

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 285/2025-T

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

SUMÁRIO

I A liberdade de circulação de capitais e, consequentemente, a proibição de adopção de medidas restritivas dessa liberdade, encontram-se consagradas nos arts. 63.º e seguintes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, como concretização do artigo 18.º do mesmo Tratado.

II O art. 63.º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que determine que os juros ou dividendos distribuídos por sociedades residentes a um Organismo de Investimento Colectivo não residente são objecto de retenção na fonte, ao passo que os juros ou dividendos distribuídos a um Organismo de Investimento Colectivo residente estão isentos dessa retenção.

III Os n.ºs 1, 3 e 10 do art. 22.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, ao limitarem o regime neles previsto a Organismos de Investimento Colectivo constituídos segundo a legislação nacional, excluindo organismos equiparáveis que tenham sido constituídos de acordo com a legislação de outro Estado-Membro da União Europeia ou de país terceiro, estabelecem uma discriminação arbitrária não permitida pelo direito da União Europeia, por ser contrária à livre circulação de capitais, estabelecida como uma liberdade fundamental pelo art. 63.º do TFUE.

IV A liberdade de circulação de capitais goza de 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 efectividade da livre circulação de capitais.

DECISÃO ARBITRAL

I – Relatório

1. A..., Organismo de Investimento Coletivo (“OIC”) constituído de acordo com o direito alemão, com o NIF português ... (doravante “Requerente”), apresentou, no dia 24 de Março

1.

de 2025, um pedido de constituição de Tribunal Arbitral Colectivo, nos termos dos artigos 2º, 1, a), e 10º, 1 e 2 do Decreto-Lei nº 10/2011, de 20 de Janeiro, com as alterações por último introduzidas pela Lei nº 7/2021, de 26 de Fevereiro (Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, doravante “RJAT”), e dos arts. 1º e 2º da Portaria nº 112-A/2011, de 22 de Março, em que é Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante “AT” ou “Requerida”).

2. A Requerente pediu a pronúncia arbitral sobre a ilegalidade do indeferimento da reclamação graciosa por ele apresentada (n.º ...2023...), relativa aos actos de retenção na fonte de IRC referentes aos anos de 2021 e 2022, que incidiram sobre os dividendos por ela auferidos em território nacional, no montante total de € 99.365,18, tendo por objecto mediato a anulação das referidas liquidações, peticionando a restituição do imposto indevidamente retido, acrescido dos correspondentes juros indemnizatórios.
3. O pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite pelo Exmo. Presidente do CAAD e automaticamente notificado à AT.
4. O Conselho Deontológico designou os árbitros do Tribunal Arbitral Colectivo, que comunicaram a aceitação do encargo no prazo aplicável, e notificou as partes dessa designação.
5. As partes não se opuseram, para efeitos dos termos conjugados dos arts. 11º, 1, b) e c), e 8º do RJAT, e arts. 6º e 7º do Código Deontológico do CAAD.
6. O Tribunal Arbitral Colectivo ficou constituído em 3 de Junho de 2025; foi-o regularmente, e é materialmente competente.
7. Por Despacho de 3 de Junho de 2025, foi a AT notificada para, nos termos do art. 17º do RJAT, apresentar resposta.
8. A AT apresentou a sua Resposta em 3 de Julho de 2025, juntamente com o processo administrativo.
9. Por Despacho de 21 de Julho de 2025, foi a Requerente notificada para se pronunciar sobre a matéria de excepção contida na resposta, o que a Requerente fez em requerimento de 6 de Agosto de 2025.
10. Por Despacho de 5 de Setembro de 2025, foi dispensada a realização da reunião prevista no art. 18º do RJAT, e convidadas as partes a apresentar alegações escritas.

11. A Requerente apresentou alegações em 19 de Setembro de 2025, e a Requerida apresentou alegações em 2 de Outubro de 2025.
12. O Tribunal Arbitral foi regularmente constituído e é competente, atenta a conformação do objecto do processo.
13. O pedido de pronúncia arbitral é tempestivo.
14. As Partes têm personalidade e capacidade judiciárias e têm legitimidade.
15. A AT procedeu à designação dos seus representantes nos autos e a Requerente juntou procuração, encontrando-se assim as Partes devidamente representadas.
16. O processo não enferma de nulidades.

II – Matéria de Facto

II. A. Factos provados

Com relevo para a decisão, consideram-se provados os seguintes factos:

1. A Requerente é uma entidade jurídica de direito alemão, um OIC com residência fiscal na Alemanha, constituída sob a forma contratual e não societária.
2. A Requerente é um sujeito passivo de IRC não residente, para efeitos fiscais, em Portugal e sem qualquer estabelecimento estável no país.
3. A Requerente detém participações sociais em sociedades residentes, para efeitos fiscais, em Portugal, nomeadamente a B... SGPS, S.A. e a C... S.A, recebendo dividendos sujeitos a tributação em Portugal, por se tratar do Estado da fonte de obtenção dos mesmos.
4. Os dividendos recebidos no decorrer dos anos de 2021 e 2022 foram sujeitos a tributação por retenção na fonte liberatória, à taxa de 25% prevista no art. 87.º do CIRC, de que resultou um montante total de € 99.365,18:

Ano da Retenção	Valor Bruto do Dividendo	Data de Pagamento	Taxa de Retenção na Fonte	Guia de pagamento	Valor da retenção (€)
2021	11 250,00	16.09.2021	25% ¹		2 812,50
2022	220 910,72	28.04.2022	25%		55 227,68
2022	165 300,00	28.04.2022	25%		41 325,00
TOTAL					99 365,18

5. Por entender ter ocorrido aí uma discriminação assente no facto de não ser residente em Portugal, em violação do Direito da União Europeia, a ora Requerente deduziu no dia 13 de Outubro de 2023 reclamação graciosa (autuada com o n.º ...2023...) contra tais liquidações e retenções na fonte de IRC.
6. No dia 23 de Dezembro de 2024 a Requerente foi notificada da decisão final de indeferimento da Reclamação Graciosa.
7. A 24 de Março de 2025, a Requerente apresentou o pedido de pronúncia que deu origem ao presente processo.

II. B. Matéria não-provada

Com relevância para a questão a decidir, nada ficou por provar.

II. C. Fundamentação da matéria de facto

1. Os factos elencados *supra* foram dados como provados com base nas posições assumidas pelas partes nos presentes autos e nos documentos juntos ao PPA e ao PA.
2. Cabe ao Tribunal Arbitral seleccionar os factos relevantes para a decisão, em função da sua relevância jurídica, considerando as várias soluções plausíveis das questões de Direito, bem como discriminar a matéria provada e não provada (cfr. art. 123º, 2, do CPPT e arts. 596º, 1 e 607º, 3 e 4, do CPC, aplicáveis *ex vi* art. 29º, 1, a) e e) do RJAT), abrangendo os seus poderes de cognição factos instrumentais e factos que sejam complemento ou concretização

dos que as Partes alegaram (cfr. arts. 13.º do CPPT, 99º da LGT, 90º do CPTA e arts. 5º, 2 e 411.º do CPC).

3. Segundo o princípio da livre apreciação dos factos, o Tribunal baseia a sua decisão, em relação aos factos alegados pelas partes, na sua íntima e prudente convicção formada a partir do exame e avaliação dos meios de prova trazidos ao processo, e de acordo com as regras da experiência (cfr. art. 16º, e) do RJAT, e art. 607º, 4, do CPC, aplicável *ex vi* art. 29º, 1, e) do RJAT).
4. Somente relativamente a factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, a factos que só possam ser provados por documentos, a factos que estejam plenamente provados por documentos, acordo ou confissão, ou quando a força probatória de certos meios se encontrar pré-estabelecida na lei (por exemplo, quanto aos documentos autênticos, por força do artigo 371.º do Código Civil), é que não domina, na apreciação das provas produzidas, o referido princípio da livre apreciação (cfr. art. 607º, 5 do CPC, *ex vi* art. 29º, 1, e) do RJAT).
5. Além do que precede, não se deram como provadas nem não provadas alegações feitas pelas partes, e apresentadas como factos, consistentes em afirmações estritamente conclusivas, insusceptíveis de prova e cuja veracidade se terá de aferir em relação à concreta matéria de facto acima consolidada, nem os factos incompatíveis ou contrários aos dados como provados.
6. Pelo que antecede, entendemos serem não-procedentes algumas dúvidas factuais formuladas pela Requerida, e que analisaremos de seguida.

III. Matéria de dúvidas factuais e de Excepção

III. A. Na Resposta da AT

1. A Requerida começa por suscitar uma série de dúvidas factuais, antes de apresentar a sua defesa por excepção, nomeadamente alegando que:
 - não há comprovação de que a Requerente seja um OIC, abrangido pela Directiva n.º 2009/65/CE, ou um organismo de investimento alternativo (“OIA”) abrangido pela Directiva n.º 2011/61/EU.

5.

- não há comprovação de que os rendimentos foram declarados e isentos de tributação no estado de residência, de forma a não poder accionar o crédito de imposto que se encontra previsto na CDT celebrada entre Portugal e o país de residência da Requerente.
 - as retenções na fonte de IRC, entregues pelo D... SA, na qualidade de substituto tributário, apresentam valores muito superiores aos referidos pela Requerente, não sendo possível discriminar individualmente tais valores.
2. De seguida, a Requerida apresenta uma excepção relativa à caducidade do direito de acção.
 3. Alega que o indeferimento tácito da reclamação graciosa ocorreu, por força do art. 20.º do CPPT, em 13 de Fevereiro de 2024 (indicando a Requerida, por lapso, a data de 13 de Dezembro de 2024), e que é dessa data, e não da de indeferimento expresso (23 de Dezembro de 2024), que se contam os três meses da impugnação contenciosa, nos termos do art. 58.º do CPTA.
 4. O prazo para impugnação contenciosa teria, portanto, terminado em 13 de Maio de 2024, muito antes da data de 24 de Março de 2025 em que foi apresentado o pedido de pronúncia (em novo lapso, a Requerida indica a data de 23 de Dezembro de 2024, que é a do indeferimento expresso).
 5. Tendo, portanto, caducado o direito de acção, por não ter sido exercido atempadamente, o que tornaria intempestivo o pedido de constituição do tribunal arbitral – uma excepção dilatória que determina a absolvição da instância da Requerida, nos termos dos arts. 278.º, 1, e), 576.º, 2 e 577.º do CPC, e 89.º, 4, k) do CPTA, aplicáveis *ex vi* art. 29.º, 1 do RJAT.

III. B. No requerimento da Requerente de 6 de Agosto de 2025

6. No seu requerimento de 6 de Agosto de 2025, a Requerente aborda a matéria de excepção suscitada pela Requerida.
7. A Requerente lembra que o prazo relevante é o do art. 10.º, 1 do RJAT, que é de 90 dias, e remete o início da contagem para os factos previstos no art. 102.º, 1 e 2 do CPPT.
8. Ora, nos termos do disposto no artigo 102.º, 1 do CPPT, “*A impugnação será apresentada (...) a partir dos factos seguintes: (...) d) Formação da presunção de indeferimento tácito;*

e) Notificação dos restantes atos que possam ser objeto de impugnação autónoma nos termos deste Código”.

9. O que tem sido entendido pela doutrina como conferindo uma opção ao contribuinte: a de apresentar impugnação num prazo contado tanto a partir do indeferimento tácito como a partir do indeferimento expresso.
10. Isto faz sentido, segundo a Requerente e a doutrina que ela cita, porque o indeferimento tácito (art. 57.º, 5 da LGT) é uma ficção, é a presunção de que existiu um acto, para que o sujeito passivo possa, assente nessa ficção, ter a possibilidade de impugnar contenciosamente, nomeadamente pedindo a pronúncia de tribunal arbitral – mas, porque não exonera a Administração do dever de decidir, não preclui o direito do sujeito passivo de reagir contra um indeferimento expresso, quando este surja, se surgir.
11. O indeferimento tácito é, portanto, um meio de garantir os contribuintes, franqueando-lhes as portas da impugnação, não podendo ser um meio de precluir o direito de reagir a indeferimentos expressos posteriores, proferidos no cumprimento da obrigação de decidir que impende sobre a Administração, nem podendo ser lido como uma forma de desvinculação da Administração face a essa obrigação de decidir.
12. Daqui infere a Requerente que a formação da presunção do indeferimento tácito constitui uma garantia dos contribuintes, mas não pode constituir uma limitação ao seu direito de acção; e que, na verdade, a ficção em que consiste o indeferimento presumido tem como única justificação possibilitar a sua impugnação contenciosa, não podendo converter-se, pelo simples facto de ocorrer tardiamente um indeferimento expresso, num entrave a esse direito.
13. Conclui a Requerente que, tendo sido notificada em 23 de Dezembro de 2024, os 90 dias do prazo do art. 10.º do RJAT tornam tempestivo o pedido de pronúncia apresentado em 24 de Março de 2025 – e tornam improcedente a excepção invocada pela Requerida.

III. C. Nas alegações da Requerente

14. Nas suas alegações, a Requerente trata das questões factuais suscitadas pela Requerida.

15. Sobre a alegada falta de prova de natureza de OIC, a REQUERENTE ESCLARECE QUE SE ENCONTRA INSCRITA JUNTO DA *BUNDESANSTALT FÜR FINANZDIENSTLEISTUNGAUFSICHT* (“*BAFin*”), A AUTORIDADE ALEMÃ COMPETENTE PARA A SUPERVISÃO FINANCEIRA, COM O NÚMERO DE IDENTIFICAÇÃO (“*BAFin-ID*”) ...:

BaFin-Id	Funds	Country	Structure	Umbrella	Inception date/ date of marketing launch	Fund type	Management company	Representative	ISIN
	A...	Deutschland	Individual fund		17/05/2021	open-ended domestic special-AIF with fixed fund rules			

16. SOBRE A ALEGADA FALTA DE PROVA DA IMPOSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO DE IMPOSTO NO ESTADO DE RESIDÊNCIA OU NA ESFERA DOS INVESTIDORES, A REQUERENTE LEMBRA QUE A RELEVÂNCIA DESSE ARGUMENTO FOI JÁ AFASTADA PELA JURISPRUDÊNCIA DO TJUE E DO STA.
17. ESTABELECENDO-SE QUE a comparabilidade é aferida apenas tendo em consideração a extensão, ou não, da soberania tributária de um Estado aos contribuintes residentes num outro Estado, conclui-se pela irrelevância da tributação do OIC não residente no seu Estado de residência, sendo igualmente irrelevante a tributação dos investidores no OIC.
18. Pelo contrário, é a ausência de uma norma idêntica ao art. 22.º, 10 do EBF, aplicável também aos OIC não residentes, que o TJUE considerou, *tout court*, uma diferença de tratamento incompatível com a liberdade de circulação de capitais.
19. Sendo a situação fiscal do investidor irrelevante – sendo efetivamente desconsiderada – para efeitos do regime de tributação sob análise.
20. Quando à alegada insuficiência de prova dos pagamentos, a Requerente estranha que se procure desvalorizar a prova que resulta do documento n.º 2 junto ao PPA, lembrando que se trata de documentação idónea emitida por entidades financeiras, sujeitas a supervisão e regulação estrita, da qual resulta inequivocamente que a Requerente é a beneficiária efectiva dos rendimentos, que os mesmos foram sujeitos a retenção na fonte e que o imposto retido na fonte foi entregue junto dos cofres da AT; e que a desagregação de dividendos pode resultar do cruzamento da informação das guias de pagamento identificadas no documento n.º 2 com as declarações Modelo 30 identificadas.

III. D. Apreciação da matéria de excepção

21. Quanto às dúvidas factuais suscitadas pela Requerida na sua Resposta, julgamos que elas são patentemente infundadas, dada a documentação apresentada, dada a oneração probatória que recai, num contexto de retenção na fonte, sobre um mero substituído, e dada ainda a irrelevância de alguma factualidade controvertida para a solução jurídica encontrada.
22. Quanto à excepção relativa à caducidade do direito de acção, temo-la por improcedente, essencialmente pelos argumentos expendidos pela própria Requerente.
23. Com a presunção de indeferimento tácito da reclamação graciosa, em 13 de Fevereiro de 2024, abriu-se a possibilidade, para o contribuinte, de reagir de imediato a essa situação de indeferimento presumido; mas não ficou fechada a possibilidade, para a AT, de proceder a um indeferimento expresso, conquanto tardio, porque para ela o prazo é meramente ordenador, no sentido de não ser peremptório, não se tendo extinguido, em 13 de Fevereiro de 2024, o seu direito a praticar o acto, nem ficando a AT exonerada, na mesma data, da obrigação de praticá-lo¹.
24. E a prova disso é que, em 23 de Dezembro de 2024, o indeferimento expresso da reclamação graciosa ocorreu mesmo, e não se considerou inválido – como teria que sê-lo se tivesse sido ultrapassado, pela AT, um prazo peremptório.
25. Seria contraditório que se permitisse à AT um indeferimento tardio e se cominasse, como consequência desse atraso na decisão, uma consequência negativa, não para a AT, mas para as garantias do contribuinte!
26. É verdade que poderia pensar-se que, constituindo o indeferimento tácito um acto definitivo para efeitos de impugnação contenciosa, um posterior indeferimento expresso seria, em princípio, meramente confirmativo, não tendo, por isso, o efeito de renovar o prazo de impugnação contenciosa.
27. Sucede, contudo, que a conjugação do art. 10.º, 1 do RJAT com as alíneas d) e e) do art. 102.º, n.º 1, do CPPT torna bem nítida a distinção entre, por um lado, uma situação em que não há sequer notificação, nem fundamentação, mas ocorre *ope legis* uma mera presunção

¹ Também se entende, por exemplo, que os prazos para a prática de actos da AT no procedimento de inspecção tributária são meramente ordenadores, sendo que a sua inobservância não invalida a decisão procedimental (Acórdão do STA de 27.02.2008, Proc. nº 955/07, Acórdão Arbitral do CAAD de 20.09.2015, Proc. nº 120/2015-T).

que habilita o contribuinte a reagir (até para tutela da sua posição na eventualidade de não chegar a haver nunca uma notificação de um acto fundamentado); e, por outro lado, a situação de notificação efectiva de um indeferimento expresso, acompanhado da respectiva fundamentação.

28. Isso significa que, dada a contraposição destas duas situações – respectivamente representadas na alínea d) e na alínea e) do art. 102.º, 1 do CPPT –, o indeferimento expresso não se tem por confirmativo, ou *meramente* confirmativo, de um indeferimento tácito, muito simplesmente porque é no indeferimento expresso que se contém uma fundamentação, legitimando e acarretando uma impugnação distinta daquela que pode caber a um indeferimento meramente presumido, e desprovido de fundamentação.
29. Mais ainda, porque a Administração não fica, com a passagem de um prazo meramente ordenador, ou disciplinador, exonerada do seu dever de decidir, nada permite excluir que, após o indeferimento tácito ou presumido, surja um deferimento expresso, total ou parcial, a ilidir, total ou parcialmente, a presunção criada com a passagem do prazo de indeferimento tácito – uma razão adicional para se considerar que um indeferimento expresso, tal como um deferimento parcial, têm de acarretar um novo prazo para a impugnação contenciosa, sob pena de violação de valores constitucionalmente tutelados, como seja o acesso à justiça para defesa contenciosa dos direitos do contribuinte perante actos novos da Administração.
30. Insiste-se, converter um indeferimento tardio numa preclusão do direito de reagir poderia até converter-se, paradoxalmente, no incentivo a um comportamento sistematicamente anti-jurídico: o do indeferimento expresso proferido sempre após o esgotamento dos prazos de impugnação contenciosa do indeferimento presumido, deixando o contribuinte à mercê da fundamentação própria desse indeferimento expresso, sem possibilidade de reacção contenciosa.
31. Temos, pois, que o pedido de pronúncia arbitral foi tempestivo, por respeitar o prazo do art. 10.º do RJAT, contado da notificação do indeferimento expresso da reclamação graciosa.
32. Julga-se assim improcedente, pelas razões que precedem, a excepção apresentada pela Requerida na sua Resposta.

IV. Sobre o Mérito da Causa

IV. A. Posição da Requerente

1. A Requerente começa por recapitular o caminho que levou à tomada de posição do TJUE relativa ao regime português de tributação de dividendos auferidos por OIC, no acórdão AllianzGI-Fonds AEVN – para sustentar que, sendo a questão material controvertida a mesma no presente processo, isso bastará para tornar procedente o seu pedido, tal como deveria ter tornado procedente a reclamação graciosa, visto que aquele acórdão do TJUE acaba com a declaração de que o artigo respeitante à liberdade de circulação de capitais (art. 63.º TFUE) deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro por força da qual os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não residente são objecto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.
2. E isso tem consequências, em especial no contraste entre a sujeição dos OIC não-residentes (arts. 94.º, 1, c), 3, b) e 4, e 87.º, 4 do CIRC) e isenção dos residentes (art. 22.º do EBF).
3. Lembra a Requerente que essas consequências derivam do primado do direito da União, art. 8.º, 4 da CRP.
4. E que isso deveria ter impedido que os dividendos de participações sociais em sociedades residentes em Portugal tivessem acarretado, para a Requerente, a sujeição a tributação por retenção na fonte liberatória, à taxa de 25%, prevista no art. 87.º, 4 do CIRC – pelo simples facto de não poder beneficiar da norma de isenção prevista no artigo 22.º do EBF, apenas por não ter residência em Portugal, o que lhe vedou constituir-se de acordo com a ordem jurídica nacional (nos termos do Regime Geral dos OIC (Lei n.º 16/2015, alterada pelo Decreto-Lei n.º 124/2015, de 7 de Julho).
5. A restrição à liberdade de circulação de capitais resulta de: 1) existir uma diferença de tratamento entre residentes e não residentes; 2) essa diferença estar abrangida no âmbito do art. 63.º do TFUE; 3) essa diferença ser susceptível de dissuadir as entidades residentes noutro EM de realizarem investimentos em Portugal.
6. E a Requerente entende não só que o tratamento desfavorável preenche todos os três requisitos, mas ainda que não se verificam as premissas para as excepções admitidas no art.

- 65.º do TFUE: a inexistência de comparabilidade objectiva, ou a existência de uma razão imperiosa de interesse geral (nomeadamente a necessidade de preservar a coerência interna do regime fiscal) para a manutenção de discriminações.
7. Quanto à primeira, a Requerente reitera o entendimento jurisprudencial, segundo o qual embora residentes e não-residentes não estejam sempre numa situação comparável, eles são colocados nessa posição a partir do momento em que um Estado-Membro opte por exercer o seu poder de tributação sobre ambos – sendo irrelevante a eventual incidência de outros impostos, taxas ou tributos sobre os mesmos rendimentos.
 8. Quanto à segunda, sustenta a Requerente que as razões de preservação da coerência do regime fiscal só podem ser invocadas quando exista uma relação directa entre o benefício fiscal concedido a um contribuinte e uma cobrança fiscal compensatória ao mesmo contribuinte – e, mesmo assim, com uma interpretação em sentido estrito e nos limites da proporcionalidade, que levou à sua rejeição no acórdão AllianzGI-Fonds AEVN, C-545/19, § 81.
 9. A Requerente lembra que o Direito da UE prevalece sobre o direito ordinário nacional, quer esteja em causa legislação adoptada anteriormente, quer estejam em causa actos legislativos, ficando esse primado do Direito da União acolhido no art. 8.º, 4 da CRP – decorrendo o dever de anulação dos actos tributários ora sindicados directamente do reconhecimento expresso, por parte do TJUE, do carácter ilegal do regime fiscal em vigor.
 10. Deste primado decorreria directamente a necessidade de anulação dos actos de retenção na fonte, peticionando a Requerente a sua anulação, a anulação do indeferimento da reclamação graciosa apresentada contra eles, e a restituição do imposto indevidamente retido, acrescido de juros indemnizatórios.
 11. Em alegações, a Requerente reitera a argumentação do pedido de pronúncia.
 12. Quanto à argumentação da Requerida, insiste na irrelevância, para o caso, da situação fiscal dos investidores; esclarece os pressupostos da comparabilidade objectiva; analisa os pressupostos da necessidade de preservar a coerência do sistema fiscal; e insiste na necessidade de anulação dos actos, por incompatibilidade com o Direito da União, e dado o primado deste.

IV. B. Posição da Requerida

13. A Requerida começa por estranhar que o substituto tributário não tenha feito prova da verificação dos pressupostos da aplicação da CDT, o que teria permitido a aplicação da taxa reduzida de 15%, nos termos do art. 98.º, 2, a) do CIRC.
14. De seguida, sublinha que a Requerente invoca uma equiparação a OIC residentes que não existe, não lhe sendo aplicável o regime do art. 22.º do EBF – concluindo que se impõe a rejeição liminar e a manutenção da posição da AT, sob pena de se validar um mecanismo susceptível de originar reembolsos indevidos à margem do quadro normativo aplicável.
15. Alega que a Requerente não comprovou as suas pretensões, como lhe competia.
16. Argumenta que não é comparável a situação de OIC residentes e não-residentes, e que é daí que decorrem diferenças de tratamento que são plenamente justificadas dentro da sistematização e coerência do sistema fiscal português, dadas razões de interesse geral e de preservação da coerência do sistema fiscal nacional.
17. E insiste que, entre as diferenças, há onerações tributárias que recaem somente sobre os OIC residentes, e não nos não-residentes (IS, tributações autónomas), o que torna inconclusiva a indagação de quais são os mais onerados fiscalmente. E há a possibilidade de recuperação, nos países de residência, a título de crédito por dupla tributação internacional, do imposto pago em Portugal por OIC não-residentes (seja pelo próprio OIC, seja pelos seus investidores).
18. Lembra a Requerida que não lhe compete avaliar a conformidade das normas internas com as do Direito da União, não podendo aceitar de forma directa e automática as orientações interpretativas do TJUE, visto que a AT está vinculada ao princípio da legalidade positivada (art. 3.º do CPA).
19. Depois, sustenta que não há uma interpretação inequívoca das implicações do art. 63.º do TFUE, e sua articulação com o art. 65.º. Sustenta que as liberdades fundamentais do mercado interno têm como principais destinatários os Estados-Membros, não sendo de aplicação directa – ou que, ao menos, só pode haver vinculação do intérprete às decisões do TJUE quando delas resultem orientações claras, precisas e inequívocas, que tenham resultado da apreciação da conformidade com o TFUE de realidades factuais e normativas

idênticas, o que não sucede com as realidades subjacentes aos acórdãos relativos a processos que envolvem fundos de investimento, sempre a reclamarem uma comparação efectiva e detalhada das situações em presença, para poder concluir-se algo de substancial quanto às onerações fiscais incidentes nas diversas situações objecto de comparação.

20. Sem isso, alega a Requerida, há uma mera aparência de discriminação, à qual não corresponde uma discriminação substancial, efectiva. E, assim sendo, a AT considera-se inibida de transpor para os casos que lhe são submetidos, de forma directa e automática, as orientações interpretativas do TJUE, quando estas não têm, na sua origem, a apreciação de compatibilidade entre as disposições do direito interno português e do direito europeu.
21. Além disso, faz notar a Requerida que o TJUE se debruça sobre casos concretos que lhe são submetidos pelos tribunais nacionais por reenvio prejudicial, pelo que as factuaisidades subjacentes e as circunstâncias que envolvem esses casos têm uma importância primordial na formação das decisões, o que invalida a interpretação que retira conclusões gerais de tal jurisprudência – como a conclusão de que o art. 22.º do EBF contraria o Direito da União Europeia.
22. Recusa que estejam reunidos os pressupostos para o pagamento de juros indemnizatórios, visto que não lhe é imputável qualquer erro que tenha determinado o pagamento de imposto em excesso.
23. Em alegações, a Requerida reafirma as posições assumidas na sua resposta.

IV. C. Fundamentação da decisão

IV. C.1. Objecto

1. A questão a decidir no presente processo é idêntica a outras sobre as quais a arbitragem do CAAD tem sido chamada a pronunciar-se, e reconduz-se a saber se o art. 63º do TFUE deve, ou não, ser interpretado no sentido de vedar que a legislação de um Estado-Membro imponha a retenção na fonte da tributação correspondente a juros e dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não-residente, ao passo que os juros e dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.

2. No caso, devemos apreciar a legalidade do indeferimento tácito da reclamação graciosa apresentada pela Requerente, e, mediatamente, a legalidade das liquidações de IRC, por retenção na fonte, que incidiram sobre os juros de fonte portuguesa auferidos pela Requerente em 2021 e 2022, para efeitos de se saber se deve seguir-se a restituição do imposto retido, acrescido de juros indemnizatórios.
3. Reiterando que consideramos ultrapassadas as questões prévias que, no plano da factualidade, a Requerida colocou, e nomeadamente: a prova de que a Requerente é um genuíno Organismo de Investimento Colectivo (OIC); que está feita a prova das retenções na fonte; e que, para efeitos de comparabilidade, a questão da prova DE IMPOSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO DE IMPOSTO NO ESTADO DE RESIDÊNCIA OU NA ESFERA DOS INVESTIDORES SE TORNOU IRRELEVANTE POR FORÇA DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL, SEJA NO TJUE (acórdão *AllianzGI-Fonds AEVN*, C-545/19, §§ 49, 52, 56, 66 e 67), SEJA NO STA (acórdão uniformizador de jurisprudência de 28 de Setembro de 2023, Proc. n.º 93/19.7BALSb).
4. QUANTO A ESTE ÚLTIMO PONTO, INSISTA-SE QUE É DISPENSADA A PROVA NEGATIVA QUANTO A UMA eventual “neutralização” do tratamento discriminatório – por exemplo, pela via de um crédito de imposto por dupla tributação internacional, parcial ou total, tanto na esfera da Requerente como na esfera dos investidores da Requerente, aplicado no Estado de Residência do OIC, ou dos investidores. Isto porque o TJUE tem sido consistente em rejeitar a neutralização do tratamento discriminatório no Estado da Fonte através da atribuição unilateral de uma vantagem no Estado da Residência; rejeitando, assim, a noção de que o tratamento discriminatório no Estado da Fonte dependa de uma análise integrada da situação global do contribuinte, ou seja, de uma análise que combine a tributação resultante da legislação nacional do Estado da Fonte e do Estado da Residência.
5. Trata-se, aqui, de um entendimento que radica no princípio de que os Estados-Membros não podem exercer a sua soberania fiscal de forma a introduzir uma discriminação contrária às regras do Direito da União, não podendo valer-se de pretextos de “simetrias” ou de “neutralizações” entre regimes fiscais de Estados diversos.
6. Isso não significa que o TJUE não reconheça a necessidade de se ponderar o regime resultante das CDTs para se poder tirar conclusões rigorosas sobre o tratamento discriminatório – e isto porque as CDTs são, elas próprias, parte do sistema fiscal do Estado

da Fonte, pelo que a respectiva consideração é crucial para se determinar se o Estado da Fonte exerceu a sua soberania fiscal de forma conforme às regras do Direito da União. Como se consagrou no Acórdão do TJUE de 7 de Outubro de 2005, *Amurta v. Inspecteur van de Belastingdienst*, Proc. C-379/05:

“80. Na medida em que o regime fiscal resultante de uma convenção destinada a evitar a dupla tributação faz parte do quadro jurídico aplicável ao processo principal e que foi apresentado como tal pelo órgão jurisdicional de reenvio, o Tribunal de Justiça deve tomá-lo em consideração a fim de dar uma interpretação do direito comunitário que seja útil ao juiz nacional (...)

84. Há assim que responder à segunda questão que um Estado-Membro não pode invocar a existência de um crédito integral de imposto, concedido unilateralmente por outro Estado-Membro a uma sociedade beneficiária estabelecida neste último Estado-Membro, a fim de se eximir à obrigação de evitar a dupla tributação económica dos dividendos resultantes do exercício do seu poder de tributação, numa situação em que o primeiro Estado-Membro evita a dupla tributação económica dos dividendos distribuídos às sociedades beneficiárias estabelecidas no seu território. Quando um Estado-Membro invoca uma convenção celebrada com outro Estado-Membro, destinada a evitar a dupla tributação, cabe ao órgão jurisdicional nacional determinar se há que tomar em consideração essa convenção no litígio no processo principal e, sendo caso disso, verificar se esta convenção permite neutralizar os efeitos da restrição à livre circulação de capitais”.

7. A mesma orientação de que as CDTs devem ser consideradas para determinar a existência de um tratamento discriminatório tem sido seguida, com elevado grau de consistência, pelo TJUE, como fica consignado no acórdão de 14 de Dezembro de 2006, *Denkavit Internationaal BV v. Ministre de l'Économie*, Proc. C-170/05.
8. Assim, no caso vertente, a aplicação da CDT entre Portugal e a Alemanha, nos termos da qual os juros auferidos pela Requerente poderiam ter sido sujeitos a uma taxa de retenção na fonte reduzida (15%), não resultaria na neutralização da diferença de tratamento, resultante da legislação nacional portuguesa, entre os juros auferidos por OICs com residência fiscal em Portugal e os juros auferidos pelo Requerente.
9. E, sendo irrelevante para a existência de discriminação violadora da liberdade de circulação consagrada pelo Direito da União a existência de eventuais compensações internas concedidas ao OIC ou aos seus investidores pelo sistema fiscal alemão, subsiste em aberto, nos precisos termos de afronta ao disposto no art. 63.º do TFUE, o problema suscitado pela Requerente, primeiro na Reclamação Graciosa, e agora no presente Processo.

IV. C.2. O art. 22º do EBF

10. Regressados à questão principal que é objecto deste Processo, lembremos que ela se centra no artigo 22.º do EBF: o n.º 1 dessa norma dispõe que “*são tributados em IRC, nos termos previstos neste artigo, os fundos de investimento mobiliário, fundos de investimento imobiliário, sociedades de investimento mobiliário e sociedades de investimento imobiliário que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional*”, excluindo, portanto, do âmbito do regime aí previsto os OIC como a Requerente, que não foram constituídos de acordo com a legislação nacional.
11. O art. 22.º do EBF estabelece um regime consideravelmente mais favorável do que o regime geral de tributação em IRC, visto que, nos termos do seu n.º 3, não considera os rendimentos referidos nos artigos 5.º, 8.º e 10.º do CIRS (juros, dividendos, rendas, mais-valias) para efeitos do apuramento do lucro tributável – excepto quando esses rendimentos provenham de entidades com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável, constante de lista aprovada em portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças –, os gastos ligados àqueles rendimentos ou previstos no artigo 23.º-A do CIRC, bem como os rendimentos, incluindo os descontos, e gastos relativos a comissões de gestão e outras comissões que revertam para as entidades referidas no n.º 1, e a isenção de derramas, estadual e municipal.
12. O n.º 10 do mesmo artigo dispensa as empresas que distribuem juros e dividendos aos OIC da obrigação de reter e de entregar esse imposto à Fazenda Pública.
13. Importa saber se a retenção na fonte em IRC sobre os juros distribuídos, por sociedades residentes em Portugal, a OIC estabelecidos noutros Estados-Membros, ou em Estados terceiros – ao mesmo tempo que se isenta de tributação a distribuição de juros e 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 88.º, 11 do CIRC – é conforme, ou não, com o art. 63º do TFUE.

-
14. 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 juros auferidos pela Requerente.

IV. C.3. A liberdade de circulação de capitais

15. O art. 26.º do TFUE estabelece uma conexão substantiva entre a criação do mercado interno e a liberdade de circulação de capitais, elevada esta, pelo art. 63.º do TFUE, ao estatuto de liberdade fundamental do mercado interno, dotada de relevância constitucional no âmbito do Direito da União Europeia.
16. 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.
17. A criação de um mercado interno supõe, por definição, a gradual e efectiva abolição dos diferentes mercados nacionais, em favor de um único mercado interno, de forma a potenciar o crescimento económico à escala europeia, através da mais fácil disponibilização de capital.
18. O objectivo dos OIC, cujo enquadramento jurídico é definido pela Directiva 2009/65/CE, consiste em facilitar a participação dos investidores privados num mercado de valores mobiliários, idealmente integrado a nível da UE.
19. O TJUE desempenha uma função interpretativa decisiva, nomeadamente em sede de acções por incumprimento e de reenvios prejudiciais, devendo os tribunais nacionais conformar-se com o entendimento sobre as normas dos Tratados que venha a ser vertido na jurisprudência daquele Tribunal, sob pena de incumprimento do direito da União Europeia e de responsabilidade por parte do Estado-Membro.
20. A liberdade de circulação de capitais, consagrada no art. 63.º do TFUE, implica a proibição de discriminação entre capitais de um dado Estado-Membro, e capitais provenientes de fora desse Estado.

21. 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.
22. 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.
23. Não obstante a fiscalidade directa ser da competência dos Estados-Membros, o respectivo regime jurídico deve respeitar o direito da União Europeia, sem qualquer discriminação em razão da nacionalidade ou da residência.
24. O TJUE tem sustentado que a existência de meras “divergências” entre os sistemas fiscais nacionais não é suficiente para declarar a existência de uma tal restrição.
25. Na ausência de harmonização no plano da União Europeia, as desvantagens que podem resultar do exercício paralelo de competências dos diferentes Estados-Membros, desde que o exercício não seja discriminatório, não constituem restrições às liberdades de circulação.
26. Um dos domínios do âmbito e do programa normativo da liberdade de circulação de capitais do art. 63.º do TFUE diz especificamente respeito ao tratamento fiscal dos movimentos de capitais.
27. A densificação do âmbito normativo da liberdade de circulação de capitais tem sido levada a cabo pelo TJUE, acolhendo e sublinhando o valor enumerativo, mas não exaustivo, da Directiva n.º 88/361/CEE, de 24 de Junho de 1988, incluindo o respectivo Anexo I número IV, no qual se integra, no conceito de liberdade de circulação, um amplo conjunto de operações e transacções transfronteiriças sobre certificados de participação em organismos de investimento colectivo, nas quais se incluem as que estão em causa nos presentes autos: razão pela qual a distribuição de juros efectuados à Requerente por uma sociedade residente em Portugal deve ser qualificada como “movimento de capital”, na acepção do art. 63.º do TFUE e da própria Directiva 88/361/CEE.
28. Começamos por esclarecer que a questão do tratamento fiscal da distribuição de juros e dividendos tem ocupado um lugar central na jurisprudência europeia, incluindo não apenas

o TJUE, mas também o Tribunal EFTA².

29. Este último órgão, no caso *Focus Bank*, e o TJUE, em casos como, entre outros, *ACT GLO*, *Denkavit*, *Amurta*, *Truck Center*, *Aberdeen Property*, *Comissão v. Países Baixos*, *Comissão v. Portugal*, *Santander Asset Management* e *Sofina SA*, a despeito das diferenças factuais e jurídicas nas respectivas decisões, apontam globalmente no sentido de dever considerar-se que o tratamento fiscal diferenciado de residentes e não-residentes – por exemplo imputando aos investidores residentes um crédito de imposto e sujeitando as entidades não-residentes a retenção de imposto sem imputação; ou retendo imposto sobre juros e dividendos pagos a não-residentes e não retendo no caso de juros e dividendos pagos a residentes – configura, em princípio, uma violação da liberdade de circulação de capitais, e nalguns casos também da liberdade de estabelecimento, pondo em causa o funcionamento do mercado interno.
30. Confirmando a existência de uma área apreciável de divergências interpretativas neste domínio, as conclusões da Advogada Geral (AG) Kokott, apresentadas a propósito de um reenvio prejudicial apresentado num processo arbitral do CAAD (Processo n.º 93/2019-T), vieram sustentar uma leitura menos “formalista” do art. 63º do TFUE, reconhecendo uma maior amplitude aos Estados-Membros na conformação do regime fiscal dos OIC residentes e não-residentes, concluindo que esse artigo não se opõe à aplicação de retenção na fonte aos juros e dividendos distribuídos por uma sociedade residente, quando esses juros e dividendos sejam distribuídos a um OIC não-residente que não esteja sujeito ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas no seu Estado de residência.

IV. C.4. A decisão do caso *AllianzGI-Fonds AEVN* no TJUE

31. Os argumentos sustentados pela AT foram rebatidos na decisão do Processo (CAAD) n.º 166/2021-T, tendo sido posteriormente rejeitados pelo TJUE, na sua decisão do caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, de 17 de Março de 2022 (Processo n.º C-545/19), que entendeu que

² Cfr., sobre esta matéria, Christiana Hji Panayi, *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge, 2013, 253 ss.

“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.”

32. Como esta decisão considerou expressamente o regime fiscal em causa no presente processo, e, estando os tribunais nacionais juridicamente obrigados a seguir a jurisprudência do TJUE, impõe-se seguir a sua argumentação, e é o que faremos a partir daqui.
33. No caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, o TJUE reiterou o seu entendimento de que, embora não estejam sempre numa situação comparável, residentes e não-residentes são colocados nessa posição a partir do momento em que um Estado-Membro, unilateralmente ou por convenção, opte por tributar os accionistas ou obrigacionistas não-residentes de maneira menos favorável do que os residentes, relativamente aos juros e dividendos que uns e outros recebam de sociedades residentes.
34. Especialmente relevante, em sede das liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais – a liberdade que o TJUE entendeu ser pertinente neste caso –, é o facto de o tratamento fiscal menos favorável dos não-residentes os dissuadir, na qualidade de accionistas ou obrigacionistas, de investirem no Estado da residência das empresas pagadoras de juros e distribuidoras de dividendos, e constituir, igualmente, um obstáculo à obtenção de capital no exterior, por parte dessas empresas.
35. Para o TJUE, é significativo o facto de que a isenção fiscal prevista pela legislação nacional em causa é concedida aos OIC constituídos e que operam de acordo com a legislação portuguesa, ao passo que os juros e dividendos pagos a OIC estabelecidos noutro Estado-Membro, ou num Estado terceiro, não podem beneficiar dessa isenção.
36. No entender do TJUE, ao proceder a uma retenção na fonte sobre os juros e dividendos pagos aos OIC não-residentes e ao reservar aos OIC residentes a possibilidade de obter a isenção dessa retenção na fonte, a legislação nacional em causa procede a um tratamento desfavorável dos juros e dividendos pagos aos OIC não-residentes, susceptível de dissuadir, por um lado, os OIC não-residentes de investirem em sociedades estabelecidas em Portugal, e, por outro, os investidores residentes em Portugal de adquirirem participações sociais em OIC – constituindo, por conseguinte, uma restrição à livre circulação de capitais, proibida,

em princípio, pelo art. 63.º do TFUE.

37. No entendimento do TJUE, o facto de o art. 65.º, 1, a) do TFUE estabelecer que o disposto no art. 63.º do TFUE não prejudica o direito de os Estados-Membros aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação, no que se refere ao seu lugar de residência, ou ao lugar em que o seu capital é investido, não isenta um Estado-Membro de cumprir as suas obrigações jurídicas decorrentes das liberdades fundamentais do mercado interno, nem o exonera pela simples circunstância de esse Estado poder pensar que outro Estado-Membro, ou um Estado terceiro, se encarregará de compensar, de alguma maneira, o tratamento desfavorável gerado pela sua própria legislação³.
38. É entendimento do TJUE, portanto, que as liberdades de circulação de capitais e de estabelecimento requerem a igualdade de tratamento fiscal dos juros e dividendos pagos a residentes e não-residentes pelo Estado da Fonte, no caso de ambos estarem sujeitos a tributação de tais rendimentos.
39. O TJUE tem sustentado que, quando se trata de interpretar e aplicar as liberdades fundamentais do mercado interno, prevalece o entendimento segundo o qual a liberdade é a regra, e as restrições à liberdade são a excepção: pelo que o art. 65.º, 1, a) do TFUE, enquanto derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, é de interpretação estrita.
40. Por conseguinte, não pode ser interpretada no sentido de que qualquer legislação fiscal que comporte uma distinção entre contribuintes, em função do lugar em que residam, ou do Estado-Membro onde invistam os seus capitais, é automaticamente compatível com o TFUE.
41. Com efeito, a derrogação prevista no art. 65º, 1, a) do TFUE é, ela própria, limitada pelo disposto no nº 3 do mesmo artigo, que prevê que as disposições nacionais a que se refere o nº 1 desse artigo não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos: ou seja, as restrições têm como limite a garantia da própria liberdade de circulação de capitais⁴.

³ Case E – 1/04, *Focus Bank ASA v. The Norwegian State*, 23-11-2004.

⁴ C-358/93, C-416/93, *Bordessa*, 23-02-1995.

42. No entender do TJUE, plasmado na decisão *AllianzGI-Fonds AEVN*, há que distinguir as diferenças de tratamento permitidas pelo art. 65.º, 1, a) do TFUE, das discriminações proibidas pelo nº 3 do mesmo artigo.
43. Para que o regime fiscal nacional possa ser considerado compatível com as disposições do TFUE relativas à livre circulação de capitais, é necessário que a diferença de tratamento daí decorrente diga respeito a situações que não sejam objectivamente comparáveis, ou que ela se justifique por uma razão imperiosa de interesse geral.
44. Sobre a questão de saber se a situação dos fundos de investimento residentes e não residentes em Portugal é objectivamente comparável, o TJUE, depois de ponderados os argumentos do Estado Português (em tudo idênticos aos aqui expostos pela AT), reiterou o seu entendimento segundo o qual, a partir do momento em que um Estado, de modo unilateral ou por via convencional, sujeita ao imposto sobre o rendimento não só os contribuintes residentes mas também os contribuintes não-residentes, relativamente aos juros ou dividendos que auferem de uma sociedade residente, a situação dos referidos contribuintes não-residentes passa a assemelhar-se à dos contribuintes residentes.
45. No caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, o TJUE considerou que a legislação nacional em causa no processo principal – o mesmo regime fiscal aqui em análise – não se limita a prever diferentes modalidades de cobrança de imposto em função do local de residência do OIC beneficiário de juros e dividendos de origem nacional; mas prevê, na realidade, uma tributação sistemática dos referidos rendimentos que onera apenas os OIC não-residentes.
46. Por exemplo, no que respeita ao Imposto do Selo (IS), o TJUE entendeu serem decisivos o facto de, por um lado, a sua matéria colectável ser constituída pelo valor líquido contabilístico dos OIC, sendo esse IS um imposto sobre o património, que não pode ser equiparado a um imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas; e, por outro lado, a legislação fiscal portuguesa distinguir, no caso dos OIC residentes, entre o rendimento do capital acumulado e o que é imediatamente redistribuído, apenas o primeiro sendo englobado na matéria colectável do referido IS.
47. Com efeito, observa o TJUE, mesmo considerando que esse mesmo IS possa ser equiparado a um imposto sobre os juros ou dividendos, um OIC residente pode escapar a tal tributação procedendo ao seu pagamento ou distribuição imediatos, ao passo que esta possibilidade

- não está aberta a um OIC não-residente.
48. Quanto ao imposto específico previsto no art. 88º, 11 do CIRC, o TJUE, na decisão do caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, considerou significativo o facto de este imposto só incidir sobre os juros ou 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.
49. Assim, o imposto previsto pela referida disposição só incide sobre os juros e dividendos de origem nacional recebidos por um OIC residente em casos limitados, pelo que não pode ser equiparado ao imposto geral de que são objecto os juros e dividendos de origem nacional recebidos pelos OIC não-residentes.
50. Por conseguinte, a circunstância de os OIC não-residentes não estarem sujeitos ao IS e ao imposto específico previsto no art. 88º, 11 do CIRC não os coloca numa situação objectivamente diferente da situação dos OIC residentes, no que se refere à tributação dos juros e dividendos de origem portuguesa.
51. Quanto à alegada necessidade de ter em conta a situação dos detentores de participações sociais, o TJUE, na decisão do caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, entendeu que a comparabilidade de uma situação transfronteiriça com uma situação interna do Estado-Membro em causa deve ser examinada tendo em conta o objectivo prosseguido pelas disposições nacionais controvertidas.
52. No caso em apreço, no que diz respeito ao objecto, ao conteúdo e ao objectivo do regime português em matéria de tributação dos juros e dividendos, seja ao nível dos próprios OIC ou dos seus detentores de participações sociais, o TJUE entendeu que o referido regime foi concebido numa lógica de “tributação à saída”, ou seja, os OIC que são constituídos e operam de acordo com a legislação portuguesa estão isentos do imposto sobre o rendimento, sendo o encargo que este último representa transferido para os detentores de participações sociais que têm a qualidade de residentes, estando dele isentos os detentores de participações sociais não-residentes.
53. Para o TJUE, se se concluir que o regime português em matéria de tributação dos juros e dividendos visa transferir essa tributação para a esfera dos detentores de participações

sociais dos OIC, no intuito de não renunciar pura e simplesmente à tributação dos juros e dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal, deve entender-se que, se o objectivo da legislação nacional em causa é comprovadamente o de deslocar o nível de tributação do veículo de investimento para o obrigacionista ou accionista desse veículo, são, em princípio, as condições materiais do poder de tributação sobre os rendimentos dos obrigacionistas ou accionistas que devem ser consideradas determinantes, e não a técnica de tributação utilizada.

54. A Requerente, residente na Alemanha, pode ter investidores estrangeiros, incluindo portugueses, e os fundos fiscalmente residentes em Portugal podem ter investidores estrangeiros, incluindo alemães.
55. Mas a presente acção não foi intentada pelos investidores, nem os mesmos são partes nela, nem é lícito chamar à colação a posição dos referidos investidores.
56. Por seu lado, o art. 22º do EBF não estabelece nenhuma ligação entre o tratamento fiscal dos juros ou dividendos de origem nacional recebidos pelos OIC, residentes ou não residentes, e a situação fiscal dos seus detentores de participações.
57. Da mesma forma, a AT não afere da posição dos investidores em OIC residentes para efeitos fiscais em Portugal, para reconhecer a estes o regime fiscal previsto no art. 22º do EBF.
58. Seria administrativamente impraticável, e excessivamente oneroso, proceder-se a uma determinação caso a caso, totalmente particularizada, para cada OIC não-residente, ou investidor individual, com o único fito de aumentar as receitas tributárias dos Estados-Membros. É que tanto os fundos residentes em Portugal, como os não-residentes, podem ter titulares institucionais e individuais de todos os Estados da União Europeia, e de Estados terceiros: será, portanto, administrativamente mais praticável, e muito menos oneroso, circunscrever a análise ao nível da situação fiscal dos fundos residentes e não-residentes a quem são pagos juros ou distribuídos dividendos, obtendo-se a informação relevante numa única determinação, sem necessidade de particularizar as situações de benefício económico último.
59. Por outras palavras: considerando que o único critério de distinção estabelecido pela legislação nacional se baseia no lugar de residência dos OIC, sujeitando apenas os organismos não-residentes a uma retenção na fonte dos rendimentos de capital que recebem,

o que deve relevar é o impacto directo que as normas tributárias têm na actividade dos fundos, e não na situação fiscal dos investidores individualmente considerados. Estes não têm necessariamente a mesma nacionalidade dos fundos, o que deve ser considerado normal, até porque os investimentos transfronteiriços são um dos objectivos do mercado interno e da liberdade de circulação de capitais no âmbito da União Europeia.

60. Em suma, o rastreamento de investidores individuais espalhados por todo o mundo, e a aplicação de um conjunto diferente de regras a cada um deles, dependendo de seu Estado de Residência, apresentaria uma situação impraticável para os tribunais que, no futuro, fossem chamados a analisar a conformidade da legislação fiscal nacional em causa com as liberdades de estabelecimento e de circulação de capitais.
61. Regressando ao plano dos Fundos: a situação de um OIC residente que beneficia de uma distribuição de juros ou dividendos é comparável à de um OIC beneficiário não-residente, na medida em que, em ambos os casos, os lucros realizados podem, em princípio, ser objeto de dupla tributação económica ou de tributação em cadeia.
62. Por conseguinte, o critério de distinção a que se refere a legislação nacional em causa, que tem por critério o lugar de residência dos OIC, não permite concluir pela existência de uma diferença objectiva de situações entre os organismos residentes e os organismos não-residentes.
63. Logo, a diferença de tratamento entre os OIC residentes e os OIC não-residentes diz respeito a situações objectivamente comparáveis.
64. Por outro lado, como reconheceu o TJUE no caso *AllianzGI-Fonds AEFN*, uma restrição à livre circulação de capitais pode ser admitida se se justificar por razões imperiosas de interesse geral, for adequada a garantir a realização do objectivo que prossegue e não for além do que é necessário para alcançar esse objectivo, sendo tais razões, por um lado, a necessidade de preservar a coerência do regime fiscal nacional, e, por outro, a de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre Portugal e outro Estado-Membro da UE, ou um Estado terceiro.
65. Quanto à primeira razão, sempre se poderia alegar que essa coerência só seria garantida se a entidade gestora do OIC não-residente operasse em Portugal através de um estabelecimento estável, de modo a que essa entidade pudesse concretizar as retenções na

- fonte necessárias junto dos detentores de participações sociais residentes, bem como, em certos casos excepcionais, orientados por considerações ligadas ao facto de evitar o planeamento fiscal, junto dos detentores de participações sociais não-residentes.
66. Contudo, para que um argumento baseado nessa justificação pudesse ser acolhido, seria necessário que estivesse demonstrada a existência de uma relação directa entre o benefício fiscal em causa e a compensação desse benefício por uma determinada imposição fiscal.
67. Ora, a garantia da coerência do sistema fiscal português também não pode ser invocada para justificar a diferenciação de regime da retenção, visto que a isenção da retenção na fonte dos juros e dividendos em benefício dos OIC residentes não está sujeita à condição de os rendimentos recebidos pelos organismos serem redistribuídos por estes, e de a sua tributação na esfera dos detentores de participações sociais permitir compensar a isenção da retenção na fonte; não se podendo, pois, falar de uma relação directa, na acepção da jurisprudência do TJUE, entre a isenção da retenção na fonte dos juros e dividendos de origem nacional auferidos por um OIC residente e a tributação dos referidos juros e dividendos enquanto rendimentos dos detentores de participações sociais nesse organismo.
68. No tocante ao objectivo de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre Portugal e outro Estado-Membro da UE, ou de um Estado terceiro, o mesmo só pode ser admitido quando o regime em causa vise prevenir comportamentos susceptíveis de comprometer o direito de um Estado-Membro exercer a sua competência fiscal em relação às actividades realizadas no seu próprio território; pelo que, se Portugal optou por não tributar os OIC residentes beneficiários de juros e dividendos de origem nacional, não pode invocar a necessidade de garantir uma repartição equilibrada do poder de tributar entre os Estados-Membros, ou relativamente a Estados terceiros, para justificar a tributação dos OIC não-residentes beneficiários desses rendimentos.
69. A esta luz, o art. 63.º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que estabeleça que os juros e dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não-residente são objeto de retenção na fonte, ao passo que os juros e dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção – sendo esta a principal conclusão que, com firmeza, se alcança na decisão do TJUE no caso *AllianzGI-Fonds AENV*, de 17 de Março de 2022 (Processo n.º C-545/19).

IV. C.5. A Uniformização de Jurisprudência: o Acórdão n.º 7/2024 do STA

70. Decidindo de um recurso por oposição entre acórdãos arbitrais, o STA, em Acórdão de 28 de Setembro de 2023, no âmbito do processo n.º 93/19.7BALS (publicado em 26 de Fevereiro de 2024), uniformizou a jurisprudência nos seguintes termos:

“Conclusões:

1 — Quando um Estado Membro escolhe exercer a sua competência fiscal sobre os dividendos pagos por sociedades residentes unicamente em função do lugar de residência dos Organismos de Investimento Colectivo (OIC) beneficiários, a situação fiscal dos detentores de participações destes últimos é desprovida de pertinência para efeitos de apreciação do carácter discriminatório, ou não, da referida regulamentação;
2 — O art.º 63, do TFUE, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado -Membro por força da qual os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não residente são objecto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção;
3 — A interpretação do art.º 63, do TFUE, acabada de mencionar é incompatível com o art.º 22, do E.B.F., na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13/01, na medida em que limita o regime de isenção nele previsto aos OIC constituídos segundo a legislação nacional, dele excluindo os OIC constituídos segundo a legislação de outros Estados Membros da União Europeia.”

71. Acolhendo expressamente, pois, a orientação adoptada pelo TJUE na sua decisão do caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, de 17 de Março de 2022 (Processo n.º C-545/19), o STA remove, deste modo, as últimas dúvidas que pudessem subsistir quanto à consagração jurisprudencial da referida orientação.
72. E isso não pode, evidentemente, deixar de repercutir-se no mérito da presente causa, e na decisão a que este Tribunal chega.
73. Conduzindo à conclusão de que os actos de retenção na fonte objecto dos presentes autos, bem como a decisão de indeferimento da reclamação graciosa que se lhes reportou, enfermam de vício de violação de lei, que justifica a sua anulação, de harmonia com o disposto no art. 163.º, 1 do Código do Procedimento Administrativo, subsidiariamente aplicável nos termos do art. 2.º, c), da LGT e do art. 29º, 1, d) do RJAT.

IV. C.6. O direito aos juros indemnizatórios

74. A Requerente peticiona o pagamento de juros indemnizatórios, relativamente ao montante indevidamente retido na fonte.
75. Dispõe o art. 24.º, b) do RJAT que a decisão arbitral sobre o mérito da pretensão de que não caiba recurso ou impugnação vincula a AT a partir do termo do prazo previsto para o recurso ou impugnação, devendo esta, nos exactos termos da procedência da decisão arbitral a favor do sujeito passivo, e até ao termo do prazo previsto para a execução espontânea das sentenças dos tribunais judiciais tributários, *“restabelecer a situação que existiria se o ato tributário objeto da decisão arbitral não tivesse sido praticado, adotando os atos e operações necessários para o efeito”*, de acordo com o preceituado no artigo 100.º da LGT (aplicável por força do disposto no art. 29º, 1, a) do RJAT) que estabelece que *“a administração tributária está obrigada, em caso de procedência total ou parcial de reclamação, impugnação judicial ou recurso a favor do sujeito passivo, à imediata e plena reconstituição da legalidade do ato ou situação objeto do litígio, compreendendo o pagamento de juros indemnizatórios, se for caso disso, a partir do termo do prazo da execução da decisão”*.
76. É hoje consensual que os tribunais arbitrais abarcam nas suas competências os poderes que, em processo de impugnação judicial, são atribuídos aos tribunais tributários, até porque o processo arbitral foi desenhado como um meio processual alternativo ao processo de impugnação judicial e à acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo em matéria tributária. Por sua vez, o processo de impugnação admite a condenação da AT no pagamento de juros indemnizatórios, como resulta do teor do art. 43.º, 1 da LGT, em que se dispõe que *“são devidos juros indemnizatórios quando se determine, em reclamação graciosa ou impugnação judicial, que houve erro imputável aos serviços de que resulte pagamento da dívida tributária em montante superior ao legalmente devido”*, e do art. 61.º, 4 do CPPT, que estabelece que *“se a decisão que reconheceu o direito a juros indemnizatórios for judicial, o prazo de pagamento conta-se a partir do início do prazo da sua execução espontânea”*.
77. Igualmente o art. 24.º, 5 do RJAT, ao estabelecer que *“é devido o pagamento de juros, independentemente da sua natureza, nos termos previsto na lei geral tributária e no Código*

de Procedimento e de Processo Tributário”, deve ser interpretado e aplicado como permitindo o reconhecimento do direito a juros indemnizatórios no processo arbitral.

78. No caso em apreço, a AT aplicou as normas jurídicas nacionais em vigor, a despeito de as mesmas violarem o direito da União Europeia tal como ele tem sido interpretado pelo TJUE, e agora é interpretado pelo STA.
79. Sendo a primazia do direito da União Europeia relativamente ao direito nacional uma *primazia de aplicação* e não uma *primazia de validade*, cabe ao presente Tribunal Arbitral desaplicar o direito nacional contrário ao direito da União Europeia, declarando a respectiva ilegalidade.
80. Nos termos dos artigos 61.º do CPPT e 43º da LGT, são devidos juros indemnizatórios quando, anulados os actos por vício de violação de lei, se apure que a culpa do erro subjacente à anulação do acto é imputável aos serviços da Administração Tributária, ou, em bom rigor, não é imputável ao contribuinte.
81. Uma vez verificado o erro, e ordenada judicialmente a sua anulação, é manifesto que, para além da devolução dos montantes ilegalmente retidos, a Requerente tem direito a que lhe sejam pagos os juros vencidos sobre esses valores (ilegalmente retidos) até integral restituição, sendo indiferente, ao reconhecimento desse direito, que o erro decorra especialmente da violação de normas da União Europeia, e não apenas de normas nacionais.
82. Estamos assim, neste caso, perante uma actuação por parte da AT que se traduz num “erro imputável aos serviços”, para efeitos da aplicação art. 43º da LGT.
83. Lembremos que, de acordo com a jurisprudência do STA:
- “*em geral, pode afirmar-se que o erro imputável aos serviços, que operaram a liquidação, entendidos estes num sentido global, fica demonstrado quando procederem a reclamação graciosa ou impugnação dessa mesma liquidação*” – acórdãos de 31/10/2001, Proc. n.º 26167, e de 24/04/2002, Proc. n.º 117/02;
 - “*Para efeitos da obrigação de pagamento de juros indemnizatórios, imposta à administração tributária pelo art. 43.º da LGT, havendo um erro de direito na liquidação e sendo ela efectuada pelos serviços, é à administração que é imputável esse erro, sempre que a errada aplicação da lei não tenha por base qualquer informação do contribuinte. [§] Esta imputabilidade do erro aos serviços é independente da demonstração da culpa de qualquer dos seus funcionários ao efectuar liquidação afectada por erro, podendo servir de base à responsabilidade por juros indemnizatórios a falta do próprio serviço, globalmente considerado*” – acórdão de 07/11/2001, Proc. n.º 26404;

- “há erro nos pressupostos de direito, imputável aos serviços, de modo a preencher o pressuposto da obrigação da Administração de indemnizar aquele a quem exigiu imposto indevido, quando na liquidação é aplicada uma norma nacional incompatível com uma Directiva comunitária” – acórdão de 21/11/2001, Proc. n.º 26415;
- “os juros indemnizatórios previstos no art. 43.º da LGT são devidos sempre que possa afirmar-se, como no caso sub judicibus, que ocorreu erro imputável aos serviços demonstrado, desde logo e sem necessidade de mais, pela procedência de reclamação graciosa ou impugnação judicial da correspondente liquidação” – acórdãos de 28/11/2001, Proc. n.º 26223, e de 16/01/2002, Proc. n.º 26508.

84. À luz desta jurisprudência, não sendo os erros que afectam as retenções na fonte imputáveis ao Requerente, eles são imputáveis à Requerida. O facto de se tratar de actos de retenção na fonte, não praticados directamente pela AT, não afasta essa imputabilidade, pois a ilegalidade da retenção na fonte, quando não é baseada em informações erradas do próprio 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 assume perante quem suporta o encargo do imposto o papel da AT na liquidação e cobrança do imposto.
85. O Pleno do STA uniformizou jurisprudência, especificamente para os casos de retenção na fonte seguida de reclamação graciosa, no acórdão de 29/6/2022, Proc. n.º 93/21.7BALSb, nos seguintes termos:
- “Em caso de retenção na fonte e havendo lugar a impugnação administrativa do acto tributário em causa (v.g. reclamação graciosa), o erro passa a ser imputável à A. Fiscal depois de operar o indeferimento do mesmo procedimento gracioso, efectivo ou presumido, funcionando tal data como termo inicial para cômputo dos juros indemnizatórios a pagar ao sujeito passivo, nos termos do art.º 43, n.ºs.1 e 3, da L.G.T.”*
86. Assim, segundo essa jurisprudência uniformizada do STA, que por isso deve ser acatada, em caso de retenção na fonte e havendo lugar a impugnação administrativa do acto tributário em causa, os juros indemnizatórios devem ser contados, não desde a data do pagamento indevido do imposto – como dispõe o art. 61º, 5 do CPPT – mas desde a data do indeferimento da reclamação graciosa, momento em que se consuma o “erro imputável aos serviços”.
87. Logo, os juros indemnizatórios contam-se a partir da data do indeferimento tácito, ou presumido, da reclamação graciosa. Atendendo ao estabelecido no art. 61º do CPPT, tais

juros são calculados à taxa legal, e contados até à data do processamento da respectiva nota de crédito, em que são incluídos.

IV. C.7. Questões prejudicadas

88. Foram conhecidas e apreciadas as questões relevantes submetidas à apreciação deste Tribunal, não o tendo sido aquelas cuja decisão ficou prejudicada pela solução dada a outras, ou cuja apreciação seria, por isso, inútil – art. 608.º do CPC, *ex vi* art. 29º, 1, e) do RJAT.

V. Decisão

Nos termos expostos, acordam neste Tribunal Arbitral em:

- a) Julgar improcedente a excepção apresentada pela Autoridade Tributária e Aduaneira;
- b) Julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral, declarando a ilegalidade dos actos tributários de retenção na fonte ora sindicados, por erro nos pressupostos de direito, especificamente por violação da liberdade de circulação de capitais consagrada no artigo 63º do TFUE, e declarando a ilegalidade do indeferimento expresso da reclamação graciosa apresentada contra tais actos tributários;
- c) Condenar a Autoridade Tributária e Aduaneira à restituição da quantia relativa a essas retenções na fonte;
- d) Condenar a Autoridade Tributária e Aduaneira no pagamento de juros indemnizatórios, à taxa legal, contados desde 23 de Dezembro de 2024, a data do indeferimento expresso da reclamação graciosa, até à data do processamento da respectiva nota de crédito, em que são incluídos;
- e) Condenar a Autoridade Tributária e Aduaneira no pagamento das custas do processo.

VI. Valor do processo

Fixa-se o valor do processo em € 99.365,18 (noventa e nove mil, trezentos e sessenta e cinco euros e dezoito cêntimos), nos termos do disposto no art.º 97.º-A do CPPT, aplicável *ex vi* art.º 29.º, n.º 1, alínea a), do RJAT e art.º 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processo de Arbitragem Tributária (RCPAT).

VII. Custas

Custas no montante de € 2.754,00 (dois mil, setecentos e cinquenta e quatro euros) a cargo da Requerida, Autoridade Tributária e Aduaneira (cfr. Tabela I, do RCPAT e artigos 12.º, n.º 2 e 22.º, n.º 4, do RJAT).

Lisboa, 11 de Novembro de 2025.

Os Árbitros

Fernando Araújo

Mariana Vargas

Jorge Bacelar Gouveia