

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 477/2024-T

Tema: IRC 2020. Retenção na Fonte de IRC no pagamento de dividendos a OIC não residente. OIC residente no Luxemburgo. Liberdade de circulação de capitais.

SUMÁRIO:

- 1) A legislação portuguesa ao tributar por retenção na fonte (RF) em IRC dividendos de fonte portuguesa distribuídos a Organismos de Investimento Colectivo (OIC) constituídos ao abrigo da legislação de outro Estado Membro - ao mesmo tempo que permite aos OIC equiparáveis constituídos ao abrigo da legislação nacional beneficiar, em idêntica situação, de isenção dessa retenção na fonte - não é compatível com o Direito da UE;
- 2) Por violação da liberdade fundamental de circulação de capitais consagrada no Art.º 63.º do TFUE e em aplicação da Jurisprudência do TJUE, *cfr.* Acórdão de 17.03.2022, Proc. C-545/19, e, bem assim, Acórdão do STA de 28.09.2023, proc. 93/19.7BALS.B, do Pleno da 2.ª Secção;
- 3) As liquidações de IRC por RF sobre dividendos distribuídos a OIC não residente em Portugal e residente em Estado Membro da UE, em aplicação dessa mesma legislação são, consequentemente, de anular;
- 4) Quando de RF se trate, passa a haver erro imputável à Autoridade Tributária e Aduaneira após indeferimento do respectivo procedimento gracioso, e funciona como *dies a quo* para cômputo de juros indemnizatórios a data do indeferimento, expresso ou tácito, consoante (a haver duas datas) o que ocorra em primeiro lugar.

DECISÃO ARBITRAL

Os árbitros Carla Castelo Trindade (Árbitro-presidente), José Coutinho Pires (Árbitro-vogal) e Sofia Ricardo Borges (Árbitro-vogal relatora), designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) para formar o presente Tribunal Arbitral Coletivo, constituído em 14 de Junho de 2024, acordam no seguinte:

1. Relatório

1.

A..., Organismo de Investimento Coletivo constituído de acordo com o direito luxemburguês, com sede em ..., ..., Luxemburgo, e com o número de identificação fiscal português ... (doravante “Requerente”, “Sujeito Passivo” ou “SP”), vem, ao abrigo dos art.ºs 2.º, n.º 1 al. a) e 10.º, n.º 1 al. a) do Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (D.L. n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, doravante “RJAT”), submeter ao CAAD pedido de constituição do Tribunal Arbitral.

Peticiona, assim, a declaração de ilegalidade de actos de retenção na fonte, em IRC, reportados ao exercício de 2020.

Às retenções na fonte (“RF”) em crise corresponde um valor total de € 63.271,55.

O Requerente é uma entidade jurídica de direito luxemburguês, a saber, um Organismo de Investimento Colectivo (“OIC”), com residência fiscal no Luxemburgo, constituído sob a forma contratual e não societária. E é, para efeitos fiscais em Portugal, sujeito passivo de IRC não residente (“NR”) e sem estabelecimento estável.

Detém, em Portugal, investimentos financeiros, a saber, participações sociais em sociedades aqui residentes fiscais. E no ano de 2020 recebeu dividendos destas sociedades. Dividendos que foram sujeitos a retenção na fonte (“RF”) à taxa de 25%.

Suportou, assim, em Portugal, no ano de 2020, a quantia total de imposto de € 63.271,55.

Apresentou reclamação graciosa (“RG”) solicitando a anulação dos actos de RF, pugnando pela sua ilegalidade por violação do Direito da União Europeia (“Direito da UE” ou “DUE”), e foi depois notificado de decisão de indeferimento da mesma.

Não se conforma com a decisão de indeferimento, que considera incorrer em vício de violação de lei, pelo que apresenta o pedido de pronúncia arbitral.

Segundo sustenta, a questão material controvertida nos autos encontra-se integralmente resolvida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”). Decorre do Acórdão de 17.03.2022 no processo C-549/19 (AllianzGI-Fonds AEVN) a procedência do presente pedido. O declarado pelo TJUE no Acórdão que convoca significa, segundo expõe, que “o regime previsto nos artigos 94.º n.º 1 alínea c), 94.º n.º 3 alínea b), 94.º n.º 4 e 87.º n.º 4, todos do CIRC, ao prever que os rendimentos obtidos em Portugal por OIC não residentes estão sujeitos a retenção na fonte liberatória em sede de IRC a uma taxa de 25% (enquanto se prevê uma isenção de tributação aplicável, nos termos do artigo 22.º do EBF, a dividendos auferidos por OIC residentes) não é compatível com o princípio da livre circulação de capitais”.

Assim, defende, o regime resultante dos ditos normativos deve ser afastado, por força do princípio do primado, e os actos tributários em crise não podem manter-se, por ilegais. Sendo o processo principal na origem do Acórdão do TJUE em tudo idêntico ao dos presentes autos.

Resulta daquele Acórdão do TJUE que o regime interno foi julgado incompatível com o Direito da UE. A reclamação graciosa e os actos de RF de IRC em crise devem ser anulados, por ilegais por violação do princípio do primado consagrado no art.º 8.º, n.º 4 da CRP.

Peticiona, assim, (i) a anulação do acto de indeferimento da RG, (ii) a anulação dos actos tributários de retenção na fonte de IRC, (iii) a restituição da quantia de € 63.271,55 relativa a RF suportadas em Portugal sobre dividendos distribuídos no ano de 2020, (iv) juros indemnizatórios, e (v) a condenação da Requerida em custas.

As posições das Partes são divergentes, no essencial, quanto à alegada - pelo Requerente - ilegalidade do regime jurídico de tributação de OICs não residentes, do qual foi feita aplicação nos actos em crise. Regime que o SP defende ser violador do Direito da UE e, por essa via, estarem aqueles actos feridos de ilegalidade.

É Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante “AT” ou “Requerida”).

O pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite pelo Presidente do CAAD a 03.04.2024 e notificado à AT.

Nos termos do disposto na al. b) do n.º 1 do art.º 11.º do RJAT, o Conselho Deontológico designou como árbitros do Tribunal Colectivo os ora signatários, que atempadamente aceitaram o encargo.

Por comunicações de 23.05.2024 as Partes foram notificadas da designação dos árbitros e não manifestaram intenção de a recusar, *cfr.* art.º 11º, n.º 1, al. a) e b) do RJAT e art.ºs 6.º e 7.º do Código Deontológico.

Nos termos do disposto na al. c) do n.º 1 do art.º 11.º do RJAT, o Tribunal Arbitral foi constituído em 14.06.2024.

Notificada para o efeito, a AT juntou o PA e apresentou Resposta, pugnando pela improcedência do PPA, por não provado, e pela consequente manutenção dos actos em crise na Ordem Jurídica. Adere às conclusões vertidas nas informações que sustentaram o indeferimento da RG.

Segundo defende, no n.º 10 do art.º 22.º do EBF cabem OICs que operem em território português através de estabelecimento estável aqui situado. E não é esse o caso do Requerente. Assim não tendo sido violados os invocados artigos do TFUE e da CRP, e nem o Acórdão do TJUE convocado pelo Requerente.

Por outro lado, defende ainda, mesmo que assim não fosse, não cabe a si Requerida desaplicar o direito nacional em consequência de decisões do TJUE. Mantendo-se a vigência legal das normas em questão.

Mais salienta que o disposto no n.º 10 do art.º 22.º do EBF não constitui uma isenção, mas sim uma dispensa de obrigação de efectuar a retenção na fonte de IRC.

A conclusão alcançada em sede de RG deve manter-se. E ainda que assim não se entenda, refere por fim sem conceder, nunca poderia ser condenada no pagamento de juros indemnizatórios. Apela ao princípio da legalidade a que está subordinada.

O PPA deverá improceder por não provado, a Requerida ser absolvida dos pedidos, e os actos impugnados mantidos na Ordem Jurídica.

*

Por despacho de 16.09.2024 o Tribunal notificou as Partes da dispensa da realização da reunião prevista no art.º 18.º do RJAT, bem como da apresentação de alegações, e indicou data para prolação da decisão arbitral.

O Tribunal Arbitral foi regularmente constituído, é competente e as Partes têm personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas e estão devidamente representadas, *cfr.* art.s 4.º e 10.º, n.º 2 do RJAT e art.º 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22.03.

O PPA é tempestivo, apresentado dentro do prazo legal de 90 dias - *cfr.* al.s h) e j) dos factos provados, *infra*, e ao abrigo do art.º 10.º, n.º 1 al. a), primeira parte, do RJAT (e *v.* art.º 102.º n.º 1 al. e) do CPPT). O processo não enferma de nulidades, e não há excepções ou questões prévias a conhecer.

Cumprе apreciar e decidir.

2. Matéria de facto

2.1. Factos provados

Consideram-se provados os factos que seguem:

a) O Requerente é um Organismo de Investimento Colectivo em Valores Mobiliários (UCITS) constituído ao abrigo do direito do Luxemburgo sob a forma contratual, e que qualifica para efeitos da convenção para evitar a dupla tributação celebrada entre Portugal e o Luxemburgo (“CDT PT-Luxemburgo”) como residente fiscal no Luxemburgo; (cfr. doc.s 1 e 5 juntos pelo SP)

b) Para efeitos fiscais em Portugal o Requerente é sujeito passivo de IRC não residente, e sem estabelecimento estável, e assim sucedia no ano de 2020; (cfr. doc. 1 junto pelo SP e PA)

c) O Requerente é gerido pela B... S.A., entidade gestora de fundos de investimento com sede no Luxemburgo; (cfr. doc. 1 junto pelo SP)

d) No ano de 2020 o Requerente era titular de participações sociais nas seguintes sociedades residentes em Portugal:

C... S.A.
D... SGPS

(cfr. doc. 2 junto pelo SP, e PA)

e) Com origem nas participações sociais referidas na alínea anterior, no ano de 2020 o Requerente auferiu dividendos no valor bruto de € 253,086.21, sobre os quais recaiu retenção na fonte liberatória à taxa de 25%, no valor de € 63.271,55, como na seguinte tabela:

Ano da Retenção	Valor Bruto do Dividendo	Data de Pagamento	Taxa de Retenção na Fonte	Guia de pagamento	Valor da retenção (€)
2020	245.582,60	14.05.2020	25%	...	61 395,65

2020	7 503,61	16.12.2020	25%	...	1 875,90
TOTAL					63 271,55

(cfr. doc. 2 junto pelo SP, PPA e PA)

f) O total de imposto retido na fonte, de € 63.271,55, foi entregue junto dos cofres do Estado em Portugal e tem correspondência nas Guias de retenção com os n.ºs ... (2020-05) e ... (2020-12) referentes a pagamentos de dividendos efectuados em 2020; (cfr. doc.s 2 e 3 juntos pelo SP, e PA)

g) A 20.06.2022 o Requerente apresentou reclamação graciosa (RG) com referência às Guias de retenção na fonte de IRC (cfr. al. anterior), pugnando pela sua anulação por vício de ilegalidade por violação directa do Direito Comunitário e pelo reconhecimento do direito à restituição do imposto suportado em Portugal; (cfr. doc. 5 junto pelo SP, e PA)

h) O Requerente foi notificado do projecto de decisão e para exercício de audição prévia, que não exerceu, e por Ofício da Requerida de 20.12.2023, expedido por carta registada de 27.12.2023, no dia 29.12.2023 o Requerente foi notificado da decisão final de indeferimento da Reclamação Graciosa; (cfr. doc. 6 junto pelo SP, e PA)

i) No despacho de indeferimento da RG lê-se, entre o mais (tudo se dando por reproduzido):

“(...) Tal regime não é aplicável ao reclamante (...) por falta de enquadramento com o disposto no n.º 1 do art.º 22.º do EBF, conforme entendimento superiormente sancionado. (...) De notar que, o legislador prevê no n.º 10 do art.º 22.º do EBF uma dispensa (e não uma isenção) da obrigação de efetuar a retenção na fonte de IRC relativamente aos rendimentos obtidos pelos OIC constituídos e que operem de acordo com a legislação nacional (n.º 1). / 18. Todavia, não cabe à AT invalidar ou desaplicar o direito nacional em consequência de decisões do TJUE, substituindo-se ao legislador para além daquilo que possa considerar-se uma interpretação razoável. / 19. Evidenciando-se que, a

7.

interpretação do direito europeu constante das decisões jurisprudenciais é vinculativa para os órgãos jurisdicionais, mas não afastam a vigência legal das normas consideradas pelo TJUE como contrárias ao direito europeu. (...)” (cfr. doc. 6 junto pelo SP, e PA)

j) A 01.04.2024 o Requerente deu entrada no sistema do CAAD ao Pedido que dá origem ao presente processo;

2.2. Factos não provados

Com relevo para a decisão da causa não existem factos não provados.

2.3. Fundamentação da matéria de facto

Os factos dados como provados foram-no com base nos documentos juntos aos autos pelo Requerente e no PA, todos documentos que se dão por integralmente reproduzidos, e, bem assim, nas posições manifestadas pelas Partes nos articulados e factos não questionados.

Ao Tribunal cabe seleccionar, de entre os alegados pelas Partes, os factos que importam à apreciação e decisão da causa perspectivando as hipotéticas soluções plausíveis das questões de Direito (v. art.º 16.º, al. e) e art.º 19.º do RJAT e, ainda, art.º 123.º/2 do CPPT e art.º 596.º do CPC¹), abrangendo os seus poderes de cognição factos instrumentais e factos que sejam complemento ou concretização dos que as Partes alegaram (cfr. art.s 13.º do CPPT, 99.º da LGT, 90.º do CPTA e art.ºs 5.º/2 e 411.º do CPC²).

3. Matéria de Direito

3.1. Questões a decidir

As questões a decidir nos presentes autos são essencialmente de Direito, reconduzindo-se à fundamental questão seguinte: é o regime jurídico-tributário nacional em matéria de tributação

¹Estes últimos Diplomas legais aplicáveis ao nosso processo *ex vi* art.º 29.º/1 do RJAT (e assim sempre que para eles se remeter na presente Decisão).

² Todos Diplomas legais aplicáveis *ex vi* art.º 29.º/1 do RJAT - *cfr.* nota anterior – como sempre assim quando remetermos para normativos de outros Diplomas aqui aplicáveis.

de OICs, vigente ao tempo dos factos, violador da liberdade fundamental de circulação de capitais conforme consagrada no TFUE e, assim, violador do Direito da UE?

Colocado de outro modo, encontram-se os actos em crise, de liquidação de IRC no ano de 2020 sobre dividendos auferidos por OIC constituído ao abrigo de legislação de outro EM que não Portugal - por RF à taxa liberatória de 25% - *cf.* art.s 94.º, n.ºs 3, al. b) e 5, e 87.º, n.º 4 do CIRC - feridos de ilegalidade por vício de violação de lei em decorrência do que vem imediatamente de se questionar?

Recapitulando brevemente.

O Requerente entende que, ao ser tributado em IRC por RF sobre os dividendos que lhe foram distribuídos por sociedades residentes em Portugal, quando diferentemente os OICs constituídos e a operar ao abrigo da lei portuguesa estão dispensados de tal retenção, está a ser alvo de um tratamento discriminatório violador da liberdade de circulação de capitais consagrada no Art.º 63.º do TFUE. E que tanto resulta já expresso do Acórdão do TJUE que convoca - Acórdão de 17.03.2022, Proc. C-545/19, Caso AllianzGI-Fonds AEVN³.

Não se conforma, assim, com as RF. Nem com a decisão de indeferimento da RG que as manteve na Ordem Jurídica. (Sempre se diga, a competência dos Tribunais Arbitrais para conhecer de actos de segundo e de terceiro grau não é questionada - *v.*, entre o mais, art.º 2.º, n.º 1, al. a) do RJAT em conjugação com o art.º 132.º do CPPT, assente que é, em qualquer caso, que o verdadeiro objecto da acção arbitral será o acto de primeiro grau).

A Requerida, por seu lado, entende que não merece censura o decidido em sede de RG, nem a sua actuação, que é a que se coaduna com o princípio da legalidade a que está subordinada.

³ A Jurisprudência que se refere ao longo da presente Decisão está disponível, consoante o caso, em: <https://curia.europa.eu>, www.dgsi.pt, e em www.caad.org.pt

Sobre a matéria veio o TJUE pronunciar-se especificamente. A saber, por Acórdão de 17.03.2022, Proc. C-545/19, Caso AllianzGI-Fonds AEVN⁴ (com origem em Reenvio Prejudicial no Processo Arbitral n.º 93/2019-T deste CAAD).

Vejamos, antes de mais e de avançarmos, o quadro legal mais pertinente ao caso.

No **EBF**, estabelece o art.º 22.º, conforme redacção aplicável, e introduzida pelo DL n.º 7/2015 já referido⁵, assim⁶:

Artigo 22.º - Organismos de Investimento Coletivo

1 - São tributados em IRC, nos termos previstos neste artigo, os fundos de investimento mobiliário, fundos de investimento imobiliário, sociedades de investimento mobiliário e sociedades de investimento imobiliário que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional.

2 - O lucro tributável dos sujeitos passivos de IRC referidos no número anterior corresponde ao resultado líquido do exercício, apurado de acordo com as normas contabilísticas legalmente aplicáveis às entidades referidas no número anterior, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

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

4 - Os prejuízos fiscais apurados nos termos do disposto nos números anteriores são deduzidos aos lucros tributáveis nos termos do disposto nos n.º 1 e 2 do artigo 52.º do Código do IRC.

5 - Sobre a matéria coletável correspondente ao lucro tributável deduzido dos prejuízos fiscais, tal como apurado nos termos dos números anteriores, aplica-se a taxa geral prevista no n.º 1 do artigo 87.º do Código do IRC.

6 - As entidades referidas no n.º 1 estão isentas de derrama municipal e derrama estadual.

7 - Às fusões, cisões ou subscrições em espécie entre as entidades referidas no n.º 1, incluindo as que não sejam dotadas de personalidade jurídica, é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 73.º, 74.º, 76.º e 78.º do Código do IRC, sendo aplicável às subscrições em espécie o regime das entradas de ativos previsto no n.º 3 do artigo 73.º do referido Código.

8 - As taxas de tributação autónoma previstas no artigo 88.º do Código do IRC têm aplicação, com as necessárias adaptações, no presente regime.

9 - O IRC incidente sobre os rendimentos das entidades a que se aplique o presente regime é devido por

⁴ Doravante também “o Acórdão”.

⁵ De 13.01 e aplicável aos rendimentos auferidos a partir de 01.07.2015.

⁶ Quaisquer sublinhados e/ou negritos ao longo da Decisão serão nossos, salvo se indicado em contrário.

cada período de tributação, o qual coincide com o ano civil, podendo no entanto ser inferior a um ano civil: / (...)

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

11 - A liquidação de IRC é efetuada através da declaração de rendimentos a que se refere o artigo 120.º do Código do IRC, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 89.º, no n.º 1 do artigo 90.º, no artigo 99.º e nos artigos 101.º a 103.º do referido Código.

12 - O pagamento do imposto deve ser efetuado até ao último dia do prazo fixado para o envio da declaração de rendimentos, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 109.º a 113.º e 116.º do Código do IRC.

13 - As entidades referidas no n.º 1 estão ainda sujeitas, com as necessárias adaptações, às obrigações previstas nos artigos 117.º a 123.º, 125.º e 128.º a 130.º do Código do IRC.

14 - O disposto no n.º 7 aplica-se às operações aí mencionadas que envolvam entidades com sede, direção efetiva ou domicílio em território português, noutro Estado membro da União Europeia ou, ainda, no Espaço Económico Europeu, neste último caso desde que (...).

15 - As entidades gestoras de sociedades ou fundos referidos no n.º 1 são solidariamente responsáveis pelas dívidas de imposto das sociedades ou fundos cuja gestão lhes caiba.

16 - No caso de entidades referidas no n.º 1 divididas em compartimentos patrimoniais autónomos, as regras previstas no presente artigo são aplicáveis, com as necessárias adaptações, a cada um dos referidos compartimentos, sendo-lhes ainda aplicável o disposto no Decreto-Lei n.º 14/2013, de 28 de janeiro.

No CIRC,

Artigo 2.º - Sujeitos passivos

1- São sujeitos passivos de IRC:

(...) c) As entidades, com ou sem personalidade jurídica, que não tenham sede nem direcção efectiva em território português e cujos rendimentos nele obtidos não estejam sujeitos a IRS. / (...)

Artigo 4.º - Extensão da obrigação de imposto

(...) 2 – As pessoas colectivas e outras entidades que não tenham sede nem direcção efectiva em território português ficam sujeitas a IRC apenas quanto aos rendimentos nele obtidos.

3 – Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se obtidos em território português (...)

c) Rendimentos a seguir mencionados cujo devedor tenha residência, sede ou direcção efectiva em território português ou cujo pagamento seja imputável a um estabelecimento estável nele situado:

(...) 3) Outros rendimentos de aplicação de capitais;

Artigo 87.º - Taxas

(...) 4 — *Tratando-se de rendimentos de entidades que não tenham sede nem direcção efectiva em território português e aí não possuam estabelecimento estável ao qual os mesmos sejam imputáveis, a taxa do IRC é de 25%, excepto relativamente aos seguintes rendimentos: (...)*

Artigo 94.º - Retenção na fonte

1 — O IRC é objecto de retenção na fonte relativamente aos seguintes rendimentos obtidos em território português: (...)

c) Rendimentos de aplicação de capitais não abrangidos nas alíneas anteriores e rendimentos prediais, tal como são definidos para efeitos de IRS, quando o seu devedor seja sujeito passivo de IRC ou quando (...); (...)

2 — Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se obtidos em território português os rendimentos mencionados no n.º 3 do artigo 4.º, exceptuados (...).

3 — As retenções na fonte têm a natureza de imposto por conta, excepto nos seguintes casos em que têm carácter definitivo: (...)

b) Quando, não se tratando de rendimentos prediais, o titular dos rendimentos seja entidade não residente que não tenha estabelecimento estável em território português ou que, tendo-o (...). (...)

4 - As retenções na fonte de IRC são efetuadas à taxa de 25 %, aplicando-se aos rendimentos referidos na alínea d) do n.º 1 a taxa de 21,5 %.

5 — Exceptuam-se do disposto no número anterior as retenções que, nos termos do n.º 3, tenham carácter definitivo, em que são aplicáveis as correspondentes taxas previstas no artigo 87.º

6 — A obrigação de efectuar a retenção na fonte de IRC ocorre na data que estiver estabelecida para obrigação idêntica no Código do IRS ou, na sua falta, na data da colocação à disposição dos rendimentos, devendo as importâncias retidas ser entregues ao Estado até ao dia 20 do mês seguinte àquele em que foram deduzidas e essa entrega ser feita nos termos estabelecidos no Código do IRS ou (...).

No TFUE,

Parte II - Não discriminação e cidadania da União

ARTIGO 18.º

No âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade. / (...)

Parte III - As políticas e acções internas da União

Título IV - A livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais

Capítulo 4 - Os capitais e os pagamentos

Artigo 63.º

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

Artigo 65.º

1 – O disposto no artigo 63.º não prejudica o direito dos Estados-Membros:

a) Aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido;

(...)

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

*

No nosso caso, temos que o Requerente é um OIC constituído ao abrigo da lei do Luxemburgo, melhor descrito no probatório *supra*, considerado residente no Luxemburgo para efeitos da CDT PT-Luxemburgo, Estado Membro (EM) da UE, sem estabelecimento estável em Portugal. E auferiu rendimentos - dividendos - de fonte portuguesa, no ano de 2020. Sobre os quais foi feita RF à taxa liberatória de 25%.

Sendo constituído ao abrigo da lei do Luxemburgo, não *cabe* na previsão do art.º 22.º, n.º 1 do EBF, que delimita o campo de aplicação subjectiva do artigo e, assim, de aplicação da dispensa de RF.⁷

O Requerente vem, nos autos, peticionar a anulação das RF no montante correspondente a € 63.271,55 (*cf.* probatório, *supra*).

Mais uma vez, vejamos. Em sede de DUE.

Tratando-se de distribuição de dividendos estamos, no caso, sempre se diga, em matéria enquadrável no conceito Comunitário de “movimentos de capitais” – *cf.* nomenclatura anexa à Directiva 88/361/CEE.⁸

O TJUE, dizíamos, veio decidir naqueles já referidos autos de Reenvio Prejudicial, em que lhe foram colocadas as questões prejudiciais⁹ reportadas, assim, ao nosso Ordenamento Jurídico e à matéria de tributação de dividendos, distribuídos a OICs, e enquadrável no art.º 22.º do EBF.

⁷ *V. supra.*

⁸ Nomenclatura que conserva o seu valor indicativo e que está disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31988L0361&from=PT>

⁹ (*cf.* Decisão de Reenvio e que transcreveu no Par. 20 do Acórdão)

Resumiu o Alto Tribunal as ditas questões assim: “(...) 29 - Com as suas cinco questões, que há que examinar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os artigos 56.º e 63.º do TFUE devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação de um Estado-Membro por força da qual os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não residente são objeto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção. Esse órgão jurisdicional interroga-se, por um lado, sobre a questão de saber se esse tratamento fiscal diferente em função do local de residência da instituição beneficiária pode ser justificado pelo facto de os OIC residentes estarem sujeitos a outra técnica de tributação e, por outro, se a apreciação da comparabilidade das situações dos OIC residentes e dos OIC não residentes para efeitos de determinar se existe uma diferença objetiva entre estes, de molde a justificar a diferença de tratamento instituída pela legislação desse Estado-Membro, deve ser efetuada apenas ao nível do veículo de investimento ou deve igualmente ter em conta a situação dos detentores de participações sociais.”

E, após desenvolver o seu caminho decisório, conclui por sua vez assim: “(...) há que responder às questões submetidas 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 OIC não residente são objeto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.”¹⁰

Para assim concluir, e resumidamente, o Alto Tribunal começa por, após enquadrar a questão à luz da liberdade de circulação de capitais - assim, do Art.º 63.º do TFUE¹¹-, referir que é facto assente que no caso a isenção é concedida aos OICs constituídos e que operam de acordo com a legislação portuguesa e, diferentemente, os dividendos pagos a OIC estabelecidos noutra EM não podem dela beneficiar. E que, ao assim proceder - ao proceder a uma retenção na fonte

¹⁰ Par. 85

¹¹ Assim afastando, para efeitos da apreciação em questão e em sintonia também com a sua Jurisprudência assente, quer o Art.º 18.º, quer o Art.º 56.º do Tratado.

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 portuguesa procede a um tratamento desfavorável dos dividendos pagos aos OIC não residentes.¹²

Tratamento desfavorável esse, identificado, que “pode dissuadir, por um lado, os OIC não residentes de investirem em sociedades estabelecidas em Portugal e, por outro, os investidores residentes em Portugal de adquirirem participações sociais em OIC e constitui, por conseguinte, uma restrição à livre circulação de capitais proibida, em princípio, pelo artigo 63.º do TFUE”.¹³

Como se sabe, e como o Alto Tribunal ali também passa a desenvolver - não obstante o disposto naquele Art.º 63.º - ainda assim é reconhecido o direito dos EM de aplicarem as disposições pertinentes dos seus Ordenamentos Jurídico-Tributários que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação quanto ao local da sua residência ou ao local onde o seu capital é investido.

Porém, como também se refere no Acórdão, tal derrogação ao princípio fundamental da liberdade de circulação de capitais é, por sua vez, limitada - *cfr.* Art.º 65.º do TFUE, n.º 1 *versus* n.º 3. Em suma, e por nossas palavras, as diferenças de tratamento admitidas - apesar do Art.º 63.º - pelo Art.º 65.º, n.º 1, deixam de o ser se enquadráveis no n.º 3 do mesmo Art.º 65.º.¹⁴

Ora, conforme Jurisprudência sedimentada do TJUE na interpretação destes últimos normativos, o tratamento diferenciado será admissível neste contexto (e, assim, a legislação fiscal de um EM considerada compatível com o DUE) quando diga respeito a situações não comparáveis objectivamente ou quando se justifique por razões imperiosas de interesse geral. Sendo que, após apreciação, conclui o TJUE no Acórdão que nenhuma se verifica no caso.

¹² *Cfr.* Par.s 37 e 38

¹³ *Cfr.* Par. 39

¹⁴ *V. supra*

Neste seu percurso decisório, e para concluir como acaba de se referir, o Alto Tribunal não deixou de ter em consideração (i) quer o facto de os OIC Residentes serem alvo de uma diferente modalidade de tributação/de técnicas de tributação diferentes (a saber, em Imposto do Selo e em Tributações Autónomas), (ii) quer o facto de o regime tributário em questão ter sido concebido numa lógica de tributação à saída e, assim, de tributação dos dividendos na esfera dos Participantes.

Notando, entre o mais, que a legislação nacional (sob reserva de verificação pelo OJR¹⁵) prevê uma tributação sistemática dos dividendos de fonte nacional que apenas onera os OIC não residentes, e considerando o critério de distinção na legislação nacional ser unicamente o do local da residência dos OIC, conclui verificar-se um tratamento discriminatório para o qual não foi apresentada justificação (que permitiria, afinal, enquadrar a situação no Art.º 65.º, n.º 1, TFUE).

*

Vejamos por fim.

Como no início ficou percorrido, o Requerente coloca em crise a liquidação em IRC por RF com o fundamento único de - ao tributar-lhe rendimentos, dividendos, em IRC por RF - se ter incorrido em violação do DUE.

Defende, assim, a ilegalidade da liquidação em IRC ao terem sidas retidas na fonte as quantias *supra* em aplicação do disposto nos dispositivos do CIRC que acima também percorremos. E vem, nestes termos, peticionar a respectiva anulação.

Aqui chegados.

¹⁵ Órgão Jurisdicional de Reenvio

É questão fundamental a apreciar nos autos, para então se decidir quanto à peticionada anulação, vimo-lo, a da conformidade (ou não) do regime jurídico português de tributação de dividendos distribuídos a OICs com o DUE.

Com as normas que, no Direito Primário da UE, consagram as liberdades fundamentais. Em concreto com a liberdade de circulação de capitais, quando em causa estão rendimentos, sob a forma de dividendos, obtidos por OICs constituídos ao abrigo da lei de outro EM e a operar em conformidade também com essa lei. No confronto com o regime aplicável aos OIC Residentes e enquadráveis na previsão do art.º 22.º, n.º 1 do EBF.

Tendo em vista a aplicação efectiva e a interpretação uniforme do DUE, foi feito, com origem em processo arbitral com factualidade subjacente substancialmente idêntica à dos presentes autos, Reenvio Prejudicial na matéria, como visto.

O TJUE veio, referimos já, declarar 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.”

Pois bem.

Tendo em conta a pronúncia do TJUE no Acórdão;

Tendo em conta que esta Jurisprudência não pode deixar de ser tida em consideração, impondo-se ao Julgador - também ao Julgador em questões futuras materialmente idênticas - decidir em sentido compatível;¹⁶

¹⁶ Ressalvadas, entendemos, eventuais situações onde o disposto no art.º 8.º, n.º 4, *in fine*, da CRP de forma clara se revele de convocar.

Tendo presente o consagrado no art.º 8.º, n.º 4 da CRP¹⁷, a preeminência aplicativa do DUE daí decorrente e, ainda, os valores fundamentais da certeza e segurança jurídicas;

Há que decidir em conformidade com a pronúncia do Alto TJUE.

Bem assim, com a Jurisprudência Uniformizada pelo STA, em conformidade também com o que antecede, por Acórdão de 28.09.2023, prolatado no Proc. n.º 93/19.7BALSB, Pleno da 2.ª Secção – Acórdão n.º 7/2024. Em cujo Sumário se lê como segue:

“Uniformiza a Jurisprudência nos seguintes termos:

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.”

¹⁷ Que determina: “As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições (...) são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático.”

Assim, e retornando mais concretamente ao caso, em que o Requerente é OIC NR, constituído ao abrigo da lei do Luxemburgo, tendo ficado sujeito – na distribuição de dividendos de fonte portuguesa de que beneficiou em 2020 – a tributação em IRC por RF à taxa liberatória de 25%, nos termos conjugados dos art.ºs 4.º, 94.º e 87.º do CIRC (*cf. supra*),

Em aplicação, como devido, da referida Jurisprudência que vem de se percorrer, e tendo em conta o mais que vimos de referir,

À questão a decidir há que responder que sim, é ilegal a liquidação ao tributar na fonte (a título definitivo) os dividendos distribuídos ao Requerente em aplicação de uma legislação violadora da liberdade de circulação de capitais. Houve erro de direito, vício de violação de lei decorrente de incompatibilidade com o DUE. Tudo como *supra*.

A pretendida anulação das RF (e do acto de segundo grau confirmativo) deve, pois, proceder.

4. Reembolso de quantias pagas e juros indemnizatórios

O SP requer a devolução dos montantes que efectivamente suportou (e *v. al. f*) do probatório).

Há que decidir, como vimos de concluir, pela anulação das liquidações por RF por vício de violação de lei. Cabe, conseqüentemente, condenar a Requerida na devolução das quantias indevidamente suportadas pelo Requerente e entregues nos cofres do Estado. No valor, vimo-lo, de € 63.271,55. *Cfr.*, entre o mais, art.º 24.º, n.º 1, al. b) do RJAT.

Peticiona ainda o Requerente o pagamento de juros indemnizatórios, calculados sobre a quantia cuja devolução requer.

Vejam os se lhe assiste razão.

É de entender, como vimos, ter havido erro, de direito, do qual resultou pagamento de quantia indevida. Erro de considerar imputável aos serviços, como também na linha da Jurisprudência do nosso STA em matéria de condenação em juros indemnizatórios quando de erro de direito em conexão com DUE se trate¹⁸, e que é afinal, também ela, reflexo do sedimentado pelo TJUE na sua Jurisprudência a respeito do tema.

Sendo Jurisprudência assente do TJUE a violação do Direito da UE dar lugar não só à devolução das quantias indevidamente pagas mas também ao pagamento de juros indemnizatórios, é também assente que este pagamento se deverá fazer nos termos previstos por cada EM, no respeito pelo princípio da equivalência e da efectividade.¹⁹

Estabelece o art.º 24.º, n.º 5²⁰ do RJAT a obrigação do pagamento de juros, qualquer que seja a sua natureza, nos termos previstos na LGT e no CPPT. Dispõe o art.º 43.º da LGT assim:

“Artigo 43.º - pagamento indevido da prestação tributária

1 - 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.

2 - Considera-se também haver erro imputável aos serviços nos casos em que, apesar de a liquidação ser efectuada com base na declaração do contribuinte, este ter seguido, no seu preenchimento, as orientações genéricas da administração tributária, devidamente publicadas.

3 - São também devidos juros indemnizatórios nas seguintes circunstâncias: / (...).”

No nosso caso, estamos perante acção arbitral/impugnação judicial, houve pagamento indevido, por meio de RF, e entende-se, como também antecede, ser de concluir haver erro que é de imputar aos serviços – de assim imputar a partir do momento em que a Administração Tributária pela primeira vez toma posição desfavorável ao contribuinte. *Cfr.*, entre outros, Acórdão do STA de 06.12.2017, prolatado no proc.º n.º 0926/17.

Consequentemente, são devidos juros indemnizatórios calculados sobre a quantia entregue em excesso nos cofres do Estado. Porém, e em coerência também com o que antecede, a

¹⁸ (entre muitos outros, pode ver-se o Ac. do STA de 14.10.2020, proc. 01273/08)

¹⁹ V., entre outros, Ac. do TJUE Caso Littlewoods Retail Ltd., de 19.07.2012, Proc. C-591/10.

²⁰ E v. a al. b) do n.º 1 do mesmo art.º 24.º, e o art.º 100.º da LGT.

contabilizar não desde essa entrega, e sim, conforme jurisprudencialmente vem sendo mais recentemente sedimentado, desde a data em que a Requerida, solicitada a pronunciar-se sobre a legalidade em questão, decidiu pela manutenção dos actos na Ordem Jurídica - ou caso se tenha mantido silente, ou caso (como sucede nos presentes autos) se tenha pronunciado (indeferindo) só em momento posterior ao termo do prazo legal para decisão, desde a data do término desse prazo. Consoante o que ocorrer em primeiro lugar. V., entre outros, Acórdão do STA de 13.07.2022, no proc.º n.º 01693/09.9BELRS, em cujo Sumário se lê: “[e]m 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, efetivo ou presumido, funcionando tal data como termo inicial para cômputo dos juros indemnizatórios a pagar ao sujeito passivo, nos termos do art.º 43.º, n.ºs 1 e 3 da LGT.”

Revertendo ao caso, a RG tinha sido submetida pelo Requerente a 20.06.2022 (v. al. g) do probatório). E a Requerida pronunciou-se, decidindo indeferir, a 20.12.2023 (v. al. h), probatório). Assim, em data posterior ao termo do prazo legal para decisão, que, sendo de quatro meses, ocorreu a 20.10.2022 (v. art.º 57.º da LGT). Data esta a partir da qual são, pois, devidos os juros indemnizatórios.

Procede - nesta medida - o pedido do Requerente em matéria de juros. Como se decidirá.

5. Decisão

Termos em que decide este Tribunal Arbitral:

- Anular as retenções na fonte de IRC efectuadas a título definitivo melhor identificadas *supra*, e, consequencialmente, anular a decisão de indeferimento da RG;
- Condenar a Requerida no reembolso da quantia indevidamente paga e efectivamente suportada, de € 63.271,55;
- Condenar a Requerida no pagamento de juros indemnizatórios contados desde 21.10.2022 *inclusive* e até processamento da respectiva nota de crédito.

6. Valor do processo

Nos termos conjugados do disposto nos art.ºs 3.º, n.º 2 do Regulamento das Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, 97.º-A, n.º 1, al. a) do CPPT, e 306.º, n.º 2 do CPC, fixa-se o valor do processo em € **63.271,55**.

7. Custas

Conforme disposto no art.º 22.º, n.º 4 do RJAT, no art.º 4.º, n.º 4 do Regulamento já referido e na Tabela I a este anexa, fixa-se o montante das custas em € **2.448,00²¹**, a cargo da Requerida.

Lisboa, 11 de Dezembro de 2024

Os Árbitros,

Carla Castelo Trindade (Presidente)

José Coutinho Pires

Sofia Ricardo Borges (Relatora)

²¹ De acordo com despacho arbitral de 23-01-2025.