

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 831/2023-T

**Tema: IRC - Não Residente; Dividendos; Liberdade de Circulação de Capitais;
Discriminação proibida – Reenvio prejudicial – Acórdão do TJUE de 17-3-
2022, no Proc nº C-545/2019**

SUMÁRIO:

- I. A liberdade de circulação de capitais é estabelecida pelo artigo 63.º do TFUE como uma liberdade fundamental do mercado interno, dotada de relevância constitucional no âmbito do Direito da União Europeia, que impõe a proibição de todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-membros.
- II. A liberdade de circulação de capitais goza da primazia normativa sobre o direito interno, cabendo aos poderes públicos legislativos e administrativos a tomada das medidas internas de transposição, execução e aplicação, consoante os casos, do direito primário e secundário relevante, de forma a assegurar a efetividade da livre circulação de capitais.
- III. As normas do n.º 1, parte final, e n.º 3 do artigo 22.º do EBF, interpretadas conjugadamente, ao estabelecerem um tratamento fiscal diferenciado para os OIC'S que operem em Portugal de acordo com a legislação portuguesa, em relação aos organismos equiparáveis que tenham sido constituídos de acordo com a legislação de outro Estado-Membro da União Europeia, viola o princípio da liberdade de circulação de capitais consagrado no artigo 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.
- IV. A retenção na fonte em IRC de 25% sobre os dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal a OIC's estabelecidos noutros Estados Membros da União Europeia ou de países terceiros, simultaneamente isentando de tributação a distribuição de dividendos a OIC's estabelecidos e domiciliados em Portugal, é desconforme com os princípios estabelecidos no TFUE, em particular com o artigo 63.º do TFUE que garante a liberdade de circulação.

*

ACÓRDÃO

Os Árbitros José Poças Falcão, José Luís Ferreira e Sérgio Santos Pereira, designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa para formarem o Tribunal Arbitral Coletivo, acordam no seguinte:

DECISÃO ARBITRAL

I – RELATÓRIO

A..., Organismo de Investimento Coletivo constituído de acordo com o direito alemão, com o número de contribuinte português..., com sede em...,, Alemanha, (doravante designado de “Requerente”), representado por B... AG, na qualidade de sociedade gestora, com sede na mesma morada, veio requerer a constituição de Tribunal Arbitral e junto deste formular pedido de pronúncia visando a anulação de ato de indeferimento tácito de pedido de revisão oficiosa que previamente formulou junto da Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante e abreviadamente, “AT), com conseqüente anulação de atos de retenção na fonte de IRC com fundamento em violação de lei, concretamente de direito comunitário e da Constituição, com condenação da AT na restituição do respetivo valor das retenções na fonte (EUR 155.673,49) suportadas em Portugal sobre dividendos distribuídos nos anos de 2019, 2020, 2021 e 2022, valor esse acrescido de juros indemnizatórios.

O pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite pelo Presidente do CAAD e automaticamente notificado à Requerida.

O Requerente não exerceu o direito à designação de árbitro pelo que, ao abrigo do disposto no artigo 6.º, n.º 2, alínea a) e do artigo 11.º, n.º 1, alínea a), ambos do RJAT, foram designados os signatários como árbitros do Tribunal Arbitral coletivo, que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável.

Em conformidade com o disposto no artigo 11.º, n.º 1, alínea c), do RJAT, o Tribunal Arbitral coletivo ficou constituído em 5-2-2024.

A Requerida, tendo sido notificada, ao abrigo do disposto no artigo 17.º do RJAT, para apresentar a sua resposta, veio sustentar a improcedência total do pedido e a consequente manutenção na ordem jurídica dos atos tributários impugnados e a sua absolvição do pedido.

Foi dispensada a reunião do Tribunal com as partes nos termos do artigo 18º, do RJAT.

Ambas as partes apresentaram alegações finais escritas concluindo, no essencial, pela mesma forma dos respetivos articulados.

Mercê de vicissitudes e/ou incidentes processuais anómalos espelhados nos despachos de 18-3-2024, 4-4-2024, 22-4-2024, 5-8-2024, 30-9-20224 e 2-12-2024, foi, justificadamente, prorrogado o prazo previsto no artigo 21º, do RJAT.

Saneamento do processo

O Tribunal Arbitral é materialmente competente.

O processo é o próprio e as partes legítimas e capazes, estando devidamente representadas.

Não ocorrem quaisquer nulidades, exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento imediato do mérito da causa.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Posição das partes

A - Argumentos do Requerente

Os argumentos trazidos aos autos centram-se, fundamentalmente, na questão da conformidade da aplicação da taxa de retenção na fonte aplicável aos dividendos de fonte portuguesa distribuídos ao Requerente com a liberdade de circulação de capitais consagrada no artigo 63.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), interpretado pelo TJUE no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro da UE por força da qual os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um organismo de investimento coletivo (abreviadamente “OIC”) não residente são objeto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção; esta jurisprudência é aplicável à situação *sub judicio* na medida em que o requerente é um OIC de direito alemão, constituído sob a forma

contratual não societária (comumente designado por “Fundo de Investimento”), sujeito passivo de IRC não residente para efeitos fiscais, sem qualquer estabelecimento estável em Portugal; tendo recebido dividendos desde 2019 até 2022, relativos a participações sociais em sociedades residentes em Portugal, aqueles foram sujeitos (ilegalmente) a tributação por retenção na fonte, à taxa (liberatória) de 25%, prevista no artigo 87º-4, do CIRC.

No entender do Requerente, os OIC’s não residentes são assim objeto de uma discriminação contrária ao TFUE, na medida em que o regime previsto no artigo 22.º, n.ºs 1, 3 e 10, do EBF, é aplicável apenas aos OIC’s residentes em Portugal que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional – *i.e.* ao abrigo da Lei n.º 16/2015, de 24 de Fevereiro, que transpõe a Directiva 2009/65/CE –, não permitindo o Estado português que os OICVM não residentes, acedam a tal regime, ainda que demonstrem que cumprem no seu Estado de residência exigências equivalentes às contidas na lei portuguesa.

Para efeitos de aferir se uma legislação como a que está em causa constitui uma restrição à liberdade de circulação de capitais, proibida pelo artigo 63.º do TFUE, urge responder às seguintes três perguntas: (i) A legislação interna prevê uma diferença de tratamento entre residentes e não residentes? (ii) Essa diferença de tratamento é suscetível de estar abrangida pelo artigo 63.º do TFUE? (iii) A diferença de tratamento que resulta da legislação interna é suscetível de dissuadir as entidades residentes noutro EM de realizarem investimentos naquele outro EM – Portugal?

Quanto à primeira questão, entende o Requerente que da matéria de facto e do acima exposto resulta inquestionável que existe uma diferença de tratamento conferida pela legislação fiscal portuguesa, entre os OIC residentes e os OIC não residentes, na tributação de dividendos de fonte portuguesa;

Concretamente, esta diferença de tratamento consubstancia-se no diferente tratamento fiscal que é conferido aos rendimentos obtidos em Portugal por OIC constituídos ao abrigo da lei portuguesa – que estão isentos de imposto – e aos rendimentos obtidos em Portugal por OIC não constituídos ao abrigo da lei portuguesa – que estão sujeitos a retenção na fonte liberatória de IRC a uma taxa de 25%;

Isso mesmo foi confirmado pelo TJUE, no acórdão proferido no processo C-545/19, nos seguintes termos: *“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 no processo principal procede a um tratamento desfavorável dos dividendos pagos aos OIC não residentes**”* (cfr. AllianzGI-Fonds AEVN, C-545/19, parágrafo 38).

Ora, um tratamento desfavorável por um EM dos dividendos pagos a entidades não residentes face ao tratamento favorável reservado aos dividendos pagos às entidades aí residentes é inequivocamente susceptível de dissuadir as entidades não residentes de realizarem investimentos nesse EM e constitui, por conseguinte, uma restrição à livre de circulação de capitais.

No que respeita à comparabilidade das situações, enquanto critério na avaliação da conformidade de determinado normativo com o Direito da UE, cumpre clarificar, em linha com o que vem sendo professado pelo TJUE, que a partir do momento em que um EM estende a sua soberania tributária a contribuintes não residentes, sujeitando, de modo unilateral ou por via convencional, a imposto sobre o rendimento, não só os contribuintes residentes mas também os contribuintes não residentes, relativamente a dividendos que recebam de uma sociedade residente, a situação dos contribuintes não residentes é comparável à situação dos contribuintes residentes (v., neste sentido, acórdãos de 14 de dezembro, *Denkavit International e Denkavit France*, C-170/05, parágrafo 35; de 20 de outubro de 2011, *Comissão/Alemanha*, C-284/09, parágrafo 56, de 17 de setembro de 2015, *Miljoen e o.*, C-10/14, C-14/14 e C-17/14, parágrafo 67 e de 17 de março de 2022, *AllianzGI-Fonds AEVN*, C-545/19).

De facto, embora residentes e não residentes não estejam sempre numa situação comparável, **são colocados nessa posição a partir do momento em que um EM opte por exercer o seu poder de tributação sobre ambos;**

Efetivamente, a comparabilidade é aferida apenas tendo em consideração a extensão ou não da soberania tributária de um Estado aos contribuintes residentes num outro Estado, sendo irrelevante a eventual incidência de outros impostos, taxas ou tributos incidentes sobre os investimentos efetuados pelos OIC;

Termos em que, nas palavras do TJUE, apenas se pode concluir que “[*tendo a República Portuguesa optado por exercer a sua competência fiscal sobre os rendimentos auferidos pelos OIC não residentes, estes encontram-se, por conseguinte, numa situação comparável à dos OIC residentes em Portugal no que respeita ao risco de dupla tributação económica dos dividendos pagos pelas sociedades residentes em Portugal (v., por analogia, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 56 e jurisprudência referida)*]” (cfr. *AllianzGI-Fonds AEVN*, C-545/19, parágrafo 67).

Ainda, no que respeita à justificação da existência de legislação interna restritiva, nomeadamente para assegurar a coerência do regime fiscal, entendeu o TJUE no referido processo *AllianzGI-Fonds AEVN* que haveria de averiguar se existia alguma vantagem fiscal suscetível de compensar o tratamento desfavorável concedido a determinados contribuintes.

Segundo o TJUE, “a isenção da retenção na fonte dos dividendos em benefício dos OIC residentes não está sujeita à condição de os dividendos recebidos pelos organismos serem redistribuídos por estes e de a sua tributação na esfera dos detentores de participações sociais permitir compensar a isenção da retenção na fonte (v., por analogia, Acórdão de 10 de maio de 2012, *Santander Asset Management SGIC e o.*, C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 52, e de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 93)” (cfr. AllianzGI-Fonds AEVN, C-545/19, parágrafo 79).

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

É entendimento pacífico e unânime que o Direito da UE prevalece sobre o direito ordinário nacional, quer esteja em causa legislação adotada anteriormente, quer estejam em causa atos legislativos, entre outros (neste sentido, v., entre outros, o acórdão de 14 de julho de 1964, *Costa vs Enel*, C-65/64 e, ainda, acórdão do STA de 03.02.2016, tirado no processo n.º 01172/14).

Nestes termos, tendo o regime interno que impõe a aplicação de retenção na fonte a dividendos distribuídos a um OIC não residente – como o Requerente – (enquanto se prevê que os dividendos distribuídos a OIC residentes estão isentos dessa retenção) sido expressamente e sem reservas julgado incompatível com o Direito da EU, impõe-se a anulação dos atos de retenção na fonte sindicados, por força do princípio do primado consagrado no artigo 8.º, n.º 4, da CRP.

B – Argumentos da Requerida

Por sua vez a AT defende, em suma:

A situação dos residentes e dos não residentes não é, por regra, comparável e a discriminação só acontece quando estamos perante a aplicação de regras diferentes a situações comparáveis ou de uma mesma regra a situações distintas;

No caso em apreço, as alegadas diferenças de tratamento encontram-se plenamente justificadas dentro da sistematização e coerência do sistema fiscal português.

De acordo com o Supremo Tribunal Administrativo (STA), no âmbito do Processo nº 0654/13, de 27 de Novembro referiu que *“resulta da jurisprudência comunitária que embora da legislação nacional decorra, em abstrato, uma restrição à livre circulação de capitais não consentida pelo art. 56º do Tratado da Comunidade Europeia (atual 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.”*

Não pode afirmar-se que as situações são objetivamente comparáveis, ou seja, que a carga fiscal que onera os dividendos auferidos pelos OIC's abrangidos pelo artigo 22º, do EBF possa ser mais reduzida do que a que recai sobre os dividendos auferidos em Portugal pelo Requerente e a Jurisprudência do TJUE não autoriza o intérprete a extrair a conclusão, em abstrato, 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 EM (Esta Membro), constitua, 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.

Daí que, embora sobre os dividendos pagos por sociedades residentes aos OIC's abrangidos pelo artigo 22º, do EBF não exista obrigação de retenção na fonte (artigo 22º-10, do EBF), a verdade é que estão sujeito a uma tributação autónoma, à taxa de 23%, por aplicação conjugada do nº 11, do artigo 88º, do CIRC e do nº 8, do mesmo artigo 22º, do EBF, exceto se as correspondentes ações forem detidas, de modo ininterrupto, por período igual ou superior a um ano.

Ou seja: baseando-se apenas no número 3, do artigo 22º, do EBF e ignorando o disposto no nº 8, do citado artigo, revela-se ligeira e simplista, segundo a AT, a conclusão de que o regime de tributação dos OIC's abrangidos pelo artigo 22º, do EBF se revela contrária ao Direito da União Europeia e, concretamente, às disposições do TFUE relativas ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade bem como relativas à livre circulação de capitais.

A questão decidenda

A questão *decidenda* consiste pois em determinar a conformidade das normas relevantes do Código do IRC e do EBF em vigor à data dos factos tributários relativas ao regime de tributação dos dividendos auferidos pelo OIC em presença com os princípios estabelecidos no TFUE, em particular com o artigo 63.º do

TFUE que garante a liberdade de circulação de capitais. Por outras palavras, em causa está saber se a retenção na fonte em IRC sobre os dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal a OIC's estabelecidos noutros Estados Membros da União Europeia (*in casu*, na Alemanha), simultaneamente isentando de tributação a distribuição de dividendos a OIC's estabelecidos e domiciliados em Portugal viola, ou não, o artigo 63.º do TFUE.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Matéria de facto

A - Os factos provados

- a) O Requerente é, de acordo com o quadro regulatório e fiscal alemão, uma entidade jurídica de direito alemão, mais concretamente um Organismo de Investimento Coletivo (“OIC”), com residência fiscal na Alemanha, constituída sob a forma contratual e não societária.;
- b) O Requerente, nos anos de 2018 a 2022, era um sujeito passivo de IRC não residente, para efeitos fiscais, em Portugal e sem qualquer estabelecimento estável no país (cfr. certificado de residência fiscal emitido pelas Autoridades Fiscais alemãs, que se junta como documento n.º 1)...
- c) ...e era gerido por uma entidade gestora de fundos de investimento, a B... AG, com sede na Alemanha (cfr certificado de residência fiscal – Doc 3, junto com o PPA);
- d) O Requerente detém investimentos financeiros em Portugal, consubstanciados na detenção de participações sociais em sociedades residentes, para efeitos fiscais, em Portugal;
- e) Nos anos de 2019 a 2022, o Requerente era detentor de participações sociais nas seguintes sociedades residente em Portugal: C... S.A; D..., SA; E... – SGPS, SA e F... SGPS, SA.
- f) Os dividendos recebidos pelo Requerente em 2019, 2020, 2021 E 2022, foram sujeitos a tributação por retenção na fonte liberatória, à taxa de 25%, conforme a seguinte tabela descritiva:

Ano da Retenção	Valor Bruto do Dividendo	Data de Pagamento	Taxa de Retenção na Fonte	Guia de pagamento	Valor da retenção (€)
-----------------	--------------------------	-------------------	---------------------------	-------------------	-----------------------

2019	100.594,80	24.04.2019	25%	...	25.148,70
2019	64.827,00	30.05.2019	25%	...	16.206,75
2019	17.646,63	15.05.2019	25%	...	4.411,66
2020	47.100,00	15.05.2020	25%	...	11.775,00
2020	62.505,00	15.05.2020	25%	...	15.626,25
2021	35.000,00	13.07.2021	25%	...	8.750,00
2021	87.500,00	20.05.2021	25%	...	21.875,00
2021	52.373,50	28.12.2021	25%	...	13.093,38
2021	50.400,00	25.05.2021	25%	...	12.600,00
2022	104.747,00	07.06.2022	25%	...	26.186,75
TOTAL					155.673,49

- g) O Requerente suportou, em Portugal, nos anos de 2019 a 2022 a quantia total de imposto (IRC) de €155.673,49 resultante das retenções na fonte acima identificadas;
- h) Em 21-4-2023, o Requerente apresentou, ao abrigo do artigo 78º, da LGT, pedido de revisão oficiosa para apreciação da legalidade dos referidos atos de retenção na fonte, requerendo a anulação dos mesmos por violação direta do direito da UE, com inerente direito á restituição do imposto pago – Cfr Doc 4, junto com o PPA;
- i) Em 20-11-2023, o Requerente não havia sido ainda notificado de qualquer decisão relativa ao sobredito pedido de revisão;
- j) Nesta data (20-11-2023) formulou o pedido de constituição de Tribunal Arbitral que dá origem a estes autos.

B - Factos não provados

Não há outros factos relevantes para a apreciação do pedido, provados ou não provados.

C - Fundamentação da fixação da matéria de facto

Ao Tribunal incumbe o dever de seleccionar os factos que interessam à decisão e discriminar a matéria que julga provada e declarar a que considera não provada, não tendo de se pronunciar sobre todos os elementos da matéria de facto alegados pelas partes, tal como decorre dos termos conjugados do artigo 123.º, n.º 2, do CPPT e do artigo 607.º, n.º 3, do CPC, aplicáveis *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, alíneas a) e e), do RJAT.

Os factos pertinentes para o julgamento da causa foram assim seleccionados e conformados em função da sua relevância jurídica, a qual é definida tendo em conta as várias soluções plausíveis das questões de direito para o objeto do litígio, tal como resulta do artigo 596.º, n.º 1 do CPC, aplicável *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, alínea e), do RJAT.

Tendo em conta as posições assumidas pelas partes, o disposto nos artigos 110.º, n.º 7 e 115.º, n.º 1, ambos do CPPT, a prova documental e o PPA junto aos autos, consideraram-se provados e não provados, com relevo para a decisão, os factos acima elencados.

II – FUNDAMENTAÇÃO (cont)

O Direito

As questões de mérito que são objeto deste processo são:

- (i) Saber se os dividendos distribuídos de ações cuja detenção é registada em nome de OIC's não residentes europeus estão obrigados à retenção na fonte liberatória, conforme dispõe a norma aplicável em vigor;
- (ii) Decidir se esta retenção na fonte é conforme ao que dispõe o artigo 63.º do TFUE e não integra uma das exceções previstas no artigo 65.º do TFUE; e
- (iii) Saber se a posição da Requerida de que - «está a cumprir a norma em vigor» - é sustentável face ao ordenamento português e qual a posição do Tribunal Constitucional perante a aplicação do artigo 63.º do TFUE pelos Tribunais nacionais.

Vejamos:

Assinale-se preliminarmente que, conforme desde há muito constitui jurisprudência pacífica, não tem o Tribunal de apreciar ou conhecer os argumentos ou considerações que as partes tenham

produzido em defesa das respetivas posições¹. Isto porque uma coisa são as questões submetidas ao tribunal e outra são os argumentos que se usam na sua defesa, sendo que só têm dignidade de questões as pretensões processuais formuladas pelas partes ao tribunal e não os argumentos por elas usados em defesa das mesmas.²

A questão da aplicação do direito europeu no ordenamento jurídico português é relativamente pacífica em termos doutrinários e jurisprudenciais.

Reconhece-se, sem mais e porque isso resulta dos Tratados subscritos pela República Portuguesa, os princípios estruturantes do direito europeu – o efeito direto e o primado.

A doutrina do Tribunal Constitucional está bem sintetizada no Acórdão n.º 198/2023 que, em resumo entende que *«não compete ao TC controlar a adequação dos juízos acerca da conformidade entre normas de direito interno e as normas de direito primário da União Europeia, dada a natureza deste ordenamento e a sua específica forma de relacionamento com a ordem jurídica nacional»*.

O TC tem sim competência para apreciação da aplicação das normas do direito internacional que resultam de Convenções Internacionais não se incluindo nestas as que deram origem às instituições e regras Europeias.

Resulta deste *non liquet* que a competência para a apreciação da aplicação dos princípios e regras europeias é, em primeiro lugar, dos tribunais de primeira instância, incluindo os Tribunais arbitrais.

No caso em análise dá-se a feliz circunstância de já ter sido julgado pelo TJUE um caso em tudo semelhante ao presente nos autos, que é o caso do processo do TJUE, n.º C- 545/2019, decidido em 17.03.2022 e que resulta de um pedido de reenvio prejudicial feito por Tribunal constituído no âmbito do CAAD (Proc n.º 93/2019-T).

Aí se decidiu 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»*.

A questão a decidir no presente processo é, na verdade, idêntica à que foi objeto do citado reenvio prejudicial e a outras sobre as quais a arbitragem do CAAD tem sido chamada a pronunciar-se³, e reconduz-

¹ Cfr, v. g., Acórdão do STA de 14-3-2018 – Proc n.º 0716/13.

² Questões, são *«...todos os problemas concretos que haja sido chamado a resolver no quadro do litígio (tendo em conta o pedido, a causa de pedir e as eventuais exceções invocadas), ficando apenas excetuado o conhecimento das questões cuja apreciação e decisão tenha ficado prejudicada pela solução dada a outras. E questão, para este efeito (contencioso tributário), é tudo aquilo que é suscetível de caracterizar um vício, uma ilegalidade do ato tributário impugnado»* (ac. deste TCAN n.º 01258/05.4BEVIS de 11-04-2014, traduzindo vasta jurisprudência pacífica no mesmo sentido) e «argumentos» são os factos, razões, raciocínios que as partes mobilizam em defesa da procedência das «questões» que pretendem ver resolvidas (por via de ação ou por exceção) e submetem a tribunal, cabendo, também aqui, *as controvérsias que as partes sobre elas suscitem* (ac. da Subsecção do CA do STA n.º 01007/06 31-10-2007).

³ Em sentido idêntico ao aqui deliberado vide Acórdão proferido ao processo n.º 917/2023-T.

se a saber se o artigo 63.º 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 dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não-residente, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.

No centro da questão a apreciar está o artigo 22.º do EBF: o n.º 1, desse artigo 22.º, do EBF dispõe que *“são tributados em IRC, nos termos previstos neste artigo, os fundos de investimento mobiliário, fundos de investimento imobiliário, sociedades de investimento mobiliário e sociedades de investimento imobiliário que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional”*, excluindo, portanto, do âmbito do regime aí previsto os OIC como o Requerente, que não foram constituídos de acordo com a legislação nacional.

O artigo 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 – exceto 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. 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.

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 – 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 artigo 63.º do TFUE.

Trata-se, em suma, de aferir da conformidade com este artigo, à data dos factos relevantes, das pertinentes normas do CIRC e do EBF respeitantes ao regime de tributação dos dividendos auferidos pela Requerente.

A liberdade de circulação de capitais

O artigo 26.º do TFUE estabelece uma conexão substantiva entre a criação do mercado interno e a liberdade de circulação de capitais, elevada esta, pelo artigo 63.º do TFUE, ao estatuto de liberdade fundamental do mercado interno, dotada de relevância constitucional no âmbito do Direito da União Europeia.

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, desapplicando o direito nacional de sentido contrário.

A criação de um mercado interno supõe, por definição, a gradual e efetiva 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. O objetivo dos OIC, cujo enquadramento jurídico é definido pela Diretiva 2009/65/CE, consiste em facilitar a participação dos investidores privados num mercado de valores mobiliários, idealmente integrado a nível da UE.

O TJUE desempenha uma função interpretativa decisiva, nomeadamente em sede de ações 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.

A liberdade de circulação de capitais consagrada no artigo 63.º do TFUE implica a proibição de discriminação entre capitais de um dado Estado-Membro, e capitais provenientes de fora. Trata-se de uma norma diretamente 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.

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. Não obstante a fiscalidade direta ser da competência dos Estados-Membros, o respetivo regime jurídico deve respeitar o direito da União Europeia, sem qualquer discriminação em razão da nacionalidade ou da residência.

A posição consolidada no TJUE

Recapitulando:

De acordo com a respetiva fundamentação e, no seguimento da jurisprudência constante dos Acórdãos de 2 de Junho de 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek*, C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 27 e de 30 de Janeiro de 2020, *Köln-Aktienfonds Deka*, C-156/17, EU:C:2020:51, n.º 49, decidiu o TJUE que “*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 no processo principal procede a um tratamento desfavorável dos dividendos pagos aos OIC não residentes*”, 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 TFUE (v., por analogia, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o., C-480/16, EU:C:2018:480, n.ºs 44, 45 e jurisprudência referida).”.

Ponderou também o TJUE da possibilidade de uma eventual derrogação ao disposto no artigo 63.º, do TFUE, tendo em conta que, nos termos do artigo 65.º, n.º 1, alínea a), do TFUE, aquele 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*”.

A este propósito, lembrou ainda o TJUE que, de acordo com a jurisprudência firmada, “*a derrogação prevista no artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE é ela própria limitada pelo disposto no artigo 65.º, n.º 3, TFUE, que prevê que as disposições nacionais a que se refere o n.º 1 desse artigo «não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º [TFUE]» (...) e que “para que uma legislação fiscal nacional possa ser considerada compatível com as disposições do Tratado FUE relativas à livre circulação de capitais, é necessário que a diferença de tratamento daí decorrente diga respeito a situações que não sejam objetivamente comparáveis ou se justifique por uma razão imperiosa de interesse geral [Acórdão de 29 de abril de 2021, Veronsaajien oikeudenvaltontayksikkö (Rendimentos distribuídos por OICVM), C-480/19, EU:C:2021:334, n.º 30 e jurisprudência referida]”.*

Quanto à comparabilidade das situações dos OIC residentes e não residentes, bem como dos detentores das respetivas participações sociais, concluiu o TJUE que “*resulta de jurisprudência constante que, 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 dividendos que auferem de uma sociedade residente, a situação dos referidos contribuintes não residentes assemelha-se à dos contribuintes residentes (Acórdão de 22 de novembro de 2018, Sofina e o., C-575/17, EU:C:2018:943, n.º 47 e jurisprudência referida).*” (parágrafo 49).

A este respeito, não obstante as alegações do Governo português, de que a tributação dos dividendos recebidos por estas duas categorias de OIC (residentes e não-residentes) é regulada por diferentes técnicas de tributação – sujeitos a IRC, por retenção na fonte, quando pagos a um OIC não-residente e a imposto do selo e à tributação autónoma prevista no n.º 11, do artigo 88.º, do CIRC, se pagos a um OIC residente, e que, ficando os dividendos distribuídos pelos OIC residentes a detentores das suas participações sociais, pessoas singulares residentes ou não-residentes com estabelecimento estável, sujeitos a IRS à taxa de 28%, e, no caso das pessoas coletivas residentes a IRC à taxa de 25%, enquanto os dividendos pagos a detentores de participações sociais não-residentes no território português, e que não tenham estabelecimento estável neste último, estão, em

princípio, isentos do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares e do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, o que leva a uma estreita coerência entre a tributação dos rendimentos dos OIC e dos detentores de participações sociais, imprescindível à coerência do sistema tributário –, sem esquecer a situação de transparência fiscal da Requerente, que livremente optou por não operar em Portugal através de um estabelecimento estável e cujos detentores de participações sociais podem imputar ou creditar o imposto retido na fonte em Portugal ao imposto por eles devido no país da sua residência, o TJUE concluiu que um OIC não residente se encontra numa situação objetivamente comparável à de um OIC residente em Portugal.

Quanto ao argumento da tributação dos dividendos pagos por sociedades nacionais a OIC residentes e a OIC não-residentes por técnicas de tributação diferentes, considerou o TJUE que a legislação em causa no processo principal não se limitava a prever diferentes modalidades de cobrança de imposto em função do local de residência do OIC beneficiário de dividendos de origem nacional, mas previa, na realidade, uma tributação sistemática dos referidos dividendos que onerava apenas os organismos não-residentes.

Salientava ainda que embora o imposto do selo, de natureza patrimonial, incidente sobre o rendimento do capital acumulado, pudesse ser equiparado a um imposto sobre os dividendos, um OIC residente sempre poderia escapar a tal tributação dos dividendos procedendo à sua distribuição imediata, possibilidade que não está aberta a um OIC não-residente.

Por outro lado, a tributação autónoma prevista no n.º 11 do artigo 88.º, do CIRC apenas incide 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, só ocorre em casos limitados, não podendo ser equiparado ao imposto geral de que são objeto os dividendos de origem nacional recebidos pelos OIC não-residentes, não colocando estes numa situação objetivamente diferente da dos OIC residentes no que se refere à tributação dos dividendos de origem portuguesa.

Ora, apesar de os OIC residentes poderem ser tributados em sede de imposto do selo, caso optem pela não distribuição de lucros aos titulares das respetivas UP, mas antes pela sua acumulação, bem como pela tributação autónoma prevista no n.º 11, do artigo 88.º, do CIRC, apenas se reunidas as condições ali indicadas, impostos a que não estão sujeitos os OIC não-residentes, estes estão sempre sujeitos a IRC, por retenção na fonte a título definitivo, sem possibilidade de beneficiar de qualquer isenção deste imposto.

Considerou ainda o TJUE que *“o Estado de residência da sociedade distribuidora deve assegurar que, em relação ao mecanismo previsto no seu direito nacional para evitar ou atenuar a tributação em cadeia ou a dupla tributação económica, as sociedades não residentes sejam submetidas a um tratamento equivalente ao tratamento de que beneficiam as sociedades residentes”* (parágrafo 66) e que *“tendo a República Portuguesa optado por exercer a sua competência fiscal sobre os rendimentos auferidos pelos OIC não residentes, estes encontram-se, por conseguinte, numa situação comparável à dos OIC residentes em Portugal no que respeita*

ao risco de dupla tributação económica dos dividendos pagos pelas sociedades residentes em Portugal” (parágrafo 67).

Relativamente à necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional, entendeu o Tribunal de Justiça, na esteira dos Acórdãos de 8 de Novembro de 2012, *Comissão/Finlândia*, C-342/10 e de 13 de Novembro de 2019, *College Pension Plan of British Columbia*, C-641/17, que “para que um argumento baseado nessa justificação possa ser acolhido, é necessário que esteja demonstrada a existência de uma relação direta entre o benefício fiscal em causa e a compensação desse benefício por uma determinada imposição fiscal” (parágrafo 78).

Como não estava a isenção da retenção na fonte dos dividendos em benefício dos OIC residentes “sujeita à condição de os dividendos recebidos pelos organismos serem redistribuídos por estes e de a sua tributação na esfera dos detentores de participações sociais permitir compensar a isenção da retenção na fonte”, não se verificava “uma relação direta (...) 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” que permitisse invocar a necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional como justificação para a restrição à liberdade de circulação de capitais.

Por outro lado, entendeu também o TJUE que não é de acolher a justificação baseada na preservação da repartição equilibrada do poder de tributar entre Portugal e o Estado da residência, pois, tal como já decidido, entre outros, no seu Acórdão de 21 de Junho de 2018, *Fidelity Funds*, C-480/16, “quando um Estado-Membro tenha optado, como na situação em causa no processo principal, 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 tributar entre os Estados-Membros para justificar a tributação dos OIC não residentes beneficiários desses rendimentos.”

Como corolário da obrigatoriedade de reenvio prejudicial prevista no artigo 267.º do TFUE, as decisões do TJUE têm carácter vinculativo para os Tribunais nacionais, ao permitirem a uniformidade na aplicação do direito da União no território dos Estados-Membros em aplicação do princípio do primado ou prevalência do direito da União sobre o direito nacional, acolhido pelo n.º 4, do artigo 8.º, da Constituição da República Portuguesa, segundo o qual “as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.”

Face aos factos dados como provados e ao Direito aplicável dúvidas parecem não existir quanto à aplicabilidade desta jurisprudência ao caso em concreto pelo que, sem mais, passamos à decisão de considerar procedente o pedido de pronúncia arbitral.

Deixa-se consagrado ainda que foram conhecidas e apreciadas as questões relevantes submetidas à apreciação deste Tribunal, não o tendo sido aquelas cuja decisão ficou prejudicada pela solução dada a outras, ou cuja apreciação seria inútil (artigo 608.º do CPC, ex vi art. 29.º, 1, c) e e), do RJAT) e que a presente decisão se encontra na mesma linha de outras decisões arbitrais proferidas por vários Tribunais constituídos no âmbito do CAAD⁴(cfr., v. g., os acórdãos proferidos nos processos números 28/2021-T 12/2023-T, 816/2023-T, 139/2024-T e 727/2024-T).

Reembolso de quantias pagas e juros indemnizatórios

No que diz respeito ao pedido de pagamento de juros indemnizatórios, dir-se-á que, de acordo com o disposto no n.º 5, do artigo 24.º, do RJAT “*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*”, daqui resultando que uma decisão arbitral não se limita à apreciação da legalidade do ato tributário.

De igual modo, de acordo com o disposto no artigo 24.º, n.º 1, alínea b), do RJAT, deverá ser entendido que o pedido de juros indemnizatórios é uma pretensão relativa a atos tributários que visa explicitar/concretizar o conteúdo do dever de “*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*”.

E, conforme tem sido assinalado pela Jurisprudência arbitral, insere-se nas competências dos tribunais arbitrais que funcionam no CAAD a fixação dos efeitos da decisão arbitral que podem ser definidos em processo de impugnação judicial, designadamente, a anulação dos atos cuja declaração de ilegalidade é pedida, a condenação da Autoridade Tributária e Aduaneira no pagamento de juros indemnizatórios.

O reembolso do imposto e o pagamento de juros indemnizatórios é uma consequência da anulação administrativa, tal como resulta do disposto no artigo 172.º do CPA, que impõe à Administração o dever de reconstituir a situação que existiria se o ato anulado não tivesse praticado, em consonância com o também estabelecido no artigo 43.º da LGT.

Nestes termos, entende este Tribunal Arbitral que terá de haver lugar ao reembolso do montante de imposto indevidamente retido, no total de EUR 155.673,49, acrescido dos juros indemnizatórios, calculados nos termos legais - que, no caso, e na linha da abundante jurisprudência sobre esta matéria, devem ser contados, à taxa legal supletiva, nos termos dos artigos 43.º, n.º 3, alínea c), da LGT, do artigo 61.º do CPPT, do artigo 559.º do Código Civil e da Portaria n.º 291/2003, de 8 de abril - desde o decurso de um ano após a apresentação do pedido de revisão oficiosa, ou seja desde 21-4-2024 e não desde a data de pagamento do imposto (cfr, v. g., acórdãos do STA – Pleno de 23-10-2019, no Processo nº 21/19.0BALS; de 28/01/2015, no Processo n.º 0722/14,; de 11/12/2019, no Processo n.º 058/19.9BALS; de 20/05/2020, no Processo n.º 05/19.8BALS; de 26/05/2022, no Proc. n.º 159/21.3BALS e decisões arbitrais nos processos do CAAD nºs 296/2020-T, 18/2021-T, 785/2020-T e 271/2021-T).

⁴ Todos foram presididos pelo mesmo árbitro que tem idênticas funções neste processo.

III - DECISÃO

Nos termos e com os fundamentos expostos, o Tribunal Arbitral decide:

- a) Julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral e, em consequência,
- b) Anular os atos de (i) indeferimento tácito do mencionado pedido de revisão oficiosa e (ii) de retenção na fonte de IRC, com o conseqüente reembolso das importâncias indevidamente retidas e cobradas, acrescida dos correspondentes juros indemnizatórios contados desde 21-4-2024 até efetivo reembolso e
- c) Condenar a Requerida nas custas do processo, atento o seu decaimento.

*

Valor do processo: Fixa-se o valor do processo em € 155.673,49 (cento e cinquenta e cinco mil seiscientos e setenta e três euros e quarenta e nove cêntimos) nos termos do artigo 97.º -A, n.º 1, alínea a) do CPPT, aplicável por remissão do artigo 29.º, n.º 1, alíneas a) e b), do RJAT e artigo 2.º do Regulamento das Custas nos Processos de Arbitragem Tributária.

Custas: Fixa-se o valor das custas em € 3.672,00 (três mil seiscientos e setenta e dois euros), nos termos dos artigos 12.º, n.º 2, e 22.º, n.º 4, do RJAT e 3.º, n.º 1 e 4, números 1 a 4, do Regulamento das Custas nos Processos de Arbitragem Tributária.

- **Notifique-se, incluindo o Ministério Público.**

Lisboa, 22 de janeiro de 2025

O Tribunal Arbitral Coletivo,

José Poças Falcão
(*Presidente e Relator*),

José Luís Ferreira
(*Árbitro Adjunto*)

Sérgio Santos Pereira
(Árbitro Adjunto)