

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 619/2025-T

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

SUMÁRIO

- I. A liberdade de circulação de capitais e, consequentemente, a proibição de adoção 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 dividendos distribuídos por sociedades residentes a um Organismo de Investimento Coletivo não residente são objeto de retenção na fonte, enquanto os dividendos distribuídos a um Organismo de Investimento Coletivo 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 Coletivo constituídos nos termos da 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 efetividade da livre circulação de capitais.

DECISÃO ARBITRAL

Os árbitros Fernando Araújo (presidente), Sónia Martins Reis e Ana Rita do Livramento Chacim (vogais), designados pelo Conselho Deontológico do Centro de Arbitragem Administrativa (“CAAD”) para formarem o Tribunal Arbitral Coletivo, constituído em 2 de setembro de 2025, acordam no seguinte:

I. RELATÓRIO

1. A..., S.A., organismo de investimento coletivo alternativo, imobiliário, fechado, sob forma societária, com o número de identificação fiscal (“NIF”) ..., com sede na ..., ..., ...-... Lisboa (doravante, “Requerente”), apresentou, no dia 25 de junho de 2025, um pedido de constituição de Tribunal Arbitral Coletivo, 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 despacho de indeferimento da reclamação graciosa no âmbito do processo n.º ...2025..., notificado através do Ofício n.º ...-DJT-UGC-2025, apresentada pela Requerente relativamente ao acto de retenção na fonte de IRC referente ao ano de 2023, que incidiu sobre os dividendos auferidos em território nacional pelo fundo de investimento imobiliário B... (“B...”) que detém participações sociais na Requerente no montante total de € 571.360,00, associado à guia de pagamento n.º..., emitida pela Requerida, enquanto ato mediato da presente impugnação (cf. cópia do despacho e da guia de pagamento, acompanhada do respetivo comprovativo bancário do pagamento dos dividendos e do pagamento do imposto, que se juntam como Documento n.º 1 e 2), tendo por objeto mediato a anulação, nos

termos dos arts. 3.º, 1 do RJAT e 99.º, a) do CPPT, da referida liquidação, 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 Coletivo, 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 Coletivo ficou constituído em 2 de Setembro de 2025.
7. Por Despacho de 2 de Setembro de 2025, foi a AT notificada para nos termos do art. 17º do RJAT, apresentar resposta.
8. A AT apresentou a sua Resposta em 6 de Outubro de 2025.
9. Por Despacho de 8 de Outubro de 2025, foi dispensada a realização da reunião prevista no art. 18º do RJAT, e convidadas as partes a apresentar alegações escritas.
10. Somente a Requerente apresentou alegações, em 21 de Outubro de 2025.
11. O Tribunal Arbitral foi regularmente constituído e é competente, atenta a conformação do objecto do processo.
12. O pedido de pronúncia arbitral é tempestivo.
13. As Partes têm personalidade e capacidade judiciárias e têm legitimidade.
14. A AT procedeu à designação dos seus representantes nos autos e a Requerente juntou procuração, encontrando-se assim as Partes devidamente representadas.
15. O processo não enferma de nulidades.

II. SANEAMENTO

O Tribunal foi regularmente constituído e é competente em razão da matéria, à face do preceituado nos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), 5.º, n.º 3, alínea a), 6.º, n.º 2, alínea a) e 11.º, n.º 1, todos do RJAT.

As Partes gozam de personalidade e capacidade judiciárias, têm legitimidade e encontram-se regularmente representadas (*cf.* artigos 4.º e 10.º, n.º 2 do RJAT e artigo 1.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março).

O pedido de pronúncia arbitral é tempestivo, porque apresentado no prazo de 90 dias previsto no artigo 10.º, n.º 1, alínea a) do RJAT.

Não foram identificadas questões que obstem ao conhecimento do mérito.

III. FUNDAMENTAÇÃO

1. DOS FACTOS

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

A.) A Requerente é um organismo de investimento coletivo alternativo, imobiliário, fechado, sob forma societária, e que tem o seguinte objeto social: «O investimento de capitais obtidos junto dos acionistas, predominantemente em ativos imobiliários que permitam à sociedade gerar rendimento através da compra, da venda, do arrendamento, de outras formas de exploração onerosa e de administração de imóveis, incluindo a revenda dos que sejam adquiridos para esse fim, do desenvolvimento de projetos de construção e de reabilitação de imóveis, da aquisição e venda de outros direitos sobre imóveis tendo em vista a respetiva exploração económica, da realização de obras de melhoramento, ampliação e de reconstrução de imóveis em carteira, bem como a prática de todos os atos necessários à realização do objeto social da Sociedade ou de atividades com este conexas, tudo dentro dos limites, termos e condições definidos para a SIC no RGA e em regulamentos da CMVM”.

B.) O fundo de investimento imobiliário B... (“B...”), representado através da C... mbH (“C...”), é um Organismo de Investimento Coletivo (“OIC”), constituído e a operar de acordo com o direito alemão, com sede em ..., ... Düsseldorf, Alemanha (*cf.* cópia do respetivo comprovativo, que se junta como documento n.º 3).

C.) Por não se tratar de um OIC sob a forma societária (sociedade de investimento), mas antes meramente contratual (fundo de investimento), o fundo B... não reveste juridicamente a forma de sociedade comercial, não estando, nos termos da legislação alemã aplicável, sujeita a qualquer obrigação de registo no Registo Comercial alemão e, como tal, não pode ser titular de direitos ou obrigações.

D.) A Requerente, o fundo B... e a C... integram o perímetro de entidades do Grupo D..., grupo empresarial de matriz alemã, líder mundial especializado no investimento, desenvolvimento e gestão de ativos imobiliários.

E.) O fundo de investimento B... detém participações sociais no capital social da Requerente.

F.) No período em referência, a Requerente pagou ao fundo B... dividendos, decorrentes da participação detida no capital social da Requerente.

G.) Os dividendos foram sujeitos a tributação, em sede de IRC, a título definitivo, nos termos dos artigos 87.º, n.º 4, e 94.º, n.º 3, alínea b), e n.º 5, do Código do IRC, à taxa liberatória de 15%, por força da aplicação do artigo 10.º, n.º 2, alínea b) da convenção destinada a eliminar a dupla tributação (“CDT”) celebrada entre Portugal e a Alemanha (cf. cópia do certificado de residência fiscal alemão do fundo B... para o período em causa, que se junta como documento n.º 4).

H.) Assim, a Requerente pagou ao fundo B... dividendos e suportou em Portugal imposto por retenção na fonte de IRC no montante a seguir discriminado:

Ano	Dividendos pagos (€)	Data de pagamento	Taxa de retenção na fonte	Guia de pagamento	Valor de retenção na fonte
2023	5.713.600,00	20-07-2023	15%	...	571.360,00

I.) Em 29 de Janeiro de 2025, a Requerente apresentou reclamação graciosa contra o aludido ato de retenção na fonte de IRC.

J.) Em 29 de Maio de 2025, a Requerente foi notificada do despacho de indeferimento da reclamação graciosa apresentada pela Requerente, no âmbito do processo n.º ...2025..., através do Ofício n.º ...-DJT-UGC-2025 (cf. Documento n.º 1).

K.) A 27 de Junho de 2025, a Requerente apresentou o pedido de pronúncia que deu origem ao presente processo.

2. FACTOS NÃO PROVADOS

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

3. FUNDAMENTAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

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.

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).

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).

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).

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, insuscetíveis 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.

III. DO DIREITO

A.) QUESTÃO PRÉVIA: DO OBJETO DO PEDIDO DE PRONÚNCIA ARBITRAL

A Requerida veio alegar na sua resposta ao PPA que “(...) os atos de retenção de impostos sob sindicância foram emitidos e pagos pela Reclamante com a identificação do código “206” – “IRC - Capitais - Outros rendimentos” e associado a não residentes, que a Reclamante descreve serem rendimentos de juros, e tributáveis conforme impõe expressamente a alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º do CIRC”.

A Requerida refere, ainda, que “(...) não é suscitada qualquer questão respeitante a eventual ilegalidade na retenção de imposto por erro quanto aos pressupostos da aplicação das regras de tributação do rendimento, no seu âmbito objetivo e subjetivo, vindo, somente, alegar a falta de conformidade do regime de tributação dos rendimentos de juros para as instituições de crédito previsto no n.º 4 do artigo 87.º, alínea b) do n.º 3 do artigo 94.º e alínea a) do n.º 1 do artigo 97.º, todos do CIRC, com o direito europeu e, em última, com a própria CRP”.

Ora, cumpre, desde já, a este Tribunal esclarecer que o objeto do presente PPA reporta-se à retenção na fonte sobre dividendos pagos pela Requerente a um Organismo de Investimento Coletivo (“OIC”) não residente para efeitos fiscais em Portugal, o que ficou amplamente demonstrado e provado pela documentação junta pela Requerente ao PPA e que aliás já havia sido demonstrado em sede de reclamação graciosa.

Como tal, ao contrário do que veio arguir a Requerida, quer em sede de resposta à reclamação graciosa, quer em sede de resposta ao PPA, o objeto do PPA em nada concerne à suposta circunstância do regime de tributação de rendimentos de juros aplicável às instituições de crédito comportar uma violação do direito da União Europeia e, por conseguinte, da própria CRP.

Tal como já referido, reitera-se, que o objeto do presente do PPA circunscreve-se sim à retenção na fonte sobre dividendos pagos pela Requerente a um OIC não residente para efeitos fiscais em Portugal – o fundo B... residente na Alemanha.

Na verdade, o que está em causa no PPA não é um regime de Direito Europeu, mas sim o regime previsto no artigo 22.º do EBF que estabelece que os dividendos distribuídos a OIC residentes em Portugal estão isentos de retenção na fonte ao passo que os dividendos distribuídos a OIC não residentes não beneficiam do referido regime de isenção de retenção na fonte.

A análise do referido tratamento discriminatório foi já expressamente e sem reservas julgado incompatível com o Direito da União Europeia, conforme decidido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) no processo que correu sob o n.º C-545/19 (AllianzGI-Fonds AEVN).

O TJUE considerou que a isenção fiscal prevista no artigo 22.º do EBF é concedida aos OIC constituídos e que operam de acordo com a legislação portuguesa, ao passo que os dividendos pagos a OIC estabelecidos noutro Estado-Membro não podem beneficiar dessa isenção, é violadora do artigo 63.º do TFUE.

Pelo que, atendendo ao exposto, fica amplamente demonstrado que o objeto do presente PPA é a apreciação da ilegalidade da retenção na fonte à taxa de 15% dos dividendos pagos pela Requerente ao B... à luz do disposto no artigo 22.º do EBF que estabelece que os dividendos pagos a OIC’s residentes estão isentos de retenção na fonte ao passo que os dividendos pagos a OIC’s não residentes estão sujeitos a retenção na fonte.

B.) DA EXCEÇÃO DA INCOMPETÊNCIA MATERIAL DO TRIBUNAL ARBITRAL INVOCADA

Tal como já *supra* referido, veio a Requerida na sua resposta alegar que “(...) os atos de retenção de impostos sob sindicância foram emitidos e pagos pela Reclamante com a identificação do código “206” – “IRC - Capitais - Outros rendimentos” e associado a não residentes, que a

Reclamante descreve serem rendimentos de juros, e tributáveis conforme impõe expressamente a alínea c) do n.º 1 do artigo 20.º do CIRC”.

A Requerida refere, ainda, que “(...) não é suscitada qualquer questão respeitante a eventual ilegalidade na retenção de imposto por erro quanto aos pressupostos da aplicação das regras de tributação do rendimento, no seu âmbito objetivo e subjetivo, vindo, somente, alegar a falta de conformidade do regime de tributação dos rendimentos de juros para as instituições de crédito previsto no n.º 4 do artigo 87.º, alínea b) do n.º 3 do artigo 94.º e alínea a) do n.º 1 do artigo 97.º, todos do CIRC, com o direito europeu e, em ultima, com a própria CRP”.

Nesta senda, entende a Requerida que a incompatibilidade de normas de direito interno com o direito europeu é por si inconstitucional, por violação do disposto no n.º 4 do artigo 8.º e do artigo 13.º, ambos Constituição da República Portuguesa (CRP) que estabelece o primado do direito europeu.

Pelo que, defendeu a Requerida que a respeito da conformidade de normas legais de incidência tributária com o direito europeu ou constitucional de normas legais, tem sido a posição da Autoridade Tributária e Aduaneira (AT, ou seja, a Requerida) não se pronunciar sobre o mérito de tais pretensões e que tal como resulta do disposto do n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 118/2011, de 15 de dezembro, a AT “(...) tem por missão administrar os impostos, direitos aduaneiros e demais tributos que lhe sejam atribuídos, bem como exercer o controlo da fronteira externa da União Europeia e do território aduaneiro nacional, para fins fiscais, económicos e de protecção da sociedade, de acordo com as políticas definidas pelo Governo e o Direito da União Europeia.” e como tal, e contemplando o leque de atribuições que lhe é acometido nos termos do n.º 2 do artigo 2.º do mesmo normativo, que, em última análise apenas aprofunda o conceito de “administração dos impostos”, referido no número anterior, verificamos que não é feita, naturalmente, qualquer referência ao controlo legal ou constitucional de normas tributárias.

Entende assim a Requerida que não tem competências no foro da apreciação da conformidade constitucional de normas jurídicas, ou sequer da atividade legiferante, pelo que qualquer pronúncia decisória neste âmbito, se encontraria ferida de ilegalidade institucional, sendo que atento o disposto no artigo 223.º da CRP, é o Tribunal Constitucional que é competente para a apreciação da inconstitucionalidade e da ilegalidade, nos termos dos artigos 277.º e seguintes, também da CRP.

Acrescente-se também que a Requerida menciona igualmente que a Administração Pública, da qual a AT faz parte, não goza das mesmas prerrogativas dos tribunais, isto é, de desaplicar uma norma jurídica em caso concreto com fundamento na sua inconstitucionalidade e que no fundo será sempre uma suposição até pronúncia por parte do Tribunal Constitucional, conforme o disposto na alínea a) do n.º 1 do art.º 280.º da CRP.

Ora, não se encontrando prevista nas leis orgânicas da AT ou até do Ministério das Finanças a competência para o controlo legal ou constitucional de normas tributárias, defende a Requerida que nenhuma decisão sua sobre o mérito do presente pedido poderia ser proferida sob pena de nulidade.

Continua ainda a Requerida arguindo que quanto à suposta circunstância do regime de tributação de rendimentos de juros aplicável às instituições de crédito comportar uma violação do direito da União Europeia e, por conseguinte, da própria CRP, a prerrogativa da fiscalização da constitucionalidade e da legalidade de norma continua a residir plenamente (e apenas) nos órgãos judiciais, cabendo nessa função exclusiva a conformidade do direito interno com norma de direito europeu.

Pelo que, concluiu a AT estar-se perante incompetência do Tribunal Arbitral, questão cujo conhecimento precede o de qualquer outra e de conhecimento oficioso, conforme disposto no artigo 13.º do CPTA, aplicável ex vi art. 29.º, n.º 1, alínea c) do RJAT, segundo o qual o “âmbito da jurisdição administrativa e a competência dos tribunais administrativos, em qualquer das suas espécies, é de ordem pública e o seu conhecimento precede o de qualquer outra matéria”, acarretando a incompetência do Tribunal o dever de abstenção do conhecimento do mérito da causa e a absolvição do réu da instância, conforme estabelecido nos artigos 102.º, 104.º, n.º 2, 278.º, n.º 1, al. e), 576.º, n.º 2 e 577.º, alínea a) do CPC, disposições aplicáveis ex vi art. 29.º, n.º 1, alínea e) do RJAT.

A Requerente em resposta à invocação da exceção de incompetência material do Tribunal Arbitral arguiu que não foi notificada de qualquer despacho de rejeição da reclamação graciosa apresentada, mas antes do seu indeferimento que no caso dos autos comportou a apreciação da legalidade de um ato de liquidação.

Refere ainda a Requerente que a argumentação da Requerida vertida no aludido despacho é contrária, quer às normas nacionais, quer às normas de Direito da União Europeia e como tal é forçoso concluir que estava a Requerida a obrigada a conhecer do mérito da pretensão da

Requerente e conheceu-o, mediante o seu indeferimento expresso, por se encontrarem preenchidos todos os requisitos para a dedução da reclamação graciosa e, em consequência, tem o presente Tribunal Arbitral competência para apreciação do presente pedido de pronúncia arbitral.

Apreciando.

Como ensinava o Prof. Manuel Domingues de Andrade, a competência dos tribunais “[é] a medida de jurisdição dos diversos tribunais; o modo como entre eles se fracciona e reparte o poder jurisdicional”, sendo que a “Competência abstracta dum tribunal é a medida da sua jurisdição; a fracção do poder jurisdicional que lhe é atribuída; a determinação das causas que lhe tocam” e a “Competência concreta dum tribunal, trata-se (...) da sua competência para certa causa. É o seu poder de julgar (exercer actividade processual) nesse pleito; a inclusão deste na fracção de jurisdição que lhe corresponde.” (in “Noções Elementares de Processo Civil”, pags. 88 e segs.).

De facto, a competência material do tribunal afere-se pelos termos em que a ação é proposta e pela forma como o autor estrutura o pedido e os respetivos fundamentos. Por isso, para se aferir da competência material do tribunal importa apenas atender aos factos articulados pelo autor na petição inicial e à pretensão jurídica por ele apresentada, ou seja, à causa de pedir invocada e aos pedidos formulados. Neste sentido veja-se acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15.01.2015, no processo n.º 117/14.4TTLMG.C1, que veio a ser confirmado pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16.06.2015 (veja-se também a este respeito decisão arbitral do CAAD em sede do processo n.º 137/2024-T, de 3 de abril de 2024).

O RJAT foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro (RJAT), em sede da autorização legislativa prevista no artigo 124.º da Lei n.º 3-B/2010, de 28 de Abril. O n.º 4 do artigo 124.º da referida Lei determinou que o âmbito de autorização legislativa previa o seguinte: “a) A delimitação do objecto do processo arbitral tributário, nele podendo incluir-se os actos de liquidação de tributos, incluindo os de autoliquidação, de retenção na fonte e os pagamentos por conta, de fixação da matéria tributável, quando não dêem lugar a liquidação, de indeferimento total ou parcial de reclamações graciosas ou de pedidos de revisão de actos tributários, os actos

administrativos que comportem a apreciação da legalidade de actos de liquidação, os actos de fixação de valores patrimoniais e os direitos ou interesses legítimos em matéria tributária”.

Acresce que a competência material dos tribunais arbitrais que funcionam junto do CAAD é desde logo definida pelo artigo 2.º, n.º 1, do RJAT, que determina o seguinte: “1 - A competência dos tribunais arbitrais compreende a apreciação das seguintes pretensões: a) A declaração de ilegalidade de actos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta; b) A declaração de ilegalidade de actos de fixação da matéria tributável quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo, de actos de determinação da matéria colectável e de actos de fixação de valores patrimoniais”.

Ademais, e de acordo com a decisão arbitral de 24 de setembro de 2021, proferida em sede do processo n.º 15/2021-T, “A competência dos tribunais arbitrais que funcionam no CAAD está limitada, num primeiro patamar, pelo elenco de pretensões que consta do artigo 2.º, n.º 1 do RJAT, que compreende “[a] declaração de ilegalidade de actos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta” (alínea a)) e “[a] declaração de ilegalidade de actos de fixação da matéria tributável quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo, de actos de determinação da matéria colectável e de actos de fixação de valores patrimoniais” (alínea b)). Nesta hipótese normativa cabem os pedidos de invalidação dos atos tributários, que sejam provenientes de atos de retenção na fonte como se verificou nos presentes autos.

A competência material dos tribunais arbitrais que funcionam junto do CAAD é ainda limitada pela vinculação da Requerida que, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, do RJAT, veio a ser definida pela Portaria n.º 112-A/2011, de 12 de Março, que estabelece, no seu artigo 2.º, o seguinte: “Os serviços e organismos referidos no artigo anterior vinculam-se à jurisdição dos tribunais arbitrais que funcionam no CAAD que tenham por objeto a apreciação das pretensões relativas a impostos cuja administração lhes esteja cometida referidas no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, com exceção das seguintes: a) Pretensões relativas à declaração de ilegalidade de atos de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta que não tenham sido precedidos de recurso à via administrativa nos termos dos artigos 131.º a 133.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário; b) Pretensões relativas a actos de determinação da matéria colectável e actos de determinação da matéria tributável, ambos por métodos indirectos, incluindo a decisão do procedimento de revisão; c) Pretensões relativas a direitos aduaneiros sobre a importação e demais impostos indirectos que incidam sobre mercadorias sujeitas a direitos de importação; e d) Pretensões relativas à classificação pautal, origem e valor

aduaneiro das mercadorias e a contingentes pautais, ou cuja resolução dependa de análise laboratorial ou de diligências a efectuar por outro Estado membro no âmbito da cooperação administrativa em matéria aduaneira; e) Pretensões relativas à declaração de ilegalidade da liquidação de tributos com base na disposição antiabuso referida no n.º 1 do artigo 63.º do CPPT, que não tenham sido precedidos de recurso à via administrativa nos termos do n.º 11 do mesmo artigo”.

Resulta assim do acima exposto, que este Tribunal tem competência para apreciar do presente pedido de pronúncia arbitral, nomeadamente na sequência do indeferimento expresso da reclamação graciosa pela Requerida que se encontrava obrigada a conhecer do mérito da pretensão da Requerente, o que aliás conheceu, indeferindo, como já se mencionou, expressamente a reclamação graciosa exatamente em virtude de estarem preenchidos todos os requisitos para a dedução deste meio de defesa gracioso.

Assim sendo, improcede a exceção de incompetência material invocada pela Requerida.

C.) DA LEGITIMIDADE DA REQUERENTE NA SUA QUALIDADE DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO

No que concerne à legitimidade da Requerente para interpor o PPA, veio a Requerente arguir que importar atender ao artigo 18.º, n.º 3 da Lei Geral Tributária (“LGT”) que estabelece que «[o] sujeito passivo é a pessoa singular ou colectiva, o património ou a organização de facto ou de direito que, nos termos da lei, está vinculado ao cumprimento da prestação tributária, seja como contribuinte directo, substituto ou responsável.” Nesta senda, acrescenta a Requerente que o artigo 9.º, n.º 1, do CPPT estabelece o seguinte: «[t]êm legitimidade no procedimento tributário, além da administração tributária, os contribuintes, incluindo substitutos e responsáveis, outros obrigados tributários, as partes dos contratos fiscais e quaisquer outras pessoas que provem interesse legalmente protegido.”.

E que, conforme decidido no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (“STA”), proferido no âmbito do processo 0839/11, de 06-02-2013, «[o] substituto tributário dispõe de legitimidade procedimental e processual para reclamar graciosamente e depois impugnar judicialmente os actos de liquidação de imposto por retenção na fonte que repete de ilegais, pois que tratando-se de um sujeito passivo da relação jurídica de imposto (art.º 18.º, n.º 3 da LGT), tanto o art.º 9.º, n.º 1 e 4 do CPPT como o art.º 26.º do CPC, lhe conferem essa legitimidade, e nisso tem interesse digno de tutela jurídica.”

Por sua vez, a Requerida veio arguir que a Requerente, na sua qualidade de substituto tributário, se coloca na posição do substituído tributário – o fundo B...– beneficiário do rendimento, que foi quem de facto suportou a retenção de IRC que a Requerente pretende que lhe seja reembolsada.

E conclui a Requerida que não tem suporte legal a peticionada devolução de uma retenção na fonte de IRC que, em cumprimento da lei, que o substituto tributário (ora Requerente) efetuou na data do pagamento dos dividendos, à taxa de 15% , ao abrigo do artigo 10.º, n.º 2, alínea b) da CDT Portugal e Alemanha, acrescentando ainda que o beneficiário dos rendimentos – o fundo B...-, poderá ter utilizado o montante retido, a título de crédito de imposto ao abrigo da CDT e, além do mais, poderá impugnar esta retenção de IRC suportada, nos termos da lei.

Apreciando.

A Requerente, na sua qualidade de substituto tributário, mas também de sujeito passivo de imposto tem legitimidade processual, procedimental, mas também substantiva no que concerne à devolução do imposto, pois é esta a realidade que carece de apreciação.

Entende este Tribunal que se está perante uma situação de substituição, não de representação ou de responsabilidade subsidiária. Nos termos da lei, a obrigação de entrega do imposto liquidado desloca-se para o substituto, que deixa de poder opor, à AT, meios de defesa que ele próprio tivesse contra o substituído - sendo que, por sua vez, as defesas do substituído deixam de ser oponíveis diretamente à AT; o que se compreende, pois de outro modo isso perturbaria (ou destruiria até) o mecanismo da substituição.

A liquidação é dirigida ao substituto, é ele o destinatário da obrigação de pagamento, não obstante ele não ser o titular do direito que corresponde ao facto tributário original. Mas é o

substituto que tem a obrigação de entrega - uma obrigação, aliás, acompanhada de tutela penal -; o substituto, insista-se, não é mero responsável por dívida alheia: a dívida de entrega é dele, deixa de ser do substituído, que, em princípio, pode subsistir como sujeito passivo material, ou económico, do imposto.

Ora, se

ria contraditório que a legitimidade substantiva existisse para a entrega do imposto, e desaparecesse para a devolução do mesmo imposto. Não só contraditório como potencialmente lesivo dos interesses do próprio fisco: pois, se subsistisse a legitimidade substantiva do substituído, seria possível ao substituto opor ao fisco os seus próprios meios de defesa contra esse substituído, ou escudar-se (até eventualmente em conluio com o substituído) em eventuais necessidades de coligação ou consórcio nas demandas do fisco contra ele. Numa palavra, o fisco poderia ver-se envolvido em questões que a lei remete, ajustadamente, para o plano cível do direito de regresso, ou outro, entre substituto e substituído.

Acresce que o acórdão *AllianzGI-Fonds AEVN*, de 17 de Março de 2022, expressamente determina a desconsideração de vicissitudes internas dos OIC nos seus países de origem (créditos de imposto, por exemplo, ou a tributação dos detentores de participações nos OIC), para efeitos de eventual ponderação de discriminações de regime, para cingir tal consideração ao tratamento conferido no país em que os rendimentos são tributados, o país onde está o fisco, por um lado, e o substituto, por outro. Assim, a jurisprudência inaugurada com o acórdão *AllianzGI-Fonds AEVN*, de 17 de Março de 2022, e agora plenamente consagrada pelo STA e por numerosos acórdãos arbitrais, é decisiva para reforço, no plano internacional, deste entendimento: se o que está em causa é uma devolução / reembolso de imposto indevidamente liquidado e entregue em Portugal, então tem legitimidade substantiva o substituto português, porque foi ele que, nos termos legais, estava obrigado a entregar esse imposto, e o entregou.

Pelo que, se conclui pela legitimidade da Requerente para efeitos de submissão do presente pedido de pronúncia arbitral.

D.) SOBRE O MÉRITO DA CAUSA

No que concerne ao cerne do mérito da causa, impõe-se começar por assinalar que 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 dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não-residente, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.

Nos presentes autos, devemos apreciar a legalidade do indeferimento expresso da reclamação graciosa apresentada pela Requerente, e, mediatamente, a legalidade da liquidação de IRC, por retenção na fonte, que incidiu sobre os dividendos de fonte portuguesa auferidos pelo fundo B... em 2023, para efeitos de se saber se deve seguir-se a restituição do imposto retido, acrescido de juros indemnizatórios.

A.) O ART. 22º DO EBF

No centro da questão a apreciar situa-se o 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, que não foram constituídos de acordo com a legislação nacional. 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 – exceto quando esses rendimentos provenham de entidades com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal claramente mais favorável, constante de lista aprovada em portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças –, os gastos

ligados àqueles rendimentos ou previstos no artigo 23.º-A do CIRC, bem como os rendimentos, incluindo os descontos, e gastos relativos a comissões de gestão e outras comissões que revertam para as entidades referidas no n.º 1, e a isenção de derramas, estadual e municipal.

O n.º 10 do mesmo artigo dispensa as empresas que distribuem dividendos aos OIC da obrigação de reter e de entregar esse imposto à Fazenda Pública.

Importa saber se a retenção na fonte em IRC sobre os dividendos distribuídos, por sociedades residentes em Portugal, a OIC estabelecidos noutros Estados-Membros da União Europeia (no caso, a Alemanha) – ao mesmo tempo que se isenta de tributação a distribuição de dividendos a OIC residentes em Portugal.

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

B.) A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS

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

A mesma goza da primazia normativa sobre o direito interno dos Estados-Membros, cabendo aos tribunais nacionais, na sua qualidade de tribunais europeus em sentido amplo, assegurar a *primazia de aplicação* do direito da União Europeia, desaplicando o direito nacional de sentido contrário.

A criação de um mercado interno supõe, por definição, a gradual e efetiva abolição dos diferentes mercados nacionais, em favor de um único mercado interno, de forma a potenciar o crescimento económico à escala europeia, através da mais fácil disponibilização de capital.

O objetivo dos OIC, cujo enquadramento jurídico é definido pela Diretiva 2009/65/CE, consiste em facilitar a participação dos investidores privados num mercado de valores mobiliários, idealmente integrado a nível da UE.

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

A liberdade de circulação de capitais, consagrada no art. 63º do TFUE, implica a proibição de discriminação entre capitais de um dado Estado-Membro, e capitais provenientes de fora desse Estado.

Trata-se de uma norma diretamente aplicável aos Estados-Membros, que devem abster-se de restringir o seu alcance por via legislativa, administrativa ou jurisdicional, embora isso não impeça os Estados-Membros de regularem em alguma medida a circulação de capitais, desde que o façam em termos compatíveis com o direito da União Europeia.

A autonomia fiscal permite aos Estados-Membros regularem soberanamente as condições de tributação aplicáveis, desde que o tratamento das situações transfronteiriças não seja discriminatório em comparação com o das situações nacionais.

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

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.

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.

Um dos domínios do âmbito e do programa normativo da liberdade de circulação de capitais do art. 63º do TFUE diz especificamente respeito ao tratamento fiscal dos movimentos de capitais.

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 transações transfronteiriças sobre certificados de participação em organismos de investimento coletivo, nas quais se incluem as que estão em causa nos presentes autos: razão pela qual a distribuição de dividendos efetuados, aos Fundos geridos pelos Requerentes, por sociedades residentes em Portugal deve ser qualificada como “movimento de capital”, na aceção do art. 63º do TFUE e da própria Directiva 88/361/CEE.

Começemos por esclarecer que a questão do tratamento fiscal da distribuição de dividendos tem ocupado um lugar central na jurisprudência europeia, incluindo não apenas o TJUE, mas também o Tribunal EFTA¹.

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 dividendos pagos a não-residentes e não retendo no caso de 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.

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), envolvendo o regime fiscal também em causa no presente processo, 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

¹ Cfr., sobre esta matéria, Christiana Hji Panayi, *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge, 2013, 253 ss.

se opõe à aplicação de retenção na fonte aos dividendos distribuídos por uma sociedade residente, quando esses 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.

C.) A DECISÃO DO CASO *ALLIANZGI-FONDS AEVN* NO TJUE

O TJUE no caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, de 17 de Março de 2022 (Processo n.º C-545/19), entendeu que “o artigo 63.º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro por força da qual os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um organismo de investimento coletivo (OIC) não residente são objeto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção.”

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, que é o que faremos a partir daqui.

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.

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.

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 dividendos pagos a OIC estabelecidos noutro Estado-Membro não podem beneficiar dessa isenção.

No entender do TJUE, ao proceder a uma retenção na fonte sobre os dividendos pagos aos OIC não-residentes e ao reservar aos OIC residentes a possibilidade de obterem a isenção dessa retenção na fonte, a legislação nacional em causa procede a um tratamento desfavorável dos 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. 63º do TFUE.

No entendimento do TJUE, o facto de o art. 65º, 1, a) do TFUE estabelecer que o disposto no art. 63º 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 se encarregará de compensar, de alguma maneira, o tratamento desfavorável gerado pela sua própria legislação².

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-Membro anfitrião, no caso de ambos estarem sujeitos a tributação de tais rendimentos.

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. 65º, 1, a) do TFUE, enquanto derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, é de interpretação estrita.

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.

² Case E – 1/04, *Focus Bank ASA v. The Norwegian State*, 23-11-2004.

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 capitais³.

No entender do TJUE, plasmado na decisão *AllianzGI-Fonds AEVN*, há que distinguir as diferenças de tratamento permitidas pelo art. 65º, 1, a) do TFUE, das discriminações proibidas pelo nº 3 do mesmo artigo.

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.

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, 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 ser comparável à dos contribuintes residentes.

No caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, o TJUE considerou que a legislação nacional em causa no processo principal 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.

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 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

³ C-358/93, C-416/93, *Bordessa*, 23-02-1995.

ano anterior à data da sua colocação à disposição, e não venham a ser mantidas durante o tempo necessário para completar esse período.

Assim, o imposto previsto pela referida disposição só incide sobre os 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 dividendos de origem nacional recebidos pelos OIC não-residentes.

Por conseguinte, a circunstância de os OIC não-residentes não estarem sujeitos 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 dividendos de origem portuguesa.

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 objetivo prosseguido pelas disposições nacionais controvertidas.

No caso em apreço, no que diz respeito ao objeto, ao conteúdo e ao objetivo do regime português em matéria de tributação dos 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.

Para o TJUE, se se concluir que o regime português em matéria de tributação dos 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 dividendos distribuídos por sociedades residentes em Portugal, deve entender-se que, se o objetivo da legislação nacional em causa for comprovadamente o de deslocar o nível de tributação do veículo de investimento para o accionista desse veículo, são, em princípio, as condições materiais do poder de tributação sobre os rendimentos dos accionistas que devem ser consideradas determinantes, e não a técnica de tributação utilizada.

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.

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.

Seria administrativamente impraticável, 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 terceiros Estados: 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.

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.

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 país de domicílio, 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.

Regressando ao plano dos Fundos: a situação de um OIC residente que beneficia de uma distribuição de 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.

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.

Logo, a diferença de tratamento entre os OIC residentes e os OIC não-residentes diz respeito a situações objetivamente comparáveis.

Por outro lado, como reconheceu o TJUE no caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, 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 objetivo que prossegue e não for além do que é necessário para alcançar esse objetivo, 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, como a Alemanha.

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.

Contudo, para que um argumento baseado nessa justificação pudesse ser acolhido, seria necessário que estivesse demonstrada a existência de uma relação direta entre o benefício fiscal em causa e a compensação desse benefício por uma determinada imposição fiscal.

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 direta, na aceção da jurisprudência do TJUE, entre a isenção da retenção na fonte dos dividendos de origem nacional auferidos por um OIC residente e a

tributação dos referidos dividendos enquanto rendimentos dos detentores de participações sociais nesse organismo.

No tocante ao objetivo de preservar uma repartição equilibrada do poder de tributar entre Portugal e outro Estado-Membro da UE, como a Alemanha, o mesmo só pode ser admitido quando o regime em causa vise prevenir comportamentos suscetíveis de comprometer o direito de um Estado-Membro de exercer a sua competência fiscal em relação às atividades 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 para justificar a tributação dos OIC não-residentes beneficiários desses rendimentos.

A esta luz, o art. 63º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que estabeleça que os dividendos distribuídos por sociedades residentes a um OIC não-residente são objeto de retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a um OIC residente estão isentos dessa retenção – sendo esta a principal conclusão que, com firmeza, se alcança na decisão do TJUE no caso *AllianzGI-Fonds AEVN*, de 17 de Março de 2022 (Processo n.º C-545/19).

D.) A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA: O ACÓRDÃO Nº 7/2024 DO STA

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.”

Acolhendo expressamente, pois, a orientação adotada 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.

E isso não pode, evidentemente, deixar de repercutir-se no mérito da presente causa, e na decisão a que este Tribunal chega.

Conduzindo à conclusão de que os ato de retenção na fonte objeto dos presentes autos, bem como a decisão de indeferimento da reclamação graciosa que se lhe reporta, enferma 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.

E.) DA POTENCIAL UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO DE IMPOSTO PELO BENEFICIÁRIO DOS DIVIDENDOS

Por último e no que concerne ao arguido pela Requerida de que o beneficiário dos rendimentos – o fundo B...-, poderá ter utilizado o montante retido, a título de crédito de imposto ao abrigo da CDT não se configura ser aqui o caso. Não é referido o ponto do PPA em que a Requerente tenha alegado, logo colocado à discussão, como se refere no artigo 30.º da Resposta ao PPA, essa temática. Não resulta da fundamentação da decisão de indeferimento da reclamação graciosa que essa circunstância tenha sido adotada como fundamento para a decisão tomada.

Assim, o ato de indeferimento tem uma fundamentação que é a que aqui se pode considerar. De forma que tudo o que constitua alteração da fundamentação do ato recorrido, não pode ser aqui acolhido. Por isso, é irrelevante a fundamentação *a posteriori*, tendo o ato cuja legalidade é questionada de ser apreciado tal como foi praticado, não podendo o tribunal, perante a constatação da invocação de um fundamento ilegal como suporte da decisão administrativa, apreciar se a sua atuação poderia basear-se noutros fundamentos (veja-se acórdãos do STA de 10-11-98, do Pleno, proferido no recurso n.º 32702, publicado em Apêndice ao Diário da República de 12-4-2001, página 1207, de 19/06/2002, processo n.º 47787, publicado em Apêndice ao Diário da República de 10-2-2004, página 4289, de 09/10/2002, processo n.º 600/02, de 12/03/2003, processo n.º 1661/02).

A razão pela qual esta parte da argumentação é irrelevante decorre do princípio bem estabelecido de que toda a fundamentação dos atos de liquidação tem de ser “contextual”, ou seja, tem, em princípio, de ser coeva de tais atos.

O princípio de que o tribunal está cingido à formulação de um juízo sobre a legalidade do ato sindicado em face da fundamentação contextual integrante do próprio ato, estando impedido de valorar razões de facto e de direito que não constem dessa fundamentação, quer estas sejam por ele escolhidas, quer sejam supervenientemente invocadas por uma parte no litígio, é um afloramento de uma exigência mais geral, de “lealdade” nos procedimentos e processos judiciais, de “*due process of law*”, a requerer que haja uma fundamentação completa, independente, do mérito substantivo dos atos impugnados – mérito que não pode presumir-se que seja “evidente” ou “claro” a ponto de prescindir dessa fundamentação completa –, e que deverá preceder, como etapa instrutória, o próprio ato fundamentado.

E é pela mesma razão, a aditar ao princípio da separação de poderes, que não cabe a um tribunal suprir lacunas de fundamentação, ou decidir com base em fundamentação diferente daquela que tenha sustentado os atos a impugnar: o que, pela adição de novos fundamentos, materialmente equivaleria a uma invasão do núcleo essencial da função administrativa-tributária (Acórdãos do STA de 1/6/2011, Proc. n.º 058/11, e de 31/1/2018, Proc. n.º 1157/17). Ressalvadas, evidentemente, as consequências do conhecimento e da atuação oficiosos que legalmente estejam cometidos ao Tribunal.

Nesse sentido, vejam-se:

- 1) O Acórdão do STA de 22 de Março de 2018, proferido no proc. 0208/17 nos termos do qual *“A fundamentação dos actos administrativos e tributários à posteriori não é legalmente consentida, cfr. os acórdãos do STA, de 26/3/2014, proc. nº 01674/13 e de 23/4/2014, proc. nº 01690/13, sendo que a validade do acto terá necessariamente que ser apreciada em função dos fundamentos de facto e de direito que presidiram à sua prática, irrelevando os que posteriormente lhe possam ser “aditados”.*
- 2) O Acórdão do STA de 11 de Dezembro de 2019, proferido no proc. 0859/04.2 BEPRT nos termos do qual: *“A fundamentação do acto tributário deve ser contextual e contemporânea da sua prática, não sendo permitida a invocação superveniente de fundamentos que, embora, objectivamente existentes, não constam na motivação expressa do acto.”*

Pelo que não pode a Requerida, em sede de recurso jurisdicional, pretender que se aprecie a legalidade da correção que esteve na base da liquidação impugnada à luz de outros fundamentos senão aqueles que constam da declaração fundamentadora que oportunamente arguiu.

Por outro lado, a eventual possibilidade de manter a tributação discriminatória se o detentor do rendimento a neutralizar no Estado de Residência, será um facto impeditivo do direito à anulação com fundamento na ilegalidade (conforme os artºs 268º, n. 4, da CRP e 99º do CPPT) e, como tal, o ónus da prova recai sobre a AT, de acordo com o disposto no artigo 74º, nº 1, da LGT (que só impõe o ónus da prova dos factos constitutivos e não também dos impeditivos) e, sobretudo, à face do preceituado no artº 342º, nº 2, do CC. (« A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita »).

Para além disso, no nosso direito (que é o aplicável relativamente ao ónus da prova, que não é regulado pela legislação da União), as regras do ónus da prova situam-se a jusante do princípio do inquisitório (acórdão do STA de 21-10-2009, processo nº 583/09), só podendo a AT invocar a falta de prova de qualquer facto relevante para a procedência da pretensão do contribuinte quando, após ter realizado todas as diligências necessárias para o apurar (artigo 58º da LGT), chegar a uma situação de *non liquet*.

Não procede, pois, o alegado pela Requerida na Resposta ao PPA.

F.) O DIREITO AOS JUROS INDEMNIZATÓRIOS

O direito dos contribuintes ao reembolso e aos juros na sequência da cobrança de impostos em violação de normas da União Europeia decorre deste mesmo direito. Nesse sentido tem decidido o TJUE⁴, que sublinha, precisamente, 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”⁵. Não há, pois, que ir perscrutar nas disposições de direito interno se esse direito existe ou não. A resposta a essa questão é uma resposta de direito da União Europeia.

No entender do TJUE, “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”⁶.

E mais afirma o TJUE, quando sublinha a relevância dos princípios da equivalência e efetividade nesta matéria, que cumpre ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro respeitar quando da previsão das condições em que tais juros devem ser pagos. Estes devem abster-se de impor condições **menos favoráveis do que as condições relativas a reclamações semelhantes baseadas em disposições de direito interno e de as organizar de modo a, na prática, impossibilitem ou dificultem excessivamente o exercício dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico da União.**

Daqui resulta uma obrigação interpretativa e metódica europeia na abordagem do regime do regime substantivo do direito a juros indemnizatórios do artigo 43.º da LGT, que estabelece, no que aqui interessa, que estes juros são devidos em caso de decisão judicial que julgue a ilegalidade

⁴ C-565/11, Mariana Irimie, 18.04.2013, e jurisprudência aí citada.

⁵ C-565/11, Mariana Irimie, 18.04.2013. § 22.

⁶ C-565/11, Mariana Irimie, 18.04.2013. § 20,

da norma em que se fundou a liquidação **da prestação tributária e que determine a respetiva devolução.**

Nos termos do decido pelo Pleno do Supremo Tribunal Administrativo uniformizou jurisprudência, especificamente para os casos de retenção na fonte seguida de reclamação graciosa⁷, **“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 artº. 43, nºs. 1 e 3, da LGT.”**

Tratando-se de jurisprudência uniformizada, ela deve ser acatada, pelo que é de concluir que a Requerente tem direito a juros indemnizatórios desde a data em que se verificou o indeferimento da reclamação graciosa, momento em que se consuma o “erro imputável aos serviços”⁸.

Logo, os juros indemnizatórios contam-se a partir da data do indeferimento da reclamação graciosa; ou seja, desde 30 de Maio de 2025. Atendendo ao estabelecido no art. 61º do CPPT, tais juros são calculados à taxa legal, e contados até à data do processamento da respetiva nota de crédito, em que são incluídos.

IV. DECISÃO

Nos termos expostos, acordam neste Tribunal Arbitral em:

- (a) Julgar improcedente a exceção de incompetência material invocada pela Requerida;
- (b) Julgar procedente o pedido de pronúncia arbitral, declarando a ilegalidade do ato tributário de retenção na fonte ora sindicado, por erro nos pressupostos de direito,

⁷ Acórdão do STA, Processo n.º 93/21.7BALSb, de 29.06.2022.

⁸ “*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 artº. 43, nºs. 1 e 3, da L.G.T.*” – Acórdão do STA de 29-06-2022, Proc. n.º 93/21.7BALSb.

especificamente por violação da liberdade de circulação de capitais consagrada no artigo 63º do TFUE, e declarando a ilegalidade da decisão de indeferimento da reclamação graciosa apresentada contra tal ato tributário;

- (c) Condenar a Requerida à restituição da quantia relativa à retenção na fonte de IRC efetuada em Portugal pela Requerente, sobre dividendos pagos em 2023 ao fundo B...;
- (d) Condenar a Requerida no pagamento de juros indemnizatórios, à taxa legal, contados desde a data do indeferimento da reclamação graciosa, até à data do processamento da respectiva nota de crédito, em que são incluídos;
- (e) Condenar a Requerida no pagamento das custas do processo.

V. VALOR DO PROCESSO

Fixa-se o valor do processo em **€ 571.360,00** (quinhentos e setenta e um mil, trezentos e sessenta euros e zero 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).

VI. CUSTAS

Custas no montante de € **8.568,00** (oito mil, quinhentos e sessenta e oito 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, 20 de Fevereiro de 2026

Os Árbitros

Fernando Araújo

Sónia Martins Reis

Ana Rita do Livramento Chacim