D...	20-07-2020	40.461,91	6.069,29	34.392,62
E...	15-06-2020	35.750,13	5.362,52	30.387,61
E...	15-05-2020	166.027,82	24.904,17	141.123,65
D...	22-12-2021	7.723,78	1.158,57	6.565,21
D...	17-05-2021	17.596,28	2.639,44	14.956,84
F... SGPS	17-05-2021	116.927,42	17.539,11	99.388,31
G...	20-05-2021	37.574,25	5.636,14	31.938,11
H...	20-05-2021	80.931,00	12.139,65	68.791,35
I... SGPS	06-05-2021	150.833,90	22.625,09	128.208,81
E...	11-05-2021	107.092,99	16.063,95	91.029,04

9. Nessa declaração, o Requerente acrescenta ainda a seguinte informação:

“A..., SICAV was unable to claim a tax credit in Luxembourg for the withholding corporate income tax imposed on the dividends mentioned above, neither under the Double Tax Treaty between Portugal and Luxembourg nor under the Luxembourg domestic law.”

10. No dia 28 de Abril de 2023, o Requerente apresentou reclamação graciosa para apreciação da legalidade dos actos de retenção na fonte de IRC do ano de 2021, e apresentou um pedido de revisão oficiosa das liquidações de IRC referentes ao ano de 2020, solicitando, em ambos os procedimentos, a anulação dos actos por vício de ilegalidade decorrente de violação directa do Direito da União, bem como o reconhecimento do seu direito à restituição do imposto indevidamente suportado em Portugal – assente no entendimento sustentado pelo TJUE (em acórdão proferido em 17 de Março de 2022, Proc. n.º C-545/19, AllianzGI-Fonds AEVN) de que o Estado Português, ao sujeitar a retenção na fonte em IRC os dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal aos OIC estabelecidos em Estados

Membros da União Europeia, simultaneamente isentando de tributação a distribuição de dividendos a OIC estabelecidos e domiciliados em Portugal, viola o artigo 63.º do TFUE.

11. A 8 de Janeiro de 2024, o Requerente foi notificado da decisão de indeferimento expresso da reclamação graciosa n.º ...2023..., referente ao ano de 2021 – um indeferimento fundamentado na inaplicabilidade, a OICs não-residentes, do regime previsto no art. 22º, 1, 3 e 10 do Estatuto dos Benefícios Fiscais (“EBF”).
12. A 7 de Março de 2024, o Requerente foi notificado da decisão de indeferimento expresso da revisão oficiosa n.º ...2023..., referente ao ano de 2020 – com a mesma fundamentação.
13. No dia 8 de Abril de 2024, 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. Especificamente no que respeita à “questão prévia” apresentada pela Requerida na sua resposta, de que os dividendos distribuídos pela sociedade E..., em 11/05/2021, no valor de €107.092,99, não constam de nenhuma declaração Modelo 30, há que reconhecer que, tendo ocorrido substituição tributária, o Requerente fez prova bastante com os elementos de que dispunha, identificando com segurança – de modo inequívoco – o acto de retenção na fonte (retenção pelo J..., e entrega do imposto retido em 18 de Junho de 2021, através da guia nº ...), e depois a própria declaração Modelo 30 através da qual o substituto tributário comunicou à AT a correspondente liquidação (declaração #PT...com o código de submissão no Portal das Finanças n.º ...).
 6. Essa identificação preenche os requisitos do art. 74º, 2 da LGT, exonerando o Requerente de ulterior comprovação.
 7. Para lá disso, feita essa identificação – e na impossibilidade de o Requerente, ou mesmo este Tribunal, forçar o substituto tributário a juntar comprovativo documental desses actos identificados – poderia a Requerida ter impugnado essa identificação, provando que as referências eram erradas, como alegou. Não o fez, e deveria tê-lo feito, nos termos do art. 74º, 1 da LGT.
 8. Para deixarmos resolvido este ponto, esclareça-se, desde já, que a entrega da declaração Modelo 30 não esgota os meios de prova da existência da liquidação, da retenção na fonte e da entrega, nos cofres do Estado, do imposto retido. E esclareça-se também que uma deficiência de preenchimento da declaração Modelo 30 terá consequências próprias do incumprimento de deveres declarativos – mas não tem o efeito de tornar inexistente ou invisível a verdade material, que foi a de, no caso, o imposto ter sido efectivamente

liquidado, retido e entregue; não tem, por outras palavras, a potencialidade de converter-se a si mesma num incumprimento, já não de deveres acessórios, mas da própria obrigação tributária principal.

9. Assim, mesmo que se tivesse feito prova de que a declaração Modelo 30 foi deficientemente preenchida, omitindo os dividendos distribuídos pela sociedade E..., em 11/05/2021, no valor de €107.092,99 – o que não ficou provado pela Requerida, apesar de o ter alegado –, ainda assim a consequência não seria aquela que a Requerida sugere, nomeadamente a de não ter ocorrido retenção na fonte quanto a essa liquidação, ou a de não devermos considerar a existência de tal retenção.
10. 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.

III. Sobre o Mérito da Causa

III. A. Posição do Requerente

1. O Requerente alega que a Lei Portuguesa pratica uma discriminação contra os OIC não residentes que é contrária ao TFUE, na medida em que limita aos OIC residentes (que operem ao abrigo da Lei n.º 16/2015, de 24 de Fevereiro, que transpõe a Directiva 2009/65/CE) a possibilidade de aproveitarem o regime do art. 22º, 1, 3 e 10 do EBF, excluindo os não-residentes, mesmo quando estes últimos operem ao abrigo da Directiva 2009/65/CE, mesmo quando demonstrem que cumprem no seu Estado de residência exigências equivalentes às contidas na lei portuguesa.
2. Sublinha que, de acordo com o disposto no art. 4º, 1 do CIRC, os rendimentos obtidos em território português – *como os juros pagos e os dividendos distribuídos por entidades localizadas em território português* – são sujeitos a tributação em sede de IRC, independentemente de a entidade beneficiária se localizar, ou não, em Portugal

3. Significando isso que, mesmo que o beneficiário não disponha de sede, direcção efetiva ou estabelecimento estável em Portugal – como sucede com o Fundo –, os rendimentos por si auferidos são considerados obtidos em território nacional, e, assim, sujeitos a tributação em sede de IRC, nos termos do art. 4º, 2 e 3, c), subálnea 3) do CIRC.
4. Relativamente às entidades não residentes e sem estabelecimento estável em Portugal, a tributação ocorre por via de retenção na fonte com carácter definitivo, e aquando da respectiva data de vencimento, nos termos do art. 94º, 1, c), e 3, b) do CIRC.
5. Já no que respeita às entidades residentes, embora a percepção dos rendimentos seja igualmente sujeita a retenção na fonte, esta assume a natureza de imposto por conta do imposto devido a final, nos termos do art. 94º, 3 do CIRC. Assim, e contrariamente ao que sucede com as entidades não-residentes, a retenção efectuada às entidades residentes é posteriormente relevada na liquidação de IRC referente ao exercício no qual haja sido efectuada, através de uma dedução à coleta, diminuindo o imposto a pagar a final, e sendo passível de reembolso quando o seu valor exceda o da dívida total de imposto, nos termos dos arts. 90º, 2, e), e 104º, 2 e 3 do CIRC.
6. Quanto às taxas de IRC, a tributação liberatória das entidades não-residentes e sem estabelecimento estável em Portugal é, em princípio, efectuada à taxa de 25% (art. 87º, 4 do CIRC), enquanto as entidades residentes, sofrendo uma retenção na fonte não-liberatória à taxa de 25% (art. 94º, 4 do CIRC), são tributadas à taxa geral de 21%, prevista no art. 87º, 1 do CIRC.
7. Logo, por força do art. 22º do EBF a tributação de OIC não-residentes resulta mais gravosa do que a tributação de OIC residentes em território nacional, o que reflecte uma violação da liberdade de circulação de capitais, prevista no art. 63º do TFUE.
8. Isto porque, de acordo com o mencionado art. 22.º, 3, do EBF, para efeitos de apuramento do lucro tributável de um OIC residente, não são considerados os rendimentos de capitais, os rendimentos prediais e as mais-valias – pelo que, da interpretação conjunta dos arts. 22º, 1, 3 e 10 do EBF, e 5º, 1 e 2, h) do CIRS resulta não serem sujeitos a tributação em sede de IRC os juros e dividendos auferidos por OIC residentes.

9. Em contrapartida, não existem no ordenamento jurídico português normas análogas às dos n.ºs 3 e 10 do art. 22.º do EBF aplicáveis a OIC não residentes, que especificamente prevejam a dispensa de retenção na fonte sobre os juros pagos e dividendos distribuídos.
10. Daqui é legítimo inferir-se que a sujeição a retenção na fonte, ou dispensa dela, dos rendimentos de capitais auferidos por um OIC depende tão-só da sua residência fiscal no estrangeiro ou no território nacional, respectivamente.
11. Em suma, o benefício fiscal consagrado no art. 22º, 1, 3 e 10 do EBF, visando a não tributação da generalidade dos rendimentos de capitais auferidos por OIC residentes em Portugal, é bem mais favorável do que a tributação conferida às entidades não residentes, sem estabelecimento estável em território português.
12. Deste modo, um regime de exclusão de tributação, fundado exclusivamente no facto de a entidade beneficiária dos rendimentos não estar localizada em Portugal, consubstancia uma discriminação injustificada em função do lugar da residência, na medida em que coloca os OIC residentes em território nacional, que auferem juros e dividendos junto de outras sociedades portuguesas, numa situação de vantagem face às sociedades residentes noutros Estados-membros da União Europeia que recebam rendimentos da mesma natureza.
13. Não oferece dúvidas o facto de que as liberdades fundamentais consagradas no TFUE se opõem à diferença de tratamento fiscal entre OIC residentes e não-residentes em território português.
14. Assim sendo, é à luz do primado do Direito da União Europeia que caberá analisar a admissibilidade da aplicação exclusiva do benefício fiscal consagrado no artigo 22.º do EBF a OIC residentes em território nacional que auferem juros e dividendos, cumprindo para o efeito verificar:
 - a. Se a situação em apreço cai no âmbito de aplicação do TFUE;
 - b. Se os arts. 87º, 4 e 94º, 1, c), 3, b) e 6 do CIRC e 22º, 1, 3 e 10 do EBF, ao consubstanciarem uma discriminação entre OIC residentes e não residentes em Portugal, constituem uma restrição a uma das liberdades fundamentais previstas no TFUE; e

- c. Se existe um motivo justificativo para a restrição ao exercício dessa liberdade fundamental; e, em caso afirmativo, se essa restrição é proporcional ao fim que visa atingir.
15. O Requerente insiste em elucidar que a situação pela qual um residente de um Estado-membro recebe dividendos de uma participação no capital de uma sociedade residente noutro Estado-membro da União Europeia constitui uma operação intraeuropeia que se encontra abrangida pelo TFUE, conforme amplamente reconhecido por este mesmo Tribunal – cfr. acórdãos *Verkooijen* (Processo C -35/98), *Manninen* (Processo C-319/02), *ACT 4* (Processo C-374/04) e *Denkavit II* (Processo C-170/05).
16. Relativamente às participações detidas por uma sociedade residente num Estado-membro em sociedades residentes noutro Estado-membro, e que não confirmam uma influência certa nas decisões destas últimas, ou não lhes permitam determinar as respectivas atividades, o TJUE tem considerado que a percepção de juros e dividendos, não constituindo, em si mesma, uma circulação de capitais, pressupõe a participação em sociedades, a qual constitui uma manifestação inequívoca da livre circulação de capitais prevista no art. 63º do TFUE – cfr. acórdão *Verkooijen* (Processo C-35/98).
17. Ora, tratando-se no caso de participações no capital de sociedades residentes em Portugal inferiores a 50%, as mesmas não asseguram ao Requerente o controlo sobre estas sociedades nos termos do exercício do direito à liberdade de estabelecimento consagrada no art. 49.º do TFUE, pelo que a legislação portuguesa em análise será, como tal, potencialmente violadora da livre circulação de capitais prevista no art. 63.º, 1, do TFUE.
18. Neste contexto, caberá então determinar em que medida é que o tratamento fiscal diferenciado dos dividendos distribuídos por sociedades portuguesas a OIC residentes noutros Estados-Membros, constituídos e a operar ao abrigo da Directiva 2009/65/CE, previsto nos arts. 4.º, 2, 94.º, 1, c), 3, b), e 5, 87.º, 4, do CIRC e 22.º, 1, 3 e 10, do EBF, *face ao que é aplicável*, nos termos do art. 22.º, 1, 3 e 10, do EBF, aos OIC residentes em Portugal, constituídos e a operar em condições equivalentes, por força da legislação portuguesa que transpõe a referida Directiva, se traduz numa restrição à livre circulação de capitais.

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

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

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

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

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

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

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

24. Relativamente ao primeiro requisito alternativo, a situação pela qual uma sociedade portuguesa distribui dividendos a um OIC residente em Portugal é objectiva e inequivocamente comparável à situação em que o OIC é residente no Luxemburgo.
25. Quanto ao segundo requisito alternativo, o Requerente entende não se verificar qualquer razão imperativa de interesse geral susceptível de justificar o tratamento discriminatório provocado pelo art. 22º, 1, 3 e 10 do EBF e a consequente restrição ao exercício da liberdade europeia de circulação de capitais.
26. Deduz o Requerente que não existem quaisquer argumentos que possam justificar o tratamento discriminatório operado, pelo que um tal regime comporta uma restrição injustificada à livre circulação de capitais, contrária aos arts. 63º do TFUE e 8º, 4 da CRP.
27. Conclui que os actos tributários e decisório *sub judice* padecem de erro sobre os pressupostos de direito, na medida em que foram emitidos ao abrigo de legislação nacional contrária ao Direito da União Europeia, em clara violação do princípio do primado consagrado no art. 8º, 4 da CRP, pelo que requer que se declare tais actos ilegais, e sejam anulados, nos termos do art. 163º do CPA.
28. E remete para o veredicto do TJUE no processo que correu termos sob o n.º C-545/19 (*AllianzGI-Fonds AEVN*), no qual o TJUE se pronunciou sobre o regime português de tributação de dividendos auferidos por OIC – para concluir que a questão material controvertida se mostra integralmente resolvida por aquela instância comunitária.
29. Dessa orientação jurisprudencial do TJUE resultaria que, de acordo com as regras e princípios de Direito da União Europeia que prevalecem sobre a legislação nacional, nas situações como a dos autos impenderia sobre o Estado Português a obrigação de, no âmbito do exercício da sua soberania tributária sobre os dividendos auferidos pelo Requerente, tratar os mesmos de modo equiparável aos dividendos auferidos por um OIC accionista residente em situação análoga – ou seja, de não discriminar entre OIC accionistas residentes e não-residentes.
30. Tratar-se-ia, assim, de uma violação do princípio da livre circulação de capitais previsto no artigo 63º do TFUE e, consequentemente, do princípio do primado do Direito da União

Europeia, consagrado no artigo 8º, 4, da CRP, e que tem por consequência a não aplicação de Direito interno que seja contrário ao Direito da União Europeia.

31. O Requerente lembra que, na decisão *AllianzGI-Fonds AEVN, C-545/19*, o TJUE estabeleceu que:

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

32. Logo, a decisão do TJUE determina que o regime previsto nos arts. 94º, 1, c), 94º, 3, b), 94º, 4 e 87º, 4, todos do CIRC, não é compatível com o princípio da livre circulação de capitais – implicando a ilegalidade de tal regime, dado o primado do direito da União.

33. O Requerente lembra que foi o modo de concepção da isenção de IRC que determinou essa discriminação: no Regime Geral dos OIC (Lei n.º 16/2015, alterada pelo Decreto-Lei n.º 124/2015, de 7 de Julho), a constituição de um fundo de investimento de acordo com a ordem jurídica nacional implica a sua residência em Portugal, estando, assim, vedada a possibilidade de um OIC residente noutro Estado-Membro da UE beneficiar da norma de isenção prevista no artigo 22.º do EBF: daí que, nos casos de distribuição de dividendos por parte de sociedades residentes em Portugal a OIC não constituídos ao abrigo da lei portuguesa, os rendimentos obtidos em Portugal estivessem sujeitos a retenção na fonte liberatória a uma taxa de 25%.

34. Foi esse regime que o TJUE declarou ser incompatível com o art. 63º do TFUE, dado aquele regime redundar num tratamento desfavorável dos dividendos pagos aos OIC não residentes – em situações objectivamente comparáveis (como é o caso, sendo a única diferença a que resulta da própria discriminação), e sem que possa descortinar-se uma razão imperiosa, de interesse geral, para uma tal discriminação (tendo o TJUE afastado alegações sobre a necessidade de preservação da coerência do regime fiscal).

35. Resulta, assim, da citada jurisprudência que a legislação fiscal portuguesa – mormente, o art. 22º, 1, 3 e 10 do EBF – consubstancia um tratamento efectivamente discriminatório de

OIC em função do lugar da sua residência fiscal, não justificável à luz da liberdade europeia da livre circulação de capitais.

36. Lembra também o Requerente que o Direito da UE prevalece sobre o direito ordinário nacional, quer esteja em causa legislação adoptada anteriormente, quer estejam em causa actos legislativos, ou outros – e que um corolário é a não-aplicação das disposições internas contrárias ao Direito da União, bem como a proibição da introdução de disposições de Direito Interno contrárias a esse Direito da UE, constituindo erros de direito ambas as possibilidades.
37. Conclui que se impõe a anulação dos actos de retenção na fonte sindicados, assim como dos indeferimentos subsequentes; peticionando a restituição do imposto indevidamente suportado, acrescido dos juros indemnizatórios legalmente devidos, nos termos do art. 43º da LGT, já que entende ter existido erro imputável aos serviços, nos termos conjugados dos arts. 43º, 1 da LGT e 61º, 5 do CPPT.
38. O Requerente opõe-se ainda ao argumento de que a restrição do direito interno português poderia eventualmente ser neutralizada pelo Estado da residência do Requerente, através do mecanismo de crédito de imposto previsto no artigo 24.º, 2, da CDT Portugal/Luxemburgo: e isto porque, estando o Requerente isento de tributação em sede de imposto luxemburguês sobre os rendimentos das pessoas colectivas, não poderá reclamar tal crédito de imposto no Estado da sua residência.
39. O Requerente lembra que, de acordo com os critérios fixados pelo STA, 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 puder ser neutralizada, em concreto, por via da Convenção celebrada entre os Estados para evitar a dupla tributação – sendo que, precisamente, não há qualquer norma correspondente na Convenção entre a República Portuguesa e o Grão-Ducado do Luxemburgo para Evitar as Duplas Tributações e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre o Rendimento e o Património.

-
40. Desde logo, afasta o fundamento numa razão imperiosa de interesse geral, a susceptibilidade de invocação da “*rule of reason*”, ou regra de razoabilidade, assente em necessidades de (i) salvaguardar a coerência do regime fiscal português, (ii) garantir a preservação da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, (iii) evitar a diminuição de receitas fiscais ou (iv) garantir a eficácia dos controlos.
41. Lembra que, para que um Estado-Membro possa invocar a necessidade de preservar a coerência do seu sistema fiscal é necessário que exista um nexo directo – por estar em causa o mesmo contribuinte ou a mesma tributação – entre a isenção de tributação concedida aos dividendos recebidos por um OIC português e o facto dessa entidade ser residente em Portugal (TJUE, Acórdãos *Verkooijen* (Processo C-35/98), *Lankhorst* (Processo C-324/00) ou *Bosal Holdings* (Processo C-168/01)).
42. Assim, inexistindo um nexo directo entre a vantagem fiscal consagrada no artigo 22.º, 1, 3 e 10, do EBF, e a compensação dessa vantagem pela liquidação de um determinado imposto sobre os OIC residentes, não poderá a discriminação *sub judice* ser justificada com a necessidade de preservar a coerência do sistema fiscal português.
43. Sublinhando o Requerente, adicionalmente, que, estando isentos de tributação em sede de IRS ou IRC, *ex-vi* art. 22.º-A, 1, d), do EBF, os rendimentos obtidos por titulares (não residentes) de unidades de participação em OIC residentes em Portugal, e estando sujeitos a tributação os rendimentos pagos por OIC não residentes a titulares de unidades de participação residentes em território português, a justificação atinente à preservação da coerência do sistema fiscal não poderá em caso algum ser invocada.
44. Assinala o Requerente que tão-pouco poderá ser invocada como justificação a necessidade de garantir a preservação da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, lembrando o estabelecido pelo TJUE no Acórdão *Fidelity Funds* de 21 de Junho de 2018 (Processo C-480/16):

“como o Tribunal de Justiça já declarou, quando um Estado-Membro tenha optado, como na situação em causa nos processos principais, por não tributar os OIC residentes beneficiários de dividendos de origem nacional, não pode invocar a necessidade de garantir uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros para justificar a tributação dos OIC não residentes

beneficiários de tais rendimentos (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 48 e jurisprudência referida).”

45. E recorda a posição do TJUE no Acórdão *Emerging Markets* de 10 de Abril de 2014 (Processo C-190/12):

“Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a necessidade de salvaguardar a repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros pode ser aceite, designadamente, quando o regime em causa tenha por objetivo evitar comportamentos suscetíveis de comprometer o direito de um Estado-Membro exercer a sua competência fiscal em relação às atividades exercidas no seu território (acórdão Santander Asset Management SGIIC e o., já referido, n.º 47 e jurisprudência referida).

Todavia, quando um Estado-Membro tenha optado por não tributar os fundos de investimento residentes beneficiários de dividendos de origem nacional, não pode invocar a necessidade de garantir uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros para justificar a tributação dos fundos de investimento não residentes beneficiários de tais rendimentos (v., neste sentido, acórdão Santander Asset Management SGIIC e o., já referido, n.º 48 e jurisprudência referida).”

46. Para concluir que não se trata aqui de restrições justificadas por razões de segurança pública ou ordem pública, ou de salvaguarda da repartição equilibrada do poder de tributação entre Estados-Membros.

47. De igual modo entende afastados os argumentos da necessidade de evitar a diminuição de receitas fiscais e da necessidade de garantir a eficácia de controlos administrativos, remetendo para o Acórdão *Emerging Markets* do TJUE, de 10 de Abril de 2014 (Proc. C-190/12):

“A este respeito, basta recordar que, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, a redução de receitas fiscais não pode ser considerada uma razão imperiosa de interesse geral, suscetível de ser invocada para justificar uma medida,

em princípio, incompatível com uma liberdade fundamental (acórdão Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen, já referido, n.º 126).

Esta jurisprudência aplica-se quer à hipótese em que o Estado-Membro em causa renuncia a receitas fiscais em benefício de outro Estado-Membro quer se essa renúncia ocorre em benefício de um Estado terceiro. Em todo o caso, como refere o advogado-geral no n.º 127 das suas conclusões, as sociedades polacas continuam a estar sujeitas ao imposto sobre os lucros e o direito da União não impede o Estado-Membro em causa de, a mais longo prazo, renunciar a evitar a dupla tributação, impondo-lhe a adoção ou a manutenção de medidas que visam eliminar as situações de dupla tributação

(...)

ao excluir da isenção fiscal os fundos de investimento não residentes pelo simples motivo de estarem estabelecidos no território de um Estado terceiro, a legislação fiscal nacional em causa no processo principal não concede a esses contribuintes a possibilidade de provar que cumprem exigências equivalentes às contidas na Lei sobre os fundos de investimento”.

48. Acrescentando o Requerente que o Estado português não pode justificar a discriminação em referência com a necessidade de garantir a eficácia de controlos administrativos na medida em que nem sequer concede aos OIC não residentes a possibilidade de comprovarem que cumprem, no seu Estado-Membro de residência, exigências equivalentes às previstas na legislação portuguesa.
49. Reforçando ainda o seu argumento de que o Estado português não pode justificar a discriminação em referência com a necessidade de evitar a fraude e a evasão fiscal ou de garantir a eficácia de controlos administrativos na medida em que tal resultaria numa presunção inilidível, e como tal contrária ao princípio da proporcionalidade, do carácter artificioso das operações em causa e do incumprimento por parte do Requerente, no seu Estado de residência, de exigências equivalentes às previstas na legislação portuguesa.
50. E rematando que as eventuais dúvidas que subsistissem relativamente à impossibilidade de justificar a restrição à livre circulação de capitais decorrente do regime consagrado no artigo

22.º do EBF ficaram definitivamente dissipadas face à posição afirmada pelo TJUE no Acórdão *AllianzGI-Fonds AEVN* de 17 de Março de 2022 (Processo n.º C-545/19).

51. Tal como o *AllianzGI-Fonds AEVN*, o Requerente:

1. É um OIC constituído e a operar ao abrigo das Directivas 2009/65/CE e 2011/61/EU, com sede noutra Estado-Membro da União Europeia;
2. Auferiu rendimentos de capitais de fonte portuguesa sujeitos a tributação em sede de IRC, através de retenção na fonte liberatória, nos termos dos artigos 4.º, n.º 2, 94.º, n.º 1, alínea c), 3, alínea B), e 87.º, n.º 4, do CIRC, não tendo beneficiado do regime previsto no artigo 22.º, n.ºs 1, 3 e 10, do EBF;
3. Não logrou obter um crédito de imposto relativo ao imposto suportado em Portugal, na medida em que se encontra isento de imposto sobre as sociedades no seu Estado de residência.

52. Daí infere o Requerente que as liquidações de IRC por retenção na fonte e as decisões de indeferimento da reclamação graciosa e da revisão oficiosa enfermam de vício de violação de lei consubstanciado na violação do princípio da livre circulação de capitais previsto no art. 63.º do TFUE e, conseqüentemente, na violação do princípio do primado do Direito da União Europeia insito no art. 8.º, 4, da CRP, o qual deverá, nos termos do art. 163.º do CPA, determinar a respectiva anulação, com a conseqüente restituição do imposto indevidamente retido na fonte, no montante total de € 136.095,82, ao abrigo do art. 100.º da LGT.

53. O Requerente, em conseqüência, peticiona, ao abrigo dos arts. 43.º, 1 da LGT, e 61.º, 5, do CPPT (e do princípio geral do art. 22º da CRP), o pagamento de juros indemnizatórios, relativamente ao montante de € 77.801,95 indevidamente retido na fonte e respeitante ao ano de 2021.

54. Relativamente às liquidações correspondentes ao ano de 2020, peticiona o pagamento de juros indemnizatórios, computados sobre o montante de € 58.293,87 indevidamente retido na fonte, e calculados nos termos do art. 43º, 3, d) da LGT, visto a revisão dos actos tributários vir a efectuar-se mais de um ano após o pedido do Requerente.

55. Em alegações, o Requerente, para lá de justificar a junção de novos elementos de prova, em resposta ao solicitado em Despacho de 30 de Setembro de 2024, começa por contestar a alegada falta de prova de retenção na fonte do IRC (no valor de € 16.063,95) correspondente

aos dividendos distribuídos pela sociedade E..., em 11/05/2021, no valor de €107.092,99. Lembra que não é o Requerente que, nessa matéria, tem relação directa com a AT, mas antes o substituto tributário, J... .

56. Para lá de toda a prova produzida quanto a esse facto, o Requerente sublinha que são o substituto tributário e a AT – mas não o Requerente – que dispõem da informação relativa aos montantes retidos e às guias de retenção na fonte do imposto subjacente aos actos tributários controvertidos na presente sede, os quais incidiram sobre os dividendos auferidos pelo Requerente em 2021.
57. E insiste que é a AT que se encontra em condições de identificar, pelos seus próprios meios, a partir dos elementos facultados pelo Requerente, nos termos dos arts. 58.º e 74.º, 2, da LGT, o Requerente como beneficiário dos rendimentos em referência, para confirmar o montante do IRC retido na fonte em cada caso, que esse montante foi entregue nos cofres da Fazenda Pública e através de que guias, não tendo o Requerente ao seu alcance outros elementos que lhe permitam pronunciar-se sobre o teor das declarações Modelo 30 subjacentes aos actos tributários controvertidos.
58. Alega que não poderá deixar de se conhecer o pedido de declaração de ilegalidade formulado pelo contribuinte, por falta de identificação do acto impugnado, nos termos do art. 108.º, 1, do CPPT, sob pena de violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva, decorrente do art. 268.º, 4, da CRP.
59. E que seria inconstitucional, por violação do princípio da tutela jurisdicional efectiva, decorrente do art. 268.º, 4, da CRP, a interpretação normativa da norma extraída do art. 108.º, 1, do CPPT, que permita à AT ou aos Tribunais judiciais ou arbitrais, sem encetar as diligências necessárias e adequadas, ainda que junto de terceiros, *maxime* junto do substituto tributário, com vista à identificação do acto tributário de retenção na fonte objecto de reclamação graciosa, revisão oficiosa, impugnação judicial ou impugnação arbitral, abster-se de conhecer do pedido de declaração de ilegalidade formulado nesses procedimentos pelo substituído (sujeito passivo indirecto), por falta de identificação do acto impugnado.
60. Seguidamente, o Requerente reitera e recapitula factos e argumentos já contidos no pedido de pronúncia, concluindo novamente que a aplicação do regime previsto nos arts. 4.º, 2, 94.º, 1, c), 3, b), e 5, 87.º, 4, do CIRC e 22.º, 1, 3 e 10, do EBF, se traduziu numa restrição

à livre circulação de capitais prevista no art. 63.º do TFUE, na medida em que implicou uma tributação por retenção na fonte sobre os dividendos pagos ao Requerente, a qual não ocorreria caso os mesmos tivessem sido pagos a um OIC residente em Portugal.

61. Em requerimento de 25 de Outubro de 2024, o Requerente adiantou a informação de que os dividendos distribuídos pela sociedade E..., em 11/05/2021, no valor de €107.092,99, foram comunicados pelo substituto tributário J... à AT através da declaração Modelo 30 #PT ... com o código de submissão no Portal das Finanças n.º ..., cuja cópia não foi disponibilizada pelo referido substituto tributário por questões de confidencialidade dos dados aí referentes a outros contribuintes.
62. Nesse mesmo requerimento de 25 de Outubro de 2024, o Requerente analisa o disposto na CDT Portugal / Luxemburgo, assinalando que o regime convencional do seu art. 24.º, 1, a) e b), reflecte um método de imputação ordinária, permitindo o recurso a um crédito de imposto para dedução parcial do imposto estrangeiro – o qual, contudo, só existiria na medida em que o Luxemburgo tributasse os dividendos obtidos em Portugal, o que não sucede, visto que o Luxemburgo não faz uso da faculdade que lhe é concedida pelo art. 10.º, 1 da CDT.
63. Ora, não concedendo o Luxemburgo o referido crédito de imposto, conclui o Requerente não ser possível neutralizar o tratamento discriminatório resultante do Direito interno português, por não ser recuperável por ele um valor correspondente ao imposto suportado em Portugal (por retenção na fonte).
64. Ou seja, o Luxemburgo não concedeu ao Requerente qualquer crédito de imposto (pelo valor do IRC retido na fonte em Portugal) que pudesse gerar um efeito neutralizante da discriminação a que o mesmo foi sujeito em Portugal à luz da pertinente legislação nacional.

III. B. Posição da Requerida

1. Na sua resposta, a Requerida começa por assinalar que nas declarações Modelo 30 submetidas pelo substituto tributário não constam os dividendos distribuídos pela sociedade E..., em 11/05/2021, no valor de €107.092,99.

2. 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.
3. 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.
4. 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).
5. 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.
6. 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.

7. 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.
8. 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, 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.
9. 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.
10. 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.
11. Para avaliar se a legislação nacional aplicável aos OIC constituídos e estabelecidos em Portugal é discriminatória relativamente ao tratamento dos fundos de investimentos de outros Estados-Membros, não basta, segundo a Requerida, olhar apenas o art. 22.º, 10 do EBF, pois, mesmo quando o que é sindicado é a tributação incidente sobre os dividendos pagos por uma sociedade residente a um fundo de investimento estabelecido num Estado-

- Membro, impõe-se levar em conta todos os ónus fiscais incidentes sobre tais rendimentos e sobre os activos que lhes dão origem.
12. Deste modo, embora sobre os dividendos pagos por sociedades residentes aos OIC abrangidos pelo art. 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 art. 22.º, 8 do EBF, excepto se as correspondentes acções forem detidas, de modo ininterrupto, por período igual ou superior a um ano. Acresce que as acções integram o património dos OIC, e, caso os rendimentos provenientes dos dividendos sejam capitalizados, i.e., reinvestidos pelo Fundo, entram para o cálculo do valor tributável em Imposto do Selo, nos termos definidos no art. 9.º, 5 do CIS.
 13. Consequentemente, reitera a Requerida que, para avaliar se da legislação nacional resulta um tratamento discriminatório dos fundos de investimento de outros Estados-Membros contrário ao TFUE, por constituir uma restrição à liberdade de circulação de capitais, a análise requer uma visão global, para poder concluir-se, com um mínimo de segurança, que os fundos estrangeiros que investem em acções de sociedades residentes em Portugal são colocados numa situação desfavorável.
 14. Quanto à liberdade de circulação de capitais e a correspectiva proibição de discriminação entre capitais do Estado-Membro e capitais provenientes de fora, a Requerida assinala que o TJUE tem sucessivamente acolhido e sublinhado o valor enumerativo e indicativo, mas não exaustivo, da Directiva n.º 88/361/CEE, de 24 de Junho de 1988, incluindo o respectivo Anexo I, nomeadamente o número IV, onde se subsume ao conceito uma vasta constelação de operações e transacções transfronteiriças sobre certificados de participação em organismos de investimento colectivo, incluindo os relevantes no caso em apreço.
 15. Com efeito, a distribuição de dividendos efectuada por sociedades residentes em Portugal ao Requerente é passível de ser qualificada como movimento de capital, na acepção do art. 63.º do TFUE e da própria Directiva 88/361/CEE.
 16. Reconhecendo que o artigo 63.º do TFUE visa assegurar a liberalização da circulação de capitais dentro do mercado interno europeu, e entre este e países terceiros, proibindo, por isso, qualquer restrição ou discriminação que resulte do tratamento fiscal diferenciado concedido pelas disposições da lei nacional a entidades de Estados-membros ou de países

terceiros que crie condições financeiras mais desfavoráveis a estes últimos, e seja susceptível de os dissuadir de investir em Portugal, a Requerida chama a atenção, em contrapartida, para os direitos que o art. 65º do TFUE reconhece aos Estados-Membros, em contraponto ao princípio enunciado no art. 63º.

17. A Requerida insiste que o imposto retido ao Requerente poderá eventualmente dar lugar a um crédito de imposto por dupla tributação internacional, tanto na esfera do Requerente, como na esfera dos seus investidores – assinalando que o Requerente não provou se, no caso concreto, existiu, ou não, um crédito de imposto por dupla tributação internacional na esfera do próprio Requerente, ou dos investidores.
18. Conclui a Requerida que 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 – não sendo legítimo inferir-se a partir da simples comparação dos arts. 22º do EBF e 63.º do TFUE.
19. Quanto aos juros indemnizatórios, a Requerida entende que não estão reunidos os respectivos pressupostos – mas, à cautela, assinala que, dado ter havido um pedido de revisão oficiosa, a contagem de um eventual direito a juros indemnizatórios só deveria iniciar-se em 3 de Maio de 2024.

III. C. Fundamentação da decisão

III. C.1. Objecto

1. Decidida anteriormente (em **II. C. Fundamentação da matéria de facto**) a questão da prova, na qual se concentra uma parte importante da argumentação da Requerida, consideremos o mérito da causa, a partir da matéria de facto que demos por provada.
2. A questão a decidir no presente processo é idêntica a outras sobre as quais a arbitragem do CAAD tem sido chamada a pronunciar-se e reconduz-se a saber se o art. 63º do TFUE deve, ou não, ser interpretado no sentido de vedar que a legislação de um Estado-Membro imponha a retenção na fonte da tributação correspondente a juros e dividendos distribuídos

por sociedades residentes a um OIC não-residente, ao passo que os juros e dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.

3. No caso, devemos apreciar a legalidade dos indeferimentos expressos da reclamação graciosa e do pedido de revisão apresentados pelo Requerente, e, mediatamente, a legalidade das liquidações de IRC, por retenção na fonte, que incidiram sobre os juros e dividendos de fonte portuguesa auferidos pelo Requerente em 2020 e 2021, para efeitos de se saber se deve seguir-se a restituição do imposto retido, acrescido de juros indemnizatórios.

III. C.2. O art. 22º do EBF

4. 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.
5. 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.

6. 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.
7. 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.
8. 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

9. 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.
10. 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.
11. 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.

12. 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.
13. 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.
14. 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.
15. 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.
16. 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.
17. 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.
18. 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.
19. 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.
20. 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.

21. A densificação do âmbito normativo da liberdade de circulação de capitais tem sido levada a cabo pelo TJUE, acolhendo e sublinhando o valor enumerativo, mas não exaustivo, da Directiva n.º 88/361/CEE, de 24 de Junho de 1988, incluindo o respectivo Anexo I número IV, no qual se integra, no conceito de liberdade de circulação, um amplo conjunto de operações e transacções transfronteiriças sobre certificados de participação em organismos de investimento colectivo, nas quais se incluem as que estão em causa nos presentes autos: razão pela qual a distribuição de juros e dividendos efectuados ao Fundo gerido 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.
22. 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.
23. 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.
24. 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

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

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

25. 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.”

26. 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.

27. 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.

28. 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.

29. Para o TJUE, é significativo o facto de que a isenção fiscal prevista pela legislação nacional em causa é concedida aos OIC constituídos e que operam de acordo com a legislação portuguesa, ao passo que os dividendos pagos a OIC estabelecidos noutra Estado-Membro não podem beneficiar dessa isenção.
30. 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.
31. 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.
32. É entendimento do TJUE, portanto, que as liberdades de circulação de capitais e de

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

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.

33. 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.
34. 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.
35. Com efeito, a derrogação prevista no art. 65º, 1, a) do TFUE é, ela própria, limitada pelo disposto no nº 3 do mesmo artigo, que prevê que as disposições nacionais a que se refere o nº 1 desse artigo não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos: ou seja, as restrições têm como limite a garantia da própria liberdade de circulação de capitais³.
36. No entender do TJUE, plasmado na decisão *AllianzGI-Fonds AENV*, há que distinguir as diferenças de tratamento permitidas pelo art. 65º, 1, a) do TFUE, das discriminações proibidas pelo nº 3 do mesmo artigo.
37. 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.
38. Sobre a questão de saber se a situação dos fundos de investimento residentes e não residentes em Portugal é objetivamente comparável, o TJUE, depois de ponderados os argumentos do Estado Português (em tudo idênticos aos aqui expostos pela AT), reiterou o

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

seu entendimento segundo o qual, a partir do momento em que um Estado, de modo unilateral ou por via convencional, sujeita ao imposto sobre o rendimento não só os contribuintes residentes mas também os contribuintes não-residentes, relativamente aos juros ou dividendos que auferem de uma sociedade residente, a situação dos referidos contribuintes não-residentes se assemelha à dos contribuintes residentes.

39. No caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, o TJUE considerou que a legislação nacional em causa no processo principal – o mesmo regime fiscal aqui em análise – não se limita a prever diferentes modalidades de cobrança de imposto em função do local de residência do OIC beneficiário de juros e dividendos de origem nacional; mas prevê, na realidade, uma tributação sistemática dos referidos rendimentos que onera apenas os OIC não-residentes.
40. Por exemplo, no que respeita ao IS, o TJUE entendeu serem decisivos o facto de, por um lado, a sua matéria colectável ser constituída pelo valor líquido contabilístico dos OIC, sendo esse IS um imposto sobre o património, que não pode ser equiparado a um imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas; e, por outro lado, a legislação fiscal portuguesa distinguir, no caso dos OIC residentes, entre o rendimento do capital acumulado e o que é imediatamente redistribuído, apenas o primeiro sendo englobado na matéria colectável do referido Imposto do Selo.
41. 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.
42. 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.
43. 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.

44. 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.
45. 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.
46. 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.
47. 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.

-
48. O Fundo gerido pelo Requerente, residente no Luxemburgo, pode ter investidores estrangeiros, incluindo portugueses, e os fundos fiscalmente residentes em Portugal podem ter investidores estrangeiros, incluindo luxemburgueses.
49. 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.
50. 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.
51. 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.
52. 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.
53. 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.
54. 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.
55. Por outras palavras: considerando que o único critério de distinção estabelecido pela legislação nacional se baseia no lugar de residência dos OIC, sujeitando apenas os organismos não-residentes a uma retenção na fonte dos rendimentos de capital que recebem, o que deve relevar é o impacto directo que as normas tributárias têm na actividade dos fundos, e não na situação fiscal dos investidores individualmente considerados. Estes não têm necessariamente a mesma nacionalidade dos fundos, o que deve ser considerado normal, até porque os investimentos transfronteiriços são um dos objectivos do mercado

-
- interno e da liberdade de circulação de capitais no âmbito da União Europeia.
56. 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.
57. 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.
58. 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.
59. Logo, a diferença de tratamento entre os OIC residentes e os OIC não-residentes diz respeito a situações objetivamente comparáveis.
60. Por outro lado, como reconheceu o TJUE no caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, uma restrição à livre circulação de capitais pode ser admitida se se justificar por razões imperiosas de interesse geral, for adequada a garantir a realização do objectivo que prossegue e não for além do que é necessário para alcançar esse objectivo, sendo tais razões, por um lado, a necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional, e, por outro, a de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre Portugal e outro Estado-Membro da UE, como o Luxemburgo.
61. 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.
62. 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.
63. 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.
64. 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.
65. 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 nº 7/2024 do STA

66. 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.”

67. 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.

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

69. Conduzindo à conclusão de que os actos de retenção na fonte objecto dos presentes autos, bem como as decisões de indeferimento da reclamação graciosa e do pedido de revisão oficiosa que se lhes reportaram, 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

70. O Requerente peticiona, nos termos dos arts. 43.º, 1 da LGT e 61.º, 5, do CPPT o pagamento de juros indemnizatórios, relativamente ao montante de € 77.801,95 indevidamente retido na fonte, e respeitante ao ano de 2021; e, nos termos do art. 43º, 3, d) da LGT, peticiona o pagamento de juros indemnizatórios, relativamente ao montante de € 58.293,87 indevidamente retido na fonte, e respeitante ao ano de 2020.

71. 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”*.

72. 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”*.
73. 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.
74. 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.
75. 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.
76. 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.

-
77. 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.
78. Estamos assim, neste caso, perante uma actuação por parte da AT que se traduz num “erro imputável aos serviços”, para efeitos da aplicação art. 43º da LGT.
79. Atendendo ao estabelecido no art. 61º do CPPT, o Requerente tem direito a juros indemnizatórios à taxa legal, contados desde a data do indeferimento da reclamação graciosa (momento em que se consuma o “erro imputável aos serviços”) até à data do processamento da respectiva nota de crédito, em que são incluídos.
80. Lembremos que, quanto ao ano de 2021, o Requerente apresentou, não um pedido de revisão oficiosa, mas uma reclamação graciosa, pelo que não se aplica aqui o regime especial do art. 43º, 3, c) da LGT.
81. Segundo 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.
82. Já quanto ao ano de 2020 o Requerente apresentou um pedido de revisão oficiosa, aplicando-se, nesse caso, o regime especial do art. 43º, 3, c) da LGT.
83. Logo, quanto a 2021 os juros indemnizatórios contam-se a partir da data do indeferimento da reclamação graciosa; e quanto a 2020 os juros indemnizatórios contam-se a partir de um ano após a apresentação do pedido de revisão oficiosa.

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 artº. 43, nºs. 1 e 3, da L.G.T.*” – Acórdão do STA de 29-06-2022, Proc. n.º 93/21.7BALS.B.

84. 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, nomeadamente questões de constitucionalidade e de reenvio prejudicial suscitadas, a título subsidiário, pelo Requerente – art. 608.º do CPC, *ex vi* art. 29º, 1, e) do RJAT.

IV. Decisão

Nos termos expostos, acordam neste Tribunal Arbitral em:

- a) Julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral, declarando a ilegalidade dos actos tributários de retenção na fonte ora sindicados, por erro nos pressupostos de direito, especificamente por violação da liberdade de circulação de capitais consagrada no artigo 63º do TFUE, e declarando a ilegalidade da decisão de indeferimento da reclamação graciosa e do pedido de revisão apresentados 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 pelo Fundo gerido pelo Requerente, sobre juros e dividendos distribuídos em 2020 e 2021;
- c) Condenar a Autoridade Tributária e Aduaneira no pagamento de juros indemnizatórios, à taxa legal, contados desde um ano após a apresentação do pedido de revisão oficiosa (relativamente aos actos de 2020) e desde a data do indeferimento da reclamação graciosa (relativamente aos actos de 2021), 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 € 136.095,82 (cento e trinta e seis mil, noventa e cinco euros e oitenta e dois 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, 4 de Dezembro de 2024

Os Árbitros

Fernando Araújo

Magda Feliciano

Ricardo Rodrigues Pereira