

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 476/2024-T

Tema: Artigo 63.º do TFUE. Dividendos distribuídos aos OIC não residentes.

SUMÁRIO:

1. 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.
2. A retenção na fonte em IRC feita no desrespeito por esta jurisprudência europeia é anulável por erro sobre os pressupostos de facto e de Direito.

DECISÃO ARBITRAL

Os árbitros José Poças Falcão (Presidente), Sílvia Oliveira e Francisco Nicolau Domingos, árbitros designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa para formar o Tribunal Arbitral, constituído em 14-06-2024, deliberam o seguinte:

I - Relatório

A..., anteriormente designado por **B...**, Organismo de Investimento Coletivo constituído de acordo com o direito luxemburguês, com o número de contribuinte português..., com sede em...,, Luxemburgo, (doravante designado de “Requerente”), veio requerer, em 01-04-2024, a constituição de Tribunal Arbitral tendo em vista a apreciação da legalidade dos atos de retenção na fonte de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (“IRC”) incidentes sobre o pagamento de dividendos relativos aos anos de 2020 e 2021.

1.

É Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira.

Alegou, no essencial, e em síntese, o Requerente a fundamentar o pedido:

- a) De acordo com o quadro regulatório e fiscal luxemburguês, é uma entidade jurídica de direito luxemburguês, mais concretamente um Organismo de Investimento Coletivo (“OIC”), com residência fiscal no Luxemburgo, constituída sob a forma contratual e não societária;
- b) É 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 luxemburguesas, junto como **documento n.º 1**);
- c) Detém investimentos financeiros em Portugal, consubstanciados na detenção de participações sociais em sociedades residentes, para efeitos fiscais, em Portugal;
- d) **Nos anos de 2020 e 2021** o Requerente era detentor de participações sociais nas seguintes sociedades residentes em Portugal:

C... S.A.

- e) Ora, nos referidos anos, o Requerente, na qualidade de acionista destas sociedades residentes em Portugal, recebeu dividendos sujeitos a tributação em Portugal, por se tratar do Estado da fonte de obtenção dos mesmos;
- f) Os dividendos recebidos no decorrer dos anos de 2020 e 2021, foram sujeitos a tributação por retenção na fonte liberatória, à taxa de 25%, prevista no n.º 4, do artigo 87.º, do Código do IRC (“CIRC”);
- g) Nos anos em causa, o Requerente recebeu dividendos e suportou em Portugal IRC por retenção na fonte, no montante total de € 73.481,31 (que discrimina);
- h) Assim é que, relativamente aos anos em questão, (i) os montantes brutos dos dividendos recebidos, (ii) a data de pagamento dos referidos rendimentos, (iii) o número das guias de pagamento através das quais o imposto retido na fonte foi entregue junto dos cofres da AT em Portugal e (iv) o imposto suportado por retenção na fonte, que constitui objeto da presente impugnação;

-
- i) Conforme resulta do quadro que apresenta, o Requerente suportou, em Portugal, nos anos de 2020 e 2021 a quantia total de imposto de € 73.481,31, a qual constitui objeto do presente pedido de pronúncia arbitral;
- j) Para prova do alegado nos pontos imediatamente anteriores, o Requerente vem juntar: (i) Cópia do documento emitido pela D..., correspondentes a tabelas discriminativas do número de ações (identificando o respetivo ISIN), valor dos dividendos, datas de pagamento e valores de imposto suportado em Portugal, e que comprovam ainda que o Requerente é o beneficiário dos rendimentos (cfr. **documento n.º 2**); (ii) Cópia das declarações (*vouchers*) emitidas pelo agente pagador em Portugal no período relevante (E...), atestando a data de distribuição dos dividendos, montante bruto dos dividendos distribuídos ao Requerente e imposto retido na fonte em Portugal (conforme declarado na respetiva Modelo 30), bem como o número das guias através das quais foi entregue o imposto retido junto dos cofres da Autoridade Tributária (cfr. **documento n.º 3**);
- k) Na ótica do Requerente – e conforme já foi confirmado pelo TJUE em acórdão proferido no passado dia 17 de março de 2022, no **processo n.º C-545/19** (AllianzGI-Fonds AEVN) –, Portugal ao sujeitar, à data dos factos tributários em análise, a retenção na fonte em IRC os dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal aos OIC estabelecidos em Estados Membros da União Europeia (“**UE**”) (*in casu* o Luxemburgo), simultaneamente isentando de tributação a distribuição de dividendos a OIC estabelecidos e domiciliados em Portugal viola, de forma frontal, o artigo 63.º do Tratado para o Funcionamento da União Europeia (doravante “**TFUE**”);
- l) Neste sentido, no dia 20.06.2022, o Requerente apresentou, ao abrigo do artigo 132.º números 3 e 4, do Código de Procedimento e de Processo Tributário (“**CPPT**”) e do artigo 137.º do CIRC, reclamação graciosa para apreciação da legalidade dos referidos atos de retenção na fonte de IRC relativos aos anos de 2020 e 2021, na qual solicitou a anulação dos mesmos por vício de ilegalidade por violação direta do Direito da UE, bem como o reconhecimento do seu direito à restituição do imposto indevidamente suportado em Portugal – (cfr. cópia carimbada junta como **documento n.º 4**);

- m) Todavia, no passado dia 29.12.2023 (carta registada de 27.12.2023), o Requerente foi notificado da decisão final de indeferimento da Reclamação Graciosa (cfr. **documento n.º 5**), fundada no entendimento de que “(...) *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.*” (cfr. § 18 da decisão final de indeferimento);
- n) Mais refere a AT na sua decisão final que “(...) *no que diz respeito aos OIC não residentes (que não disponham de um estabelecimento estável em território português), os mesmos não têm enquadramento na atual previsão do n.º 1 do art.º 22.º do EBF e, conseqüentemente, dos n.ºs 2, 3 e 10 da referida norma legal.*
- 21. Na esteira do Acórdão do TJUE, no âmbito do n.º 10 do art.º 22.º do EBF, estão incluídos OIC constituídos nos demais Estados-membros e, por maioria de razão, os OIC constituídos nos demais Estados-Membros da UE e que operem em território português através de um estabelecimento estável aqui situado.*
- 22. Pelo que, nos parece viável uma interpretação jurídica conforme ao direito europeu, segundo a qual no âmbito da dispensa de retenção, estarão incluídos os OIC’s não residentes e que operem em território português através de um estabelecimento estável aqui situado.*
- 23. Ora, no caso em apreço, conforme informado, o Reclamante não é residente fiscal e não dispõe de estabelecimento estável em Portugal, pelo que, não se encontra enquadrado no n.º 1 do art.º 22.º do EBF.”* (cfr. § 20 a 23 da decisão final de indeferimento acima junta como documento n.º 5);
- o) Ora, não pode o Requerente conformar-se com a decisão de indeferimento expresso da reclamação graciosa proferida pela AT, não só porque esta se destitui do seu papel decisório, mas também porque, ao ensaiar uma interpretação “conforme ao direito europeu” (a qual, como se verá, não tem qualquer cabimento), acabou por decidir de forma desfavorável ao contribuinte, incorrendo em evidente vício de violação de lei.
- p) O Requerente foi notificado da decisão final de indeferimento da reclamação graciosa no passado dia 29 de dezembro de 2023.

O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Presidente do CAAD e automaticamente notificado à Autoridade Tributária e Aduaneira.

Nos termos do disposto na alínea a), do n.º 2, do artigo 6.º e da alínea b), do n.º 1, do artigo 11.º do RJAT, na redação introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, o Conselho Deontológico designou como árbitros do tribunal arbitral os signatários que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável.

Foram as partes regulamentarmente notificadas dessa designação, não tendo manifestado vontade de a recusar, nos termos conjugados do artigo 11.º, n.º 1, alíneas a) e b), do RJAT e dos artigos 6.º e 7.º do Código Deontológico.

Assim, em conformidade com o preceituado na alínea c), do n.º 1, do artigo 11.º, do RJAT, na redação introduzida pelo artigo 228.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, o tribunal arbitral coletivo foi constituído em 14-6-2024.

A Autoridade Tributária e Aduaneira apresentou resposta, em 15-07-2024, na qual defendeu que a presente ação arbitral deveria ser julgada improcedente, por não provada, e ser a Requerida absolvida dos pedidos e os atos impugnados serem mantidos na ordem jurídica.

Por despacho de 18-7-2024, foi dispensada a reunião a que se refere o artigo 18.º do RJAT e marcado prazo simultâneo de 15 (quinze) dias para alegações escritas das partes.

As partes apresentaram tempestivamente as suas alegações finais escritas, concluindo, no essencial, pela mesma forma que o haviam feito nos respetivos articulados.

Por despacho de 10-12-2024 foi justificada a prorrogação do prazo, previsto no artigo 21º, n.º 1, do RJAT, para a conclusão processo.

Saneamento

O tribunal arbitral foi regularmente constituído em face do preceituado nos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), e 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro e é competente quanto à apreciação do pedido de pronúncia arbitral formulado pelo Requerente.

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

O pedido de pronúncia arbitral é tempestivo tendo em conta a sua apresentação no prazo previsto na alínea a), do n.º 1, do artigo 10.º, do RJAT.

Não foram suscitadas exceções de que cumpra conhecer.

O processo não enferma de nulidades.

II – Fundamentação

Matéria de facto

Consideram-se provados os seguintes factos com relevância para a decisão da causa:

- A. O Requerente é, de acordo com o quadro regulatório e fiscal luxemburguês, uma entidade jurídica de direito luxemburguês, mais concretamente um Organismo de Investimento Coletivo (“OIC”), com residência fiscal no Luxemburgo, constituído sob a forma contratual e não societária, comumente designado de fundo de investimento, sendo um sujeito passivo de IRC, não residente para efeitos fiscais em Portugal, sem qualquer estabelecimento estável em Portugal (cfr. documento n.º 1 junto à p.i.);
- B. Nos anos de 2020 e 2021, o Requerente era detentor de um lote de participações sociais em sociedade residente, para efeitos fiscais, em Portugal, tendo recebido, na qualidade de acionista dessa sociedade, dividendos sujeitos a tributação em IRC em Portugal, por se tratar do Estado da fonte de obtenção dos mesmos (facto não controvertido, cfr. artigo 4.º da p.i.);
- C. A entidade responsável pela custódia dos títulos detidos em Portugal era o F... (cfr. documento n.º 2 junto à p.i.).
- D. Os referidos dividendos recebidos no decorrer dos anos de 2020 e 2021 foram sujeitos a tributação em IRC, por retenção na fonte liberatória, à taxa de 25%, prevista no artigo 87.º do Código do IRC (“CIRC”), tendo o imposto retido na fonte sido entregue junto dos cofres da AT em Portugal (cfr. documentos números 2 e 3 juntos à p.i.).

- E. O Requerente suportou, em Portugal, nos anos em causa, a quantia total de EUR 73 481,31, (cfr. artigo 9.º da p.i. e documentos números 2 e 3 juntos à p.i.).
- F. Por discordar da retenção na fonte efetuada, no dia 20.06.2022, o Requerente apresentou [ao abrigo do disposto no artigo 132.º, números 3 e 4, do CPPT e do artigo 137.º do CIRC] reclamação graciosa dos atos de retenção na fonte de IRC relativos aos anos de 2020 e 2021, na qual solicitou a anulação dos mesmos por vício de ilegalidade por violação direta do Direito da União Europeia (UE), bem como o reconhecimento do seu direito à restituição do imposto indevidamente suportado em Portugal (cfr. documento n.º 4 junto à p.i.).
- G. No dia 29.12.2023, o Requerente foi notificado, através de Ofício datado de 20.12.2023, do indeferimento expresso da reclamação graciosa apresentada (cfr. documento n.º 5 junto à p.i.).
- H. O Requerente apresentou, em 01.04.2024, pedido de pronúncia arbitral.

Factos não provados e fundamentação da fixação da matéria de facto.

Não há, com relevância, quaisquer outros factos, provados ou não provados, baseando o Tribunal a sua convicção para o desenho do sobredito quadro factual, nos documentos juntos aos autos e no processo administrativo instrutor apresentado pela Requerida.

Assim é que, relevaram em especial os documentos juntos com o PPA sob os números 2 e 3, não impugnados pela parte contrária, emitidos por entidades financeiras comprovativos do pagamento ao Requerente dos dividendos em causa nos autos ou de que o Requerente é o beneficiário efetivo desses rendimentos, que estes foram sujeitos a retenção na fonte e de que o imposto retido foi entregue à AT.

Certo que não foi junta a declaração do substituto tributário (modelo 30); todavia essa não é o meio de prova único para comprovação dos factos em causa.

O documento junto sob o n.º 3 comprova, designadamente, o nome do intermediário financeiro, o código do valor mobiliário, data do pagamento, valor bruto do dividendo, valor retido na fonte e número e data da guia de pagamento.

II – Fundamentação (cont.)

Matéria de 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 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:

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, que resulta de um pedido de reenvio prejudicial feito por Tribunal constituído no âmbito do CAAD.

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 idêntica à que foi objeto do citado reenvio prejudicial e a outras sobre as quais a arbitragem do CAAD tem sido chamada a pronunciar-se¹, e reconduz-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

¹ Em sentido idêntico ao aqui deliberado vide Acórdão proferido ao processo n.º 917/2023-T.

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.º10 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, desaplicando 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 Directiva 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 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.

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 (recapitulação).

Recapitulando:

De acordo com a respetiva fundamentação e, no seguimento da jurisprudência constante dos Acórdãos de 2 de Junho de 2016, *Pensioenfond Metaal en Techniek*, C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 27 e de 30 de Janeiro de 2020, *Köln-Aktiefonds 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 oikeudenvalvontayksikkö (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 CAAD²(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 73.481,31, acrescido dos juros indemnizatórios, calculados nos termos legais.

Os juros indemnizatórios devem ser contados, com base no valor de € 73.481,31, desde a data do pagamento, ora anulado, até integral reembolso desse valor ao

² Todos foram presididos pelo mesmo árbitro que tem idênticas funções neste processo.

Requerente, 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.

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 indeferimento da reclamação graciosa e de retenção na fonte de IRC, com o conseqüente reembolso das importâncias indevidamente retidas e cobradas, acrescida dos correspondentes juros indemnizatórios contados desde as datas dos pagamentos 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 € 73.481,31 (setenta e três mil, quatrocentos e oitenta e um euros e trinta e um 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 € 2.448,00 (dois mil quatrocentos e quarenta e oito 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.**

Lisboa, 20 de janeiro de 2025

O Tribunal Arbitral Coletivo,

José Poças Falcão
(Presidente e Relator),

Sílvia Oliveira
(Árbitra Adjunta)

Francisco Nicolau Domingos
(Árbitro Adjunto)