

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 456/2024-T

Tema: IRC - Organismo de Investimento Coletivo (OIC) não residente em Portugal
- Retenção na Fonte - Artigos 22º, n.ºs 1 e 3, do EBF e artigo 63º do TFUE
– Estado Terceiro

Sumário:

1. As normas do n.º 1, parte final, e n.º 3 do artigo 22.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, interpretadas conjuntamente, ao estabelecerem um tratamento fiscal mais favorável para os organismos de investimento coletivo (OIC) 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 ou de um Estado Terceiro, violam os princípios da liberdade de circulação de capitais e da não discriminação, consagrados nos artigos 63.º e 18º, respetivamente, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e o artigo 8º, da Constituição da República Portuguesa (CRP).
2. Tendo o Tribunal de Justiça da União Europeia decidido que o artigo 63.º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe à legislação nacional que determina que os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um organismo de investimento colectivo (OIC) não residente são objecto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção, mesmo incidindo sobre estas outras formas de tributação, têm os tribunais nacionais de invalidar as liquidações correspondentes.

DECISÃO ARBITRAL

Os árbitros, José Poças Falcão (Presidente do Tribunal), José Luís Ferreira (árbitro adjunto) e Marcolino Pisão Pedreiro (árbitro adjunto), designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa para formarem o Tribunal Arbitral Coletivo, constituído em 14 de junho de 2024, acordam no seguinte:

I. RELATÓRIO

1.

1. **A...**, Fundo de investimento constituído ao abrigo da lei dos Estados Unidos da América, com sede em ..., San Francisco, ..., Estados Unidos da América, com o número de contribuinte fiscal norte-americano ... e com o número de contribuinte fiscal português ..., representado pela sua entidade gestora **B...**, sociedade de direito americano, com sede em ..., ..., ..., Estados Unidos da América, com o número de contribuinte fiscal norte-americano ..., na sequência do despacho de indeferimento proferido pela Chefe de Divisão de Justiça Administrativa da Direção de Finanças de Lisboa, datado de 18.12.2023, no âmbito do processo de reclamação graciosa n.º ...2023..., relativo aos atos de retenção na fonte de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) de 2021, consubstanciados nas guias n.º ..., n.º ... e n.º..., dos períodos de maio, julho e dezembro de 2021, que incidiram sobre os dividendos auferidos em território nacional melhor identificados *infra*, vem requerer a **CONSTITUIÇÃO DE TRIBUNAL ARBITRAL COLETIVO** com vista à declaração de ilegalidade daquela decisão e dos atos tributários que daquela foram objeto.
2. O Requerente pede a anulação dos actos de retenção na fonte de IRC, com o conseqüente reembolso do imposto pago indevidamente, acrescido de juros indemnizatórios, bem como a anulação do despacho de indeferimento da reclamação graciosa que sobre eles recaiu.
3. É Requerida a **AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA**, doravante designada por Requerida ou AT.
4. O pedido de constituição do tribunal arbitral foi aceite pelo Senhor Presidente do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) e automaticamente notificado à AT.
5. 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 coletivo os signatários, que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável.
6. Ambas as partes foram notificadas da designação dos árbitros, não tendo arguido qualquer impedimento.
7. Assim, em conformidade com o preceituado no n.º 8 do artigo 11.º do RJAT, decorrido o prazo previsto no n.º 1 do artigo 11.º do RJAT sem que as Partes alguma coisa viessem dizer, o Tribunal Arbitral Colectivo ficou constituído em 14 de junho de 2024.
8. Notificada nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 17.º do RJAT, a Requerida apresentou resposta na qual defendeu a improcedência do pedido de pronúncia arbitral, tendo junto o “processo administrativo” (adiante designado apenas por PA).
9. Por despacho de 17 de maio de 2023 foi dispensada a reunião prevista no artigo 18º, do RJAT, notificadas as partes para alegações finais escritas, de facto e de direito, e fixada data previsível para a prolação e notificação da decisão final.
10. Apenas o Requerente apresentou alegações em que concluiu, no essencial, pela mesma forma que o havia feito no pedido arbitral formulado.

11. Com os fundamentos espelhados no despacho de 10-12-2024, foi prorrogado o prazo previsto no artigo 21.º, do RJAT.

Saneamento

12. O tribunal arbitral foi regularmente constituído, à face do preceituado na alínea e) do n.º 1 do artigo 2.º, e do n.º 1 do artigo 10.º, ambos do RJAT e é absolutamente competente.
13. As partes estão devidamente representadas, gozam de personalidade e capacidade judiciárias e têm legitimidade (artigo 4.º e n.º 2 do artigo 10.º, do mesmo diploma e artigo 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de Março).
14. O processo não enferma de nulidades.
15. O pedido de constituição do tribunal arbitral é tempestivo.

II FUNDAMENTAÇÃO

Os factos

16. Relativamente à matéria de facto, o Tribunal não tem que se pronunciar sobre tudo o que foi alegado pelas partes, cabendo-lhe, sim, o dever de selecionar os factos que importam para a decisão e discriminar a matéria provada da não provada (cfr. artigo 123.º, n.º 2, do CPPT e artigo 607.º, n.º 3 do CPC, aplicáveis *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, al. a) e e), do RJAT).
17. Deste modo, os factos pertinentes para o julgamento da causa são escolhidos e recortados em função da sua relevância jurídica, a qual é estabelecida em atenção às várias soluções plausíveis da(s) questão(ões) de Direito (cfr. artigo 596.º do CPC, aplicável *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, al. e), do RJAT).

A - Factos provados

São relevantes para a decisão e estão provados os seguintes factos:

- a) O Requerente é um fundo de investimento mobiliário constituído e a operar de acordo com o direito norte-americano (cf. doc. n.º 1 da reclamação graciosa que integra o processo administrativo instrutor) e...
- b) ... reúne capital de investidores e que investe maioritariamente em ações de pequena capitalização em mercados desenvolvidos (cf. doc. n.º 1 da reclamação graciosa que integra o processo administrativo instrutor);
- c) Os riscos do investimento são partilhados pelos investidores (cf. doc. n.º 1 da reclamação graciosa que integra o processo administrativo instrutor);
- d) A gestão do Requerente é levada a cabo pela entidade gestora B...- (cf. doc. n.º 1 da reclamação graciosa que integra o processo administrativo instrutor);

- e) Em 2021 o Requerente era residente, para efeitos fiscais, nos Estados Unidos da América, conforme cópia do certificado de residência que se junta como documento n.º 1
- f) O Requerente é qualificado pelo direito norte-americano como *Regulated Investment Company* (RIC), beneficiando do tratamento fiscal previsto para os RIC no subcapítulo M do *Internal Revenue Code*;
- g) De acordo com o subcapítulo M do *Internal Revenue Code* a tributação do rendimento em questão ocorre na esfera dos participantes;
- h) O Requerente investiu em participações sociais de sociedades com sede em Portugal;
- i) Em 2021 o Requerente auferiu dividendos da sua participação no capital social daquelas sociedades, conforme se extrai dos documentos que se juntam como documento n.º 2;
- j) Os dividendos auferidos pelo Requerente foram objeto de retenção na fonte a título definitivo, à taxa de 15% (cf. artigo 94.º do Código do IRC e artigo 10.º da Convenção para Evitar a Dupla Tributação celebrada entre o Estado Português e os Estados Unidos da América), como melhor se discrimina na tabela *infra*:

Entidade Distribuidora dos Dividendos	N.º de Ações	Dividendos (valor bruto)	Data do Pagamento	Retenção na Fonte		
				Taxa	Imposto	Guia
C... COMMON STOCK EUR.01	1.226.760	€ 341.039,28	06/05/2021	15%	€ 51.155,89	
D... COMMON STOCK NPV	77.927	€ 39.898,62	11/05/2021	15%	€ 5.984,79	
E... COMMON STOCK EUR1.	1.863.471	€ 318.653,54	11/05/2021	15%	€ 47.798,03	
F... SACOMMON STOCK EUR1.	120.097	€ 22.217,95	17/05/2021	15%	€ 3.332,69	
G... COMMON STOCK EUR1.0	4.397.081	€ 213.698,14	17/05/2021	15%	€ 32.054,72	
H... SGPSSACOMMON STOCK EUR.125	441.862	€ 110.465,50	20/05/2021	15%	€ 16.569,83	
I... COMMON STOCK EUR.17	652.432	€ 55.456,72	20/05/2021	15%	€ 8.318,51	
J... SA/THECOMMON STOCK NPV	1.120.241	€ 156.833,74	25/05/2021	15%	€ 23.525,06	
H... SGPSSACOMMON STOCK EUR.125	339.435	€ 33.943,50	20/07/2021	15%	€ 5.091,53	
F... SACOMMON STOCK EUR1.	123.112	€ 10.464,52	22/12/2021	15%	€ 1.569,68	
J... SA/THECOMMON STOCK NPV	1.109.626	€ 78.006,71	28/12/2021	15%	€ 11.701,01	
Total					€ 207.101,78	

- k) O Requerente não deduziu nos EUA, Estado da residência, o imposto retido na fonte em Portugal, conforme se extrai de cópia da declaração de rendimentos referente ao exercício de 2020 (*Schedule J*), que se junta como documento n.º 3, bem como, da declaração de rendimentos referente ao exercício de 2021 (*Schedule J*) que se junta como documento n.º 4;
- l) O exercício de 2020 decorreu entre 01.08.2020 e 31.07.2021 e o exercício de 2021 decorreu entre 01.08.2021 e 31.07.2022.
- m) O Requerente deduziu reclamação graciosa em 26-4-2023 por entender que o ato de retenção na fonte em apreço tem como fundamento jurídico normas que estabelecem uma distinção do regime fiscal aplicável a fundos de investimento residentes e não residentes e que configuram, por isso, uma restrição à livre circulação de capitais que está a ser exercida por um residente de um Estado terceiro.
- n) Em 27.11.2023, o Requerente foi notificado do projeto de indeferimento da reclamação graciosa, conforme cópia que se junta como documento n.º 5;

- o) E, em 02.01.2024, o Requerente foi notificado da decisão de indeferimento da reclamação graciosa, conforme cópia que se junta como documento n.º 6.
- p) Por não se conformar com essa decisão, o Requerente apresentou no CAAD, em 1-4-2024, o pedido de pronúncia arbitral que dá origem a estes autos.

B - Factos não provados e fundamentação

Não há outros factos relevantes, provados ou não provados.

A convicção do Tribunal para a formação do sobredito quadro factual, fundou-se nos documentos juntos aos autos, na cópia do processo administrativo instrutor (PA) e na posição das partes nos articulados, tudo analisado criticamente.

II – FUNDAMENTAÇÃO (Cont.)

O Direito

O Requerente é um fundo de investimento mobiliário constituído e a operar de acordo com o direito norte-americano, com residência fiscal nos Estados Unidos da América no ano de 2021 e é sujeito passivo de IRC, não residente para efeitos fiscais em Portugal e sem aqui qualquer estabelecimento estável.

Sendo o Requerente um fundo de investimento mobiliário, estamos perante um organismo de investimento coletivo (OIC) (cfr. artigo 22º do Estatuto dos Benefícios Fiscais).

No âmbito da sua atividade, o Requerente, no exercício de 2021, na qualidade de acionista de sociedades residentes em Portugal, auferiu dividendos de fonte portuguesa, sujeitos a tributação em Portugal, por se tratar do Estado da fonte de obtenção dos mesmos, no âmbito do regime legal da substituição tributária.

Os dividendos auferidos pelo Requerente foram objeto, em Portugal, de retenção na fonte a título definitivo (cf. artigo 94.º do Código do IRC).

Posição do Requerente

O Requerente defende, em suma:

- a ilegalidade da sobredita tributação porque, segundo alega, os organismos de investimento colectivo constituídos de acordo com a legislação nacional estarem, à data dos factos tributários, excluídos de tributação de IRC e retenção na fonte relativamente a dividendos recebidos (artigo 22.º, n.ºs 3 e 10.º, com referência ao artigo 5.º do CIRS) e a não aplicação da exclusão de tributação a organismos não constituídos de acordo com a legislação nacional constituir uma discriminação contrária incompatível com o artigo 63.º do Tratado

sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), por ser uma restrição injustificada à liberdade de circulação de capitais;

- que a sua situação de fundo de investimento não residente, encontra-se numa situação comparável à de um fundo de investimento residente e, conseqüentemente, é ilegal a discriminação com que foi fiscalmente tratado traduzida na retenção com base num quadro normativo que estabelece uma distinção do regime fiscal aplicável a fundos de investimento residentes e não residentes e que assim se reconduz ou traduz uma restrição à livre circulação de capitais que está a ser exercida por um residente de um Estado terceiro.

Posição da AT

A Autoridade Tributária e Aduaneira defende, em suma, aderindo às conclusões do despacho de indeferimento da reclamação graciosa, que:

-o artigo 22º, do EBF, fundamento para as ilegalidades invocadas pelo Requerente, foi alterado pelo DL nº 7/2015, de 13 de janeiro, daqui decorrendo que para os fundos de investimento que se constituam e operem de harmonia com a legislação nacional, não são considerados na determinação do lucro tributável os rendimentos de capitais, prediais e mais-valias referidos nos artigos 5º, 8º e 10º, do CIRS, que estão isentos das derramas, municipal e estadual, e dispensados da obrigação de retenção na fonte de IRC relativamente aos rendimentos por si obtidos (nºs 3, 6 e 10, do artigo 22º, do EBF);

- este regime não se aplica ao Requerente por não preenchimento dos pressupostos plasmados no nº 1, do citado artigo 22º: não se constituiu nem opera nos termos da lei portuguesa;

- a posição da AT não viola as normas invocadas e nenhum dos artigos do TFUE e da Constituição, como não colide com o acórdão do TJUE proferido no âmbito do proc do CAAD nº 545/19;

- por outro lado, não cabe à Requerida, subordinada ao princípio da legalidade (art 266º, da CRP) invalidar ou desaplicar o direito nacional em consequência de decisões o TJUE.

Vejamos de que lado está a razão.

A questão essencial a decidir é, concretamente, a da admissibilidade da diferenciação de tratamento, face à lei nacional, dos OIC residentes e não residentes, na medida em que, por aplicação do regime previsto no artigo 22.º, n.ºs 1, 3 e 10, do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), só os OIC constituídos e a operar de acordo com a legislação nacional são dispensados de retenção na fonte.

Assinale-se preliminarmente que, conforme tem acentuado a Jurisprudência, [cfr, v. g., o Acórdão do STA, de 14-3-2018, no Proc nº 0716/13/2ª Secção], “(...) é jurisprudência corrente e pacífica que o Tribunal não tem de apreciar ou conhecer todos os argumentos ou considerações que as partes tenham produzido. 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, não estando assim o tribunal vinculado a apreciar todos os argumentos utilizados pelas partes (...)”.

O artigo 22º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), na redação em vigor à data a que reportam os atos tributários em crise, sob a epígrafe “**Organismos de Investimento Coletivo**”, estabelece o seguinte:

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 em portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, os gastos ligados àqueles rendimentos ou previstos no artigo 23.º-A do Código do IRC, bem como os rendimentos, incluindo os descontos, e gastos relativos a comissões de gestão e outras comissões que revertam para as entidades referidas no n.º 1.

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

a) No ano do início da atividade, em que é constituído pelo período decorrido entre a data em que se inicia a atividade e o fim do ano civil;

b) No ano da cessação da atividade, em que é constituído pelo período decorrido entre o início do ano civil e a data da cessação da atividade.

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 exista obrigação de cooperação administrativa no domínio do intercâmbio de informações e da assistência à cobrança equivalente à estabelecida na União Europeia.

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”.

Como foi decidido no Acórdão Arbitral proferido no âmbito do Processo n.º 538/2022-T, de 13 de março de 2023, do CAAD (cfr. www.caad.pt), o regime previsto no artigo 22.º do EBF é um regime

consideravelmente mais favorável que o regime geral de tributação em IRC, pois, nos termos do seu n.º 3 é referido que **“para efeitos do apuramento do lucro tributável, não são considerados os rendimentos referidos nos artigos 5.º, 8.º e 10.º do Código do IRS, exceto quando tais rendimentos provenham de entidades com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável constante de lista aprovada em portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, os gastos ligados àqueles rendimentos ou previstos no artigo 23.º-A do Código do IRC, bem como os rendimentos, incluindo os descontos, e gastos relativos a comissões de gestão e outras comissões que revertam para as entidades referidas no n.º 1”** e isenção de derramas estadual e municipal (n.º 6).”

O n.º 1 do artigo 22.º do EBF estabelece 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”** (sublinhado nosso), pelo que exclui do âmbito do regime aí previsto as sociedades como a Requerente, que não foram constituídas de acordo com a legislação nacional.

Por outro lado, é manifesto que dos n.ºs 1 e 3 do artigo 22.º do EBF e do n.º 4 do artigo 87.º e da alínea c) do n.º 1 do artigo 94.º do CIRC, os OIC’s residentes em Portugal e os OIC’s residentes noutra Estado-Membro (ou país terceiro) estão sujeitos, quanto aos dividendos que lhes são distribuídos por sociedades residentes em Portugal, a um tratamento distinto, pois apenas os dividendos distribuídos por aquelas a OIC’s não residentes, estão sujeitos a IRC através de retenção na fonte.

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

Também a Secção do Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo tem decidido pacificamente no sentido da primazia do direito internacional convencional sobre o direito interno, como pode ver-se pelos acórdãos de 01-07-2015, proferido no processo n.º 0188/15, 17-06-2015, proferido no processo n.º 0187/15, e de 25-06-2015, proferido no processo n.º 0464/15, em que se entendeu que **“nos termos do art. 8.º, n.º 2, da CRP, as normas de convenção internacional, quando regularmente adoptadas pelo Estado Português e publicadas na forma legal, prevalecem sobre o direito interno infraconstitucional, em tudo que seja conflituante com este, motivo por que os tribunais devem recusar a aplicação de lei ou norma jurídica que viole tratado internacional a que Portugal se tenha vinculado (…)”**.

E como se escreve, *v. g.*, no Acórdão Arbitral prolatado no âmbito do Processo n.º 11/2020-T de 06-11-2020, **“como tem sido pacificamente entendido pela jurisprudência e é corolário da obrigatoriedade de**

reenvio prejudicial prevista no artigo 267.º do TFUE (que substituiu o artigo 234.º do Tratado de Roma, anterior artigo 177.º), a jurisprudência do TJUE tem carácter vinculativo para os Tribunais nacionais, quando tem por objecto questões conexas com o Direito da União Europeia (neste sentido, podem ver-se os seguintes Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo: de 25-10-2000, processo n.º 25128, publicado em Apêndice ao Diário da República de 31-1-2003, p. 3757; de 7-11-2001, processo n.º 26432, publicado em Apêndice ao Diário da República de 13-10-2003, p. 2602; de 7-11-2001, processo n.º 26404, publicado em Apêndice ao Diário da República de 13-10-2003, p. 2593). Quando se suscita uma questão de interpretação e aplicação de Direito da União Europeia, os tribunais nacionais devem equacionar a colocação da questão ao TJUE através de reenvio prejudicial. No entanto, quando a lei comunitária seja clara e quando já haja um precedente na jurisprudência do TJUE não é necessário proceder a essa consulta, como o TJUE concluiu no Acórdão de 06-10-1982, Caso Cilfit, Proc. 283/81. Até mesmo quando as questões em apreço não sejam estritamente idênticas (doutrina do acto aclarado) e quando a correcta aplicação do Direito da União Europeia seja tão óbvia que não deixe campo para qualquer dúvida razoável no que toca à forma de resolver a questão de Direito da União Europeia suscitada (doutrina do acto claro) (idem, n.º 14)”.

Dispõe, por seu lado, artigo 63.º do TFUE:

“1. No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros. 2. No âmbito das disposições do presente capítulo, são proibidas todas as restrições aos pagamentos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros”.

E nos termos do previsto no artigo 65.º do TFUE, “(...)1. O disposto no artigo 63.º não prejudica o direito de os Estados-Membros: a) Aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido; b) Tomarem todas as medidas indispensáveis para impedir infrações às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal e de supervisão prudencial das instituições financeiras, preverem processos de declaração dos movimentos de capitais para efeitos de informação administrativa ou estatística, ou tomarem medidas justificadas por razões de ordem pública ou de segurança pública. 2. O disposto no presente capítulo não prejudica a possibilidade de aplicação de restrições ao direito de estabelecimento que sejam compatíveis com os Tratados. 3. As medidas e procedimentos a que se referem os n.ºs 1 e 2 não devem

constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.”

Assinala-se, por outro lado, no acórdão do TJUE de 10-04-2014, proferido no processo n.º C-190/12, aplicável com as necessárias adaptações, que: “(...) **38. Importa recordar, antes de mais, que, embora a fiscalidade direta seja da competência dos Estados Membros, estes devem, todavia, exercer essa competência no respeito do direito da União (acórdão de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIC e C 338/11 a C 347/11, n.º 14 e jurisprudência referida). 39. A este respeito, resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que as medidas proibidas pelo artigo 63.º, n.º 1, TFUE, enquanto restrições aos movimentos de capitais, incluem as que são de molde a dissuadir os não residentes de investirem num Estado Membro ou a dissuadir os residentes desse Estado Membro de investirem noutros Estados (acórdãos de 18 de dezembro de 2007, A, C-101/05, Colet., p. I-11531, n.º 40; de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen, C-436/08 e C-437/08, Colet., p. I-305, n.º 50; e Santander Asset Management SGIC e o., já referido, n.º 15).40. No caso vertente, a isenção fiscal prevista pela legislação fiscal nacional em causa no processo principal era concedida unicamente aos fundos de investimento que exerciam a sua atividade em conformidade com a Lei sobre os fundos de investimento. 41. Resulta igualmente da decisão de reenvio que, nos termos da legislação nacional em causa no processo principal, os fundos de investimento só beneficiam da isenção na condição de a sua sede se situar em território polaco. Por conseguinte, os dividendos pagos a fundos de investimento não residentes não podiam beneficiar, apenas devido ao local de estabelecimento desses fundos, da isenção da retenção na fonte, mesmo que esses dividendos pudessem eventualmente ser objeto de uma redução da taxa de tributação ao abrigo de uma convenção preventiva da dupla tributação. 42. Ora, uma tal diferença de tratamento fiscal dos dividendos entre os fundos de investimento residentes e os fundos de investimento não residentes é suscetível de dissuadir, por um lado, os fundos de investimento estabelecidos num país terceiro de adquirirem participações em sociedades estabelecidas na Polónia e, por outro, os investidores que residem nesse Estado Membro de adquirirem participações em fundos de investimento não residentes (v., neste sentido, acórdão Santander Asset Management SGIC e o., já referido, n.º 17). 43. Daqui resulta que uma legislação nacional como a que está em causa no processo principal é de molde a conduzir a uma restrição à livre circulação de capitais proibida, em princípio, pelo artigo 63.º TFUE”.**

Ora resulta óbvio desta última decisão do TJUE (no caso, relativo à distribuição de dividendos) que no caso de aquela (distribuição) ser efetuada por sociedades residentes em Portugal a OIC’s não residentes tal se englobará no conceito de movimentos de capitais, para efeitos do artigo 63.º do TFUE.

Esta jurisprudência do TJUE é necessária e obviamente aplicável à situação **sub judicio**, pois, em face do artigo 22.º, n.º 1, do EBF, o tratamento privilegiado não se aplica à Requerente exclusivamente por a sua constituição não ter sido feita segundo a legislação nacional.

Por outro lado, as sociedades constituídas noutro Estado Membro ou em país terceiro, serão tendencialmente não residentes em Portugal (como sucede no caso em apreço), pelo que este artigo 22.º, n.º 1, impondo-lhes um regime de tributação consideravelmente mais gravoso do que o aplicável às sociedades constituídas segundo a legislação nacional, tem potencialidade para **“dissuadir os não residentes de investirem num Estado-Membro”**, desde logo porque têm de enfrentar a concorrência das sociedades que usufruem de situação de vantagem fiscal, que ficam em melhores condições para comercialização dos seus produtos de investimento.

É certo que a alínea a) do n.º 1 do artigo 65.º do TFUE acima transcrito, permite que os Estados-Membros apliquem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido, tendo em conta a sua soberania fiscal, desde que verificado o n.º 3 do mesmo artigo.

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

Ora, no caso em apreço, sendo tributados em Portugal os OIC’s não residentes, a sua situação é comparável à dos OIC’s nacionais pelo que devem ser objeto de tratamento equivalente ao aplicável aos OIC’s residentes.

Como se defendeu na decisão arbitral proferida no processo n.º 90/2019-T (em matéria de dividendos), **“embora não estejam sempre numa situação comparável, residentes e não residentes são colocados nessa posição a partir do momento em que o Estado-Membro que se considere, unilateralmente ou por convenção, opte por tributar os acionistas não residentes de maneira menos favorável que os residentes, relativamente aos dividendos que uns e outros recebam de sociedades residentes. Especialmente relevante, em sede das liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais, é o facto de o tratamento fiscal menos favorável dos não residentes os dissuadir, na qualidade de acionistas, de investirem no Estado da residência das empresas**

distribuidoras de dividendos, e constituir, igualmente, um obstáculo à obtenção de capital no exterior por parte dessas empresas”.

Para além disso, no que concerne à alínea b) do n.º 1 do artigo 65.º do TFUE, não se pode entender que o tratamento desfavorável dos OIC’s a não residentes possa ser justificado por uma razão imperiosa de interesse geral ou por risco de evasão fiscal, que só é relevante se estiverem em causa expedientes artificiais, que tenham como objetivo primacial evitar o pagamento de imposto normalmente devido, sendo que as restrições não podem exceder o necessário.

Mas se dúvidas restassem relativamente à questão objeto dos autos, elas foram dissipadas pela decisão do TJUE, proferida em 17-03-2022, no processo C 545/19, em sede de reenvio prejudicial promovido no âmbito do processo arbitral do CAAD n.º 93/2019-T, publicada em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=AED083FA8FA02CE95E7517CE8B347E6D?text=&docid=256021&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=422856>

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(...)**”.

Assinale-se, ainda, que a Jurisprudência Arbitral, de forma praticamente unânime, nalguns casos mesmo antes do Acórdão do TJUE de 17-3-2022 citado, defendia a invalidez/ilegalidade das retenções pelas razões discriminatórias apontadas – Cfr., v. g., as decisões arbitrais nos processos do CAAD n.ºs 926/2019-T, 132/2021-T, 368/2021-T, 549/2019-T, 817/2021-T, 68/2020-T, 922/2019-T, 727/2024-T, 28/2021-T, 139/2024-T, 297/2024-T, 816/2023-T, 716/2020-T, 12/2023-T, 831/2023-T, 476/2024-T e 135/2021-T.

A livre circulação de capitais abrange assim todas as formas de investimento direto, incluindo o investimento mobiliário, como é o caso dos presentes autos.

Relativamente ao fato de estarmos perante um Estado terceiro (Estados Unidos da América), é indiscutível na jurisprudência, designadamente a citada, que a consagração da liberdade de circulação dos capitais e, conseqüentemente, a proibição de adoção de medidas restritivas da mesma, encontra-se consagrada nos art.ºs 63.º e seguintes do TFUE, concretização do art.º 18.º do TFUE, sendo aplicável tanto entre Estados-membros como entre Estados-membros e Estados-terceiros, ou seja, que não integram a UE.

Por conseguinte, não altera os dados do problema a circunstância de, no caso, estar em causa um residente em país terceiro.

Nesse sentido, é particularmente elucidativo o acórdão do TJUE de 18 de Janeiro de 2018, no Processo n.º C-45/17 (acórdão Jahin).

Aí se refere que o artigo 63º do TFUE estabelece a livre circulação de capitais entre Estados Membros, por um lado, e entre Estados Membros e países terceiros, por outro, de onde decorre que o âmbito de aplicação territorial da livre circulação de capitais prevista no artigo 63º do TFUE não se limita aos movimentos de capitais entre Estados Membros, mas estende se igualmente aos movimentos de capitais entre Estados Membros e Estados terceiros (parágrafos 19 e 21).

Se dúvidas ainda houvesse sobre esta matéria, as mesmas são afastadas por completo quando, decidindo um recurso por oposição entre acórdãos arbitrais, o STA, pelo Acórdão nº 7/2024, de 28 de Setembro de 2023, no âmbito do processo n.º 93/19.7BALSb, uniformizou 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 artº.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 artº.63, do TFUE, acabada de mencionar é incompatível com o artº.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.”

Pedido de restituição da quantia paga e juros indemnizatórios

O Requerente pede a restituição da retenção na fonte de IRC, no montante total de € 207.101,78, efetuado com carácter definitivo ou liberatório sobre rendimentos de capitais de fonte doméstica pagos ao Requerente em 2021 (cfr supra – alínea j), dos factos provados), com juros indemnizatórios.

Vejamos:

Na sequência e em consequência da anulação das retenções na fonte o Requerente tem direito a ser reembolsado das quantias retidas, no caso, €207.101,78.

Relativamente ao direito a juros o TJUE tem decidido que a cobrança de impostos em violação do direito da União tem como consequência não só direito ao reembolso como o direito a juros [Cfr. Acórdão do TJUE de 18-4-2013, Processo n.º C-565/11 (e outros nele citados), em que se refere:

“21. Há que lembrar ainda que, quando um Estado-Membro tenha cobrado impostos em violação do direito da União, os contribuintes têm direito ao reembolso não apenas do imposto indevidamente cobrado, mas igualmente das quantias pagas a esse Estado ou por este retidas em relação direta com esse imposto. Isso inclui igualmente o prejuízo decorrente da indisponibilidade de quantias de dinheiro, devido à exigibilidade prematura do imposto (v. acórdãos de 8 de março de 2001, Metallgesellschaft e o., C-397/98 e C-410/98, Colet., p. I-1727, n.ºs 87 a 89; de 12 de dezembro de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/04, Colet., p. I-11753, n.º 205; Littlewoods Retail e o., já referido, n.º 25; e de 27 de setembro de 2012, Zuckerfabrik Jülich e o., C-113/10, C-147/10 e C-234/10, n.º 65).

22. Resulta daí que o princípio da obrigação de os Estados-Membros restituírem com juros os montantes dos impostos cobrados em violação do direito da União decorre desse mesmo direito da União (acórdãos, já referidos, Littlewoods Retail e o., n.º 26, e Zuckerfabrik Jülich e o., n.º 66).

23. A esse respeito, o Tribunal de Justiça já decidiu que, na falta de legislação da União, compete ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro prever as condições em que tais juros devem ser pagos, nomeadamente a respetiva taxa e o modo de cálculo. Essas condições devem respeitar os princípios da equivalência e da efetividade, isto é, não devem ser menos favoráveis do que as condições relativas a reclamações semelhantes baseadas em disposições de direito interno, nem organizadas de modo a, na prática, impossibilitar ou dificultar excessivamente o exercício dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico da União (v., neste sentido, acórdão Littlewoods Retail e o., já referido, n.ºs 27 e 28 e jurisprudência referida)”.

No entanto, como se assinala neste n.º 23, cabe a cada Estado-Membro prever as condições em que tais juros devem ser pagos, nomeadamente a respetiva taxa e o modo de cálculo.

O regime substantivo do direito a juros indemnizatórios é regulado no artigo 43.º da LGT, que estabelece, no que aqui interessa, o seguinte:

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 da 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:

- a) Quando não seja cumprido o prazo legal de restituição oficiosa dos tributos;*
- b) Em caso de anulação do acto tributário por iniciativa da administração tributária, a partir do 30.º dia posterior à decisão, sem que tenha sido processada a nota de crédito;*
- c) Quando a revisão do acto tributário por iniciativa do contribuinte se efectuar mais de um ano após o pedido deste, salvo se o atraso não for imputável à administração tributária.*
- d) Em caso de decisão judicial transitada em julgado que declare ou julgue a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma legislativa ou regulamentar em que se fundou a liquidação da prestação tributária e que determine a respetiva devolução.*

4. A taxa dos juros indemnizatórios é igual à taxa dos juros compensatórios.

5. No período que decorre entre a data do termo do prazo de execução espontânea de decisão judicial transitada em julgado e a data da emissão da nota de crédito, relativamente ao imposto que deveria ter sido restituído por decisão judicial transitada em julgado, são devidos juros de mora a uma taxa equivalente ao dobro da taxa dos juros de mora definida na lei geral para as dívidas ao Estado e outras entidades públicas.

O prazo da reclamação graciosa de atos de retenção na fonte em sede de IRC é de «dois anos a contar do termo do prazo de entrega, pelo substituto, do imposto retido na fonte ou da data do pagamento ou colocação à disposição dos rendimentos, se posterior» (artigo 137.º, n.º 3, do CIRCI).

O Pleno do Supremo Tribunal Administrativo uniformizou jurisprudência, especificamente para os casos de retenção na fonte seguida de reclamação graciosa, no acórdão de 29-06-2022, processo n.º 93/21.7BALS.B, nos seguintes termos: “Em caso de retenção na fonte e havendo lugar a impugnação administrativa do ato 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, n.ºs. 1 e 3, da L.G.T.”

Tratando-se de jurisprudência uniformizada, ela deve ser acatada, pelo que é de concluir que o Requerente tem direito a juros indemnizatórios desde a data do indeferimento da Reclamação Graciosa citada, ou seja, desde 2-1-2024 [cfr supra – alínea o), dos factos provados].

Note-se que a ilegalidade da retenção na fonte, salvo quando baseada em informações erradas do contribuinte, não lhe é imputável mas sim aos “Serviços”, devendo entender-se que se integra neste conceito a entidade que procede à retenção na fonte, na qualidade de substituto tributário, que assim assume perante quem suporta o encargo do imposto o papel da Administração Fiscal na liquidação e cobrança do imposto

Deste modo, os juros indemnizatórios devem ser, no caso *sub judicio*, contados, com base no valor de € 207.101,78 desde 2-1-2024 (data da notificação do ato de indeferimento da reclamação graciosa n.º 3085202304013026) até integral reembolso ao Requerente, à taxa legal supletiva, nos termos dos artigos 43.º, n.º 4, e 35.º, n.º 10, 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

De harmonia com o exposto, acordam neste Tribunal Arbitral em:

- a) Julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral;
- b) Anular as retenções na fonte impugnadas e consubstanciadas nas guias n.º..., n.º ... e n.º ..., dos períodos de maio, julho e dezembro de 2021, no montante total de € 207.101,78;
- c) Anular a decisão de indeferimento da reclamação graciosa n.º ...2022... que decidiu manter na ordem jurídica aqueles atos de retenção na fonte de IRC;
- d) Determinar a restituição pela AT ao Requerente, do IRC indevidamente retido na fonte a título definitivo ou liberatório e entregue, no montante total de € 207.101,78, acrescido de juros indemnizatórios, à taxa legal desde a data em que a reclamação graciosa n.º ...2023...foi indeferida (2 de janeiro de 2024) até à data de processamento da nota de crédito, nos termos legais e
- e) Condenar a Requerida nas custas do processo atento o seu total decaimento.

Valor do processo

De harmonia com o disposto nos artigos 296.º, n.º 2, do CPC e 97.º-A, n.º 1, alínea a), do CPPT e 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, fixa-se ao processo o valor de € de € 207.101,78, indicado pela Requerente, sem oposição da Autoridade Tributária e Aduaneira.

Custas

Nos termos do artigo 22.º, n.º 4, do RJAT, fixa-se o montante das custas em € 4.284,00, nos termos da Tabela I anexa ao Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, a cargo da Autoridade Tributária e Aduaneira conforme decidido supra.

- Notifique-se, incluindo o Ministério Público.

Lisboa, 31 de janeiro de 2025

O Tribunal Arbitral

José Poças Falcão
(Árbitro Presidente)

José Luís Ferreira
(Árbitro Adjunto)

Marcolino Pisão Pedreiro
(Árbitro Adjunto)