

CAAD: Arbitragem Tributária

Processo n.º: 96/2019-T

Tema: IRC - Retenção na fonte de dividendos distribuídos a OICs não residentes em Portugal.

DECISÃO ARBITRAL

I – RELATÓRIO

1. Em 13 de fevereiro de 2019, **A...**, NIPC..., com sede em ..., ...-...,, Alemanha, doravante designada por “Requerente”, solicitou a constituição de tribunal arbitral e procedeu a um pedido de pronúncia arbitral, nos termos das alíneas a) do n.º 1 do artigo 2.º e alínea a) do n.º 1 do artigo 10º do Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro (Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, doravante apenas designado por RJAT), com vista à declaração de ilegalidade dos atos de retenção na fonte de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) incidentes sobre o pagamento de dividendos relativos ao ano de 2016, no montante de € 10.031,69 (dez mil, trinta e um euros e sessenta e nove cêntimos), e consequentemente, a anulação das liquidações impugnadas e o pagamento de juros indemnizatórios.

2. A Requerente é representada, no âmbito dos presentes autos, pelos seus mandatários, Dr. B..., Dr.ª C..., Dr.ª D..., e a Requerida, a Autoridade Tributária e Aduaneira (doravante designada por AT) é representada pelos juristas, Dr. E... e Dr. F... .

3. Verificada a regularidade formal do pedido, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 6.º do RJAT, foi designado pelo Senhor Presidente do Conselho Deontológico do CAAD, como árbitro, o signatário.

4. O Árbitro aceitou a designação efetuada, tendo o Tribunal Arbitral sido constituído no dia 26 de abril de 2019, na sede do CAAD, sita na Avenida Duque de Loulé, n.º 72-A, em Lisboa, conforme comunicação da constituição do tribunal arbitral que se encontra junta aos presentes autos.

5. A Requerente, no dia 18 de maio de 2019, juntou aos autos, a tradução certificada dos documentos redigidos em língua estrangeira que protestara juntar quando do pedido de constituição do tribunal arbitral.

6. No dia 3 de junho de 2019, depois de notificada para o efeito, a Requerida apresentou a sua Resposta e juntou o processo administrativo.

7. No dia 25 de julho de 2019, a Requerente apresentou um requerimento mediante o qual vem requerer a suspensão do processo arbitral, motivado no facto de ter sido objeto de reenvio prejudicial outro processo arbitral, no qual são suscitadas as mesmas questões que no presente, para o Tribunal de Justiça da União Europeia.

8. No dia 26 de julho de 2019, a Requerente apresentou requerimento com a junção aos autos comprovativo do pagamento da taxa arbitral subsequente.

9. No dia 8 de outubro de 2019, a Requerida apresentou requerimento no sentido de informar os autos que nada tem a opor quanto ao pedido de suspensão da instância formulado pela Requerente.

10. Não existindo necessidade de produção de prova adicional, para além daquela que documentalmente já se encontra incorporada nos autos, não se vislumbrando necessidade de as partes corrigirem as respetivas peças processuais, reunindo o processo todos os elementos necessários à prolação da decisão, por razões de economia e celeridade processual, da proibição da prática de atos inúteis, ao abrigo do princípio da autonomia do Tribunal na condução do processo, da simplificação e informalidade processuais, no dia 18 de outubro de 2019, por despacho, entendeu o Tribunal dispensar a realização da reunião prevista no artigo 18.º do RJAT, bem como a apresentação das alegações escritas.

11. Nesse referido despacho, determinou, ainda, o Tribunal proferir a decisão até ao termo do prazo fixado no artigo 21.º, n.º 1 do RJAT.

12. No dia 24 de outubro de 2019, o Requerente apresentou requerimento de resposta ao despacho indicado em 10 *supra*, no qual renova o pedido de suspensão do presente processo.

II. A Requerente sustenta o seu pedido, em síntese, da seguinte forma:

A Requerente sustenta o pedido de declaração de ilegalidade dos atos de retenção na fonte de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) incidentes sobre o pagamento de dividendos relativos ao ano de 2016, no montante de € 10.031,69 (dez mil, trinta e um euros e sessenta e nove cêntimos), e consequentemente, a anulação das liquidações impugnadas, em vício de violação do direito comunitário e do direito constitucional.

Com efeito, segundo a Requerente, no caso em concreto, é patente a manifesta violação do princípio da não discriminação em razão da residência e da nacionalidade quanto à liberdade de circulação de capitais, prevista no artigo 63.º do TFUE e no artigo 1.º da Diretiva 88/361/CEE, de 24 de junho de 1988, *«no que diz respeito ao regime interno de tributação dos dividendos, sempre que os mesmos são pagos por uma entidade residente a um sujeito passivo também ele residente em Portugal, tais rendimentos estão sujeitos a retenção na fonte por conta do imposto devido a final a uma taxa de 25% (ver artigos 94.º, n.º 1 alínea c), 94.º, n.º 3 alínea b) e 94.º, n.º 4 do CIRC). Contudo, nos casos de OIC constituídos de acordo com a legislação nacional, os mesmos estavam, à data dos factos, isentos de IRC sobre dividendos obtidos, nos termos do artigo 22.º do EBF (...)»* tratamento este diferente do que é dado aos OIC residentes noutro Estado Membro da União Europeia, como é o seu caso, tributando os rendimentos em causa, ao arrepio dos princípios comunitários.

Mais refere a Requerente que *«(...) a distribuição de dividendos entre Estados Membros da EU não pode estar sujeita a quaisquer restrições, uma vez que o Direito da União Europeia estabelece um quadro legal destinado a eliminar quaisquer discriminações na circulação de capitais, nomeadamente em investimentos transfronteiriços (diretos ou indiretos), bem como eliminar quaisquer restrições que possam afetar a livre circulação de capitais.»*

Sustenta, ainda, a Requerente que «o preceito do EBF em análise no presente articulado (artigo 22.º) viola também, a CRP, em concreto, o artigo 8.º da CRP, o qual estabelece o princípio do primado do Direito Comunitário face ao direito interno.» o que se traduz na «(...) manifesta desconformidade com o princípio do primado do Direito Comunitário, o que se materializa numa violação do nosso texto constitucional.»

III. Na sua Resposta a Requerida, invocou, em síntese, o seguinte:

a) Inicia a Requerida a sua resposta, defendendo, desde logo, que «(...) não compete à AT avaliar a conformidade das normas internas com as do TFUE, nem tão pouco apreciar da sua constitucionalidade (...) deve atuar em conformidade com a lei, não podendo, por regra, deixar de aplicar uma norma tributária constante de diploma legal, por alegada inconstitucionalidade, a não ser quanto o Tribunal Constitucional já tenha declarado a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, nos termos do artigo 281.º da CRP. E, por outro lado, não pode a AT, aceitar de forma direta e automática as orientações interpretativas do TJUE, quando estas não têm, na sua origem, a apreciação da compatibilidade entre as disposições do direito interno português e o direito europeu.»

No que toca ao regime fiscal dos OIC constituídos e estabelecidos em Portugal e os constituídos e estabelecidos na Alemanha, sustenta a Requerida que sobre aqueles – abrangidos pelo artigo 22.º do EBF - recai a tributação em Imposto do Selo, face à verba 29 da Tabela Geral do Imposto do Selo (TGIS), de que «resulta uma tributação, por cada trimestre, à taxa de 0,0025% do valor líquido global os OIC aplicado em instrumentos do mercado monetário e depósitos, e à taxa de 0,012% sobre o valor líquido global dos restantes OIC, sendo que, neste caso, a base tributável pode incluir dividendos distribuídos.»

Mais considera, a Requerida ser de referir que «(...) estes OIC estão igualmente obrigados a liquidar e entregar a tributação autónoma incidente sobre os lucros distribuídos, quando as

correspondentes partes sociais não sejam detidas, de modo ininterrupto, há pelo menos um ano», algo que não sucede com os OIC, como a Requerente, não abrangidos pelo artigo 22.º do EBF. Entende, a Requerida, que «os regimes aplicáveis aos OIC constituídos ao abrigo da legislação nacional e dos OIC constituídos e estabelecidos na Alemanha não são genericamente comparáveis, pois que a tributação dos primeiros compreende uma tributação em IRC sobre um lucro tributável que integra rendimentos marginais e repousa sobretudo no Imposto do Selo, aos passo que os segundos estavam isentos de tributação no imposto sobre o rendimento e, aparentemente, também de outros impostos.»

Defende a Requerida quanto ao vício de violação do direito comunitário que «se reputa de ligeira e simplista a conclusão de que o regime de tributação dos OIC abrangidos pelo artigo 22.º do EBF se mostra contrária ao Direito da União Europeia e que contraria as disposições do TFUE relativas ao princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, nem como relativas à livre circulação de capitais, porquanto se baseia apenas no n.º 3 dessa disposição, alheando-se do disposto no n.º 8 do mesmo preceito, bem como da tributação em Imposto do Selo.»

No que respeita à alegada violação do artigo 8.º da CRP, refere a Requerida que «importa notar que não está em causa a observância de normas do Direito Europeu contidas em Regulamentos ou Diretivas, mas, tão-só, decisões do TJUE que têm subjacentes factos concretos e disposições de ordenamentos jurídico-fiscais de outros Estados-Membros.

E, conclui no sentido de que «a retenção na fonte efetuada sobre os dividendos pagos à Requerente respeita o disposto na legislação nacional e na convenção para evitar a dupla tributação celebrada entre Portugal e a Alemanha, devendo ser mantida na ordem jurídica.»

IV. SANEAMENTO

O Tribunal é competente e encontra-se regularmente constituído, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º e dos artigos 5.º e 6.º, todos do RJAT.

As partes têm personalidade e capacidade judiciárias, mostram-se legítimas, encontram-se regularmente representadas e o processo não enferma de nulidades.

V. MATÉRIA DE FACTO

Para a convicção do Tribunal Arbitral, relativamente aos factos provados, relevaram os documentos juntos aos autos e o processo administrativo.

Ademais, é de salientar que o Tribunal não tem que se pronunciar sobre tudo o que foi alegado pelas partes, cabendo-lhe, sim, o dever de seleccionar os factos que importam para a decisão e distinguir a matéria provada da não provada, tudo conforme o artigo 123.º, n.º 2, do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT) e o artigo 607.º, n.ºs 3 e 4 do Código de Processo Civil (CPC), aplicáveis *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, alíneas a) e e), do RJAT.

Deste modo, os factos pertinentes para o julgamento da causa são escolhidos e recortados em função da sua relevância jurídica, a qual é estabelecida em atenção às várias soluções plausíveis da(s) questão(ões) de Direito (cfr. artigo 511.º, n.º 1, do anterior CPC, correspondente ao artigo 596.º do atual CPC).

Assim, atendendo às posições assumidas pelas partes nos respetivos articulados (pedido de constituição arbitral e alegações da Requerente e Resposta da Requerida), à prova documental junta aos autos e à prova testemunhal produzida na reunião havida, consideram-se provados os seguintes factos com relevo para a decisão:

a. Factos dados como provados

Com interesse para a decisão, dão-se por provados os seguintes factos:

A. A Requerente é uma pessoa coletiva de direito alemão, mais concretamente um Organismo de Investimento Coletivo (OIC), constituído sob a forma contratual, comumente designado de fundo de investimento – facto não impugnado - ;

B. A Requerente é sujeito passivo de Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas (IRC), é não residente, não tem estabelecimento estável, para efeitos fiscais, em Portugal, e tem a sua residência fiscal na Alemanha – cfr. Doc. n.º 1 junto com o pedido de pronúncia arbitral –;

C. A Requerente é gerido por uma entidade gestora de fundos de investimento, a G..., com sede na Alemanha – cfr. Doc. n.º 2 junto com o pedido de pronúncia arbitral - ;

D. A Requerente é um fundo aberto autónomo que se baseia num contrato entre a entidade gestora “G...”, os seus investidores e o banco responsável pela custódia dos valores mobiliários – cfr Doc. n.º 3 junto com o pedido de pronúncia arbitral - ;

E. A Requerente não sendo um OIC constituído sob a forma societária (sociedade de Investimento), mas meramente contratual (fundo de investimento), não reveste juridicamente a forma de sociedade comercial, pelo que nos termos da legislação alemã não se encontra sujeito a qualquer obrigação de registo no Registo Comercial alemão – cfr doc. n.º 4 junto com o pedido de pronúncia arbitral - ;

F. Face às regras a que está sujeita a Requerente, a entidade gestora da mesma investe o capital depositado por parte dos investidores em seu nome próprio, sendo que os ativos pertencentes ao Fundo estão num regime de compropriedade com os respetivos investidores – facto não impugnado -;

G. Os ativos do Fundo são dissociados dos demais ativos da entidade gestora, nos termos da lei regulatória aplicável, e como tal, protegidos contra ações intentadas contra os investidores, a entidade gestora e o banco responsável pela custódia – cfr. doc. n.º 5 junto com o pedido de pronúncia arbitral-;

H. O Requerente e a respetiva entidade gestora são entidades sujeitas a supervisão do H... (“H...”), entidade federal responsável pela supervisão do setor financeiro da Alemanha – cfr. Doc. n.º 6 junto com o pedido de pronúncia arbitral - ;

I. O Requerente detém diversos investimentos financeiros em Portugal, consubstanciados na detenção de participações sociais em sociedade residentes, para efeitos fiscais em Portugal. – facto não impugnado -;

J. Em 2016, o Requerente, na qualidade de acionista de sociedades residentes em Portugal, recebeu dividendos sujeitos a tributação em Portugal. – facto não impugnado -;

K. Em 2016, a entidade responsável pela custódia dos títulos detidos em Portugal era o I...; – facto não impugnado -;

L. Os dividendos recebidos pela Requerente no decorrer do ano de 2016 foram sujeitos a tributação por retenção na fonte liberatória, à taxa de 25%, prevista no artigo 87.º, n.º 4 do CIRC. – facto não impugnado -;

M. A Requerente era detentora de lotes de participações sociais em sociedades residentes em Portugal. – facto não impugnado -;

N. Os investidores dos Fundos de Investimento eram tratados, até ao termo do exercício de 2017, como se detivessem diretamente os ativos dos fundos de investimento -.

O. O rendimento gerado na esfera dos fundos era imputado proporcionalmente aos investidores, concretizando-se a tributação aquando da distribuição dos rendimentos dos fundos ou resgate/venda das unidades de participação.

P. Aos fundos cabia o pagamento por conta do imposto devido pelos investidores aquando dessas operações, em nome destes.

Q. No ano de 2016, o Requerente recebeu dividendos e suportou em Portugal imposto por retenção na fonte nos seguintes montantes: - cfr. doc. n.º 7 e 8 juntos com o pedido de pronúncia arbitral-;

Valor bruto do dividendo	Data de pagamento	Taxa de retenção na fonte	Valor da retenção	Guia de pagamento	Pedido de reembolso ao abrigo do ADT	Valor do imposto após pedido de reembolso ao

						abrigo do ADT
18.561,02	04.05.2016	25	4.640,26	...	1.856,10	2.784,16
21.883,65	18.05.2016	25	5.470,91	...	2.188,37	3.282,54
9.117,33	24.05.2016	25	2.279,33	...	911,73	1.367,60
17.315,91	09.06.2016	25	4.328,98	...	1.731,59	2.597,39
Total						10.031,69 €

R. A Requerente efetuou pedido de reembolso do imposto retido na fonte em excesso face à taxa prevista no Acordo para Evitar a Dupla Tributação (ADT) celebrado entre Portugal e a Alemanha (correspondente a 10%), através da entrega do formulário Modelo 21 RFI – facto não impugnado -;

S. A Requerente, em 2016, suportou, em Portugal, após o reembolso parcial efetuado ao abrigo do ADT entre Portugal e a Alemanha, a quantia total de € 10.031,69 (dez mil, trinta e um euros e sessenta e nove cêntimos);

T. No dia 29 de dezembro de 2017, o Requerente apresentou uma reclamação graciosa contra os atos de retenção na fonte de IRC relativos ao ano de 2016, a qual correu termos na Direção de Finanças de Lisboa sob o n.º REC .../18. – cfr. doc. n.º 10 junto com o pedido de pronúncia arbitral -;

U. No dia 15 de novembro de 2018, o Requerente foi notificado, através do ofício DF..., de 12.11.2018 da Direção de Finanças de Lisboa, da decisão final, do Chefe de Divisão de Direção de Finanças de Lisboa, ao abrigo de subdelegação de competências, no sentido do indeferimento da reclamação graciosa identificada em T *supra*- - cfr doc. n.º 10 junto com o pedido de pronúncia arbitral -;

V. No dia 13 de fevereiro de 2019, o Requerente apresentou o presente pedido de pronúncia arbitral junto do Centro de Arbitragem Administrativa-CAAD.

b. Factos dados como não provados.

Como referido, relativamente à matéria de facto dada como assente, o tribunal não tem que se pronunciar sobre tudo o que foi alegado pelas partes, cabendo-lhe, sim, o dever de seleccionar os factos que importam para a decisão e discriminar a matéria provada da não provada tal como dispõe o artigo 123.º, n.º 2, do CPPT e o artigo 607.º, n.ºs 2, 3 e 4 do Código de Processo Civil, aplicáveis *ex vi* artigo 29.º, n.º 1, alíneas a) e e), do RJAT.

Deste modo, os factos pertinentes para o julgamento da causa foram, como acima se referiu, escolhidos e recortados em função da sua relevância jurídica, não existindo outra factualidade alegada que seja relevante para a correta composição da lide processual.

III - DO DIREITO

A título introdutório entende o presente Tribunal que deve, desde já, referir que se reserva, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo (STA) (*Vide* Acórdão do Pleno da 2.ª Secção do STA, de 07.06.1995, Recurso n.º 5239) e artigos 607.º, n.º 2 e 3 do Código de Processo Civil (CPC) e artigo 123.º, 1.ª parte, do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT), aplicáveis ao processo arbitral tributário por força do artigo 29.º do Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (RJAT), ao direito de apreciar apenas os argumentos formulados pelas partes que entende pertinentes para a apreciação da questão aqui em causa, o que fará depois de ter identificado as partes e o objeto do litígio, ter enunciado as questões *decidendas*, e, depois de fundamentar a decisão discriminando os factos provados e os não provados, mais, indicando, interpretando e aplicando as normas jurídicas correspondentes e, por fim, apresentando a sua conclusão final (decisão).

Vejamos,

I – QUESTÃO PRÉVIA: Do pedido de suspensão do presente processo arbitral por via do reenvio prejudicial

O Requerente no presente pedido arbitral, requereu, a título subsidiário, o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia do presente processo quanto à questão relativa à incompatibilidade do artigo 22.º do EBF com o Direito da União Europeia, ao abrigo do disposto no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Posteriormente, a 25 de julho de 2019, através de requerimento dirigido ao presente Tribunal Arbitral requer a suspensão do processo, por via da aceitação do reenvio prejudicial das mesmas questões controvertidas no âmbito do processo n.º 93/2019-T, relativamente àquelas que estão aqui em causa.

Sucede que, entende o presente Tribunal Arbitral não proceder à suspensão do presente processo, nem ao reenvio prejudicial do mesmo para o TJUE pelas razões que *infra* se aduzem e expõem.

Dispõe o artigo 267º do TFUE que: “[o] *Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:*

- a) *Sobre a interpretação dos Tratados;*
- b) *Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.*

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.

(...)”

Com efeito, e como é consabido, o Tribunal Arbitral é considerado um órgão jurisdicional de um Estado-Membro para os efeitos do *supra* mencionado preceito legal. Ac. do TJUE de 12.06.2014, proc. n.º C-377/13.

Ora, em novembro de 2012, foram publicadas no Jornal Oficial da União Europeia, Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, relativas à apresentação de processos prejudiciais (2012/C 338/01)¹, cujo texto se inscreve na sequência da adoção, em 25 de setembro de 2012, no Luxemburgo, do novo Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça (JO L 265 de 29.9.2012, p. 1).

Com efeito, em substituição da nota informativa relativa à apresentação de processos prejudiciais pelos órgãos jurisdicionais nacionais (JO C 160 de 28.5.2011, p. 1), estas Recomendações visam refletir as inovações introduzidas por este regulamento, que podem ter uma incidência tanto no próprio princípio de um reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça como nas modalidades de tais reenvios.

Com interesse aos presentes autos, entende o presente Tribunal Arbitral ser de dar ênfase aos pontos 7, 12, 13 e 18 das mencionadas Recomendações.

Assim, prevê o ponto 7. das *supra* referidas recomendações que:

“[o] papel do Tribunal no âmbito de um processo prejudicial consiste em interpretar o direito da União ou pronunciar-se sobre a sua validade, e não em aplicar este direito à situação de facto subjacente ao processo principal. Esse papel incumbe ao juiz nacional e, por isso, não compete ao Tribunal pronunciar-se sobre questões de facto suscitadas no âmbito do litígio no processo principal nem sobre eventuais divergências de opinião quanto à interpretação ou à aplicação das regras de direito nacional”.

¹ Disponíveis em <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:338:0001:0006:PT:PDF>.

Já, o ponto 12. adverte para que o reenvio prejudicial para o referido Tribunal, não se deverá dar quando:

- i. já exista jurisprudência na matéria (e quando o quadro eventualmente novo não suscite nenhuma dúvida real quanto à possibilidade de aplicar essa jurisprudência ao caso concreto); ou
- ii. quando o modo correto de interpretar a regra jurídica em causa seja inequívoco.

O ponto 13, com interesse, dispõe que, *“um órgão jurisdicional nacional pode, designadamente quando se considere suficientemente esclarecido pela jurisprudência do Tribunal, decidir ele próprio da interpretação correta do direito da União e da sua aplicação à situação factual de que conhece”*.

Por último, deve atender-se ao ponto 18 das mesmas recomendações, segundo o qual *“[o] órgão jurisdicional nacional pode apresentar ao Tribunal um pedido de decisão prejudicial, a partir do momento em que considere que uma decisão sobre a interpretação ou a validade é necessária para proferir a sua decisão.”*.

Ora, a verdade, é que, no caso em apreço, não se suscita qualquer dúvida ao presente Tribunal Arbitral sobre a interpretação das normas a aplicar ao caso em concreto, considerando-se suficientemente esclarecido pela jurisprudência emanada do TJUE e dos Tribunais superiores portugueses, pelo que, encontrando-se em posição para decidir ele próprio da interpretação correta do direito da União e da sua aplicação à situação factual dos presentes autos, entende ser de recusar o reenvio prejudicial.

Assim sendo, e atendendo às recomendações acima enunciadas, entende-se não suspender o presente processo, nem proceder ao reenvio prejudicial do mesmo para o TJUE.

II – Questão decidenda

A questão controvertida nos presentes autos é a de saber se a retenção na fonte de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC), a título definitivo, sobre dividendos pagos a OICs não residentes em Portugal é ilegal por violação do direito comunitário e do direito constitucional.

Ora, vejamos,

1. O Requerente do presente pedido de pronúncia arbitral, a A..., NIF..., Organismo de Investimento Coletivo (OIC) sediado na República Federal Alemã, deduziu em 2017/12/29, junto da Direção de Finanças de Lisboa, reclamação graciosa, nos termos dos artigos 137.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC) e 132.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT), das retenções na fonte de IRC a título definitivo de maio e junho do ano de 2016, processadas através das guias n.ºs ... e..., no montante global de € 16.719,48 (dezasseis mil, setecentos e dezanove euros e quarenta e oito cêntimo).

Tais retenções incidiram sobre os dividendos distribuídos à taxa de 25%, nos termos da alínea c) do n.º 1, da alínea b) do n.º 3 e do n.º 4, todos do artigo 94.º e do n.º 4 do artigo 87.º, ambos do CIRC.

2. Invocando o n.º 2 do artigo 10.º da Convenção sobre Dupla Tributação Internacional dos Rendimentos e do Capital, celebrada entre Portugal e a República Federal Alemã, aprovada para ratificação pelo artigo único da Lei n.º 12/72, de 13 de junho, doravante referida apenas por Convenção, o Requerente apresentaria, posteriormente a essas retenções, a declaração Mod. 21 - RFI, visando o reembolso do imposto português sobre dividendos das ações resultante da aplicação de taxa superior aos 15% previstos na Convenção, motivo pelo qual a reclamação

graciosa visaria apenas a diferença entre a taxa de 25 % aplicada e os referidos 15%, no montante de € 10.031,69 (dez mil, trinta e um euros e sessenta e nove cêntimos).

3. É objeto do presente pedido de pronúncia arbitral o indeferimento da referida reclamação graciosa, datado de 8 de novembro de 2018, da autoria, por subdelegação, da Chefe da Justiça Administrativa da Direção de Finanças de Lisboa, com os fundamentos de direito a seguir sintetizados e que foram transpostos para o presente pedido arbitral (vd. ponto 11, págs. 2 e 3)

4. Segundo o Requerente, o n.º 1 do artigo 22.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), na redação dada pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro, ao não dispensar de retenção na fonte a título definitivo os dividendos distribuídos por sociedades residentes a OIC's residentes noutros Estados Membros da União Europeia, enquanto o n.º 3 dispensa essa retenção quando esses dividendos sejam distribuídos a OIC's que atuem e operem de acordo com a legislação nacional, viola o n.º 1 do artigo 63.º do TFUE (Tratado de Funcionamento da União Europeia)

Esta disposição veda todas as restrições aos movimentos de capitais não previstas no Capítulo 4 do Título IV do Tratado, quando efetuados entre Estados Membros da União Europeia ou entre estes e países terceiros.

Tal fundamentação da reclamação foi integralmente reproduzida no pedido de pronúncia arbitral.

Apenas assim não seria, ou seja, seria legítima a restrição aos movimentos de capitais resultante das retenções impugnadas, se o Requerente tivesse a possibilidade de, no Estado da residência, recuperar integralmente o imposto pago em Portugal – o que se revela de extrema importância na apreciação do caso concreto. -

5. O facto de, na República Federal Alemã, o Requerente aproveitar de uma isenção, nos termos da Secção 1, parágrafo 1, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Sociedades Alemão - “German Corporate Income Tax Act” - e da secção 11 parágrafo 1.2 do Código Fiscal de Investimento Alemão (“German Investment Tax Act”), impossibilitá-la-ia, no entanto, ao abrigo do n.º 2 do artigo 10.º da Convenção, de, nesse país, recuperar o imposto pago através de reembolso ou alternativamente título de crédito por dupla tributação internacional, dos impostos suportados ou pagos no estrangeiro.
6. As retenções em causa na sua totalidade contrariariam, assim, no entendimento da Requerente, os princípios estabelecidos no Direito da União Europeia, em particular com o artigo 63.º da TFUE e do primado do direito comunitário sobre o direito interno expresso no n.º 4 do artigo 8.º da CRP.
7. Assim, a legislação nacional concede expressamente aos OIC constituídos e operando em Portugal a possibilidade de beneficiarem de um regime que lhes permita receber os dividendos totalmente isentos de tributação, bastando, para tal, que estejam constituídos de acordo com a legislação nacional.
8. Mas, por outro lado, não permite aos OIC’s constituídos noutros Estados Membros da União Europeia beneficiarem de idêntica isenção, estando, assim, os dividendos que lhes sejam distribuídos sujeitos a uma tributação efetiva e liberatória de IRC de 25%, não recuperável no país da residência.
9. Esta retenção apenas pode ser reduzida, e não completamente eliminada, para os montantes previstos nas Convenções sobre Dupla Tributação, quando estas sejam aplicáveis (no caso concreto para 15%).

O que faz reduzir a dimensão da questão aqui em causa para apenas uma retenção à taxa de 10%.

10. Deveriam, assim, essas retenções, na parte não passível de recuperação tanto no Estado da fonte, em que apenas pode ser recuperado o imposto resultante da aplicação da taxa de 15 % prevista na Convenção, como no Estado da residência, em que o Requerente aproveita de uma isenção geral de imposto sobre o rendimento, ser anuladas, mas em caso de dúvida do Tribunal Arbitral, deveria recorrer ao mecanismo do reenvio prejudicial regulado no artigo 267.º do TFUE. Questão que a Requerente veio a suscitar através do requerimento que apresentou a 25 de julho de 2019 e que se encontra junto aos autos.

11. Segundo a Resposta da Requerida, reproduzindo a fundamentação do indeferimento da reclamação graciosa, a proibição, imposta pelo n.º 1 do artigo 63.º do TFUE, de todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros, não previstas no Capítulo 4 do Título IV da III Parte, não obsta a que, nos termos do n.º 1 do artigo 65.º do TFUE, os Estados membros apliquem, no exercício da sua soberania fiscal, as disposições pertinentes do seu direito interno, que distingam entre contribuintes que não se achem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido, desde que, nos termos do n.º 3, as medidas e procedimentos adotados para esse efeito não constituam um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º do TFUE.

Referiria, ainda, a Requerida, não caber à AT avaliar a conformidade das normas tributárias internas com a doutrina do TFUE, nem apreciar da sua constitucionalidade, já que, como resulta do Acórdão do Pleno do Supremo Tribunal Administrativo (STA), Proc. n.º 0564/18.2BALSB, de 30/01/2019, a sua atividade está subordinada à lei, não podendo deixar de aplicar qualquer norma legal com fundamento em inconstitucionalidade, a não ser quando o Tribunal Constitucional já tiver declarado essa inconstitucionalidade com força obrigatória geral, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 281.º da CRP.

Acrescentaria a Requerida, na Resposta, que, para efeitos da qualificação como discriminatória da tributação dos dividendos distribuídos a fundos de investimento não residentes, deve ser tido

em conta a subtração à base tributável do IRC dos dividendos distribuídos aos OIC's constituídos de acordo com a legislação nacional, dever associar-se à sujeição destes à verba 29 da Tabela Geral do Imposto do Selo (TGIS), que apenas abrange os fundos de investimento que atuem e operem segundo a legislação nacional, abrangidos pelo artigo 22.º do EBF e não, como é óbvio, os fundos de investimento que atuem e operem ao abrigo de legislação estrangeira, ainda que em outros Estados membros da União Europeia.

Tal sujeição seria a contrapartida da não sujeição a IRC dos lucros distribuídos, prevista no n.º 3 do artigo 22.º do EBF.

Com efeito, segundo essa verba, sobre o valor líquido global dos fundos de investimento que atuem e operem de acordo com a legislação nacional, recai uma tributação trimestral à taxa de 0,0025%, quando invistam exclusivamente em instrumentos do mercado monetário e depósitos, e, nos restantes casos, em que a base tributável pode incluir os dividendos distribuídos, à taxa 0,0125%.

12. A conclusão de uma discriminação proibida pelo n.º 3 do artigo 63.º do TFUE não é compatível por sua vez com a sujeição, determinada pelo n.º 8 do artigo 22.º do EBF, de acordo com as adaptações necessárias, dos OIC's que atuem e operem de acordo com a legislação nacional, às taxas de tributação autónoma previstas no artigo 88.º do CRC, incluindo a de 23% prevista no n.º 11 desta última norma legal.

Aqui estão abrangidos os lucros distribuídos por entidades sujeitas a IRC a sujeitos passivos que beneficiam de isenção total ou parcial, abrangendo, neste caso, os rendimentos de capitais, 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.

Como é óbvio, segundo a Requerida, os OIC's não abrangidos pelo artigo 22.º do EBF, como é o caso do Requerente, não estão sujeitos no território nacional a tributação autónoma sobre os dividendos, o que também prejudica a conclusão de uma tributação discriminatória, uma vez essa tributação autónoma ter igualmente uma função compensatória da não sujeição a IRC dos lucros distribuídos a fundos de investimento constituídos e atuando de acordo com a legislação nacional.

13. Por outro lado, ainda que assim não fosse, a eventual dupla tributação económica dos participantes nos OIC's autorizados e operando de acordo com a legislação alemã, resultante da sujeição a retenção na fonte dos dividendos distribuídos em Portugal e dos rendimentos dos OIC's pagos ou colocados à disposição na República Federal da Alemanha, seria neutralizável em virtude do mecanismo previstos no n.º 2 do artigo 10.º da Convenção, não procedendo o argumento invocado pelo Requerente de que, a essa neutralização, obstar a isenção geral de que gozam os OIC's constituídos e atuando de acordo com a legislação alemã.

14. Na verdade, os fundos de investimento constituídos ao abrigo da legislação alemã, até à data de 31 de dezembro de 2017, incluindo assim o exercício de 2016 em que tiveram lugar as retenções na fonte controvertidas, eram qualificados de veículos de investimento transparente, com a consequente tributação exclusivamente na esfera dos investidores e a consequente isenção dos fundos. Na falta do Memorando descritivo do regime legal a que está sujeito o Requerente, preparado pela J... GmbH na qualidade de "legal advisers" do Requerente na Alemanha, tais informações foram, pela Requerida, extraídas do sítio ... tax@hand, acessível através de: www... -revised.

Ou seja, os investidores alemães dos Fundos de Investimento eram tratados, até ao termo do exercício de 2017 a que se reportam as retenções impugnadas, como se detivessem diretamente os ativos dos fundos de investimento.

O rendimento gerado na esfera dos fundos era, deste modo, imputado proporcionalmente aos investidores, concretizando-se a tributação aquando da distribuição dos rendimentos dos fundos

ou do resgate/venda das unidades de participação. Aos fundos cabia, entretanto, o pagamento por conta do imposto devido pelos investidores aquando dessas operações, em nome destes.

Nessa medida, a isenção do imposto sobre o rendimento dos fundos de investimento não prejudicaria a neutralização da dupla tributação económica na esfera dos titulares das unidades de participação, nos termos do n.º 2 do artigo 10.º da Convenção, razão pela qual o regime do artigo 22.º do EBF não violaria o princípio da não discriminação, nos termos em que anteriormente foi definido, e o indeferimento da reclamação graciosa das retenções efetuadas deveria ser mantido.

Desta maneira, dada a inexistência de qualquer dúvida relevante sobre o carácter não discriminatório da tributação em causa, não se justificaria a aplicação do mecanismo do reenvio prejudicial, previsto no artigo 267.º do TFUE.

15. Estes são os argumentos tecidos pelas partes para defesa da sua posição quanto à questão controvertida dos presentes autos. Vejamos, então, a quem assiste razão:

16. É de referir, previamente, o não enquadramento no presente pedido de pronúncia arbitral na doutrina do Acórdão do STA supracitado de 30/01/2019, tirado, neste caso, a propósito da inexigibilidade de juros indemnizatórios quando a tributação tiver por fundamento normas apenas posteriormente declaradas inconstitucionais.

17. É verdade que apenas são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas, nos termos do n.º 1 do artigo 18º da CRP, os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias.

18. Tal quer dizer “*a contrário*” que as entidades públicas, salvo quando estiverem em causa direitos, liberdades e garantias, não podem recusar a aplicação da lei com fundamento

em inconstitucionalidade, incorrendo os funcionários e agentes que o fizerem em responsabilidade disciplinar.

19. Essa proibição não abrange, no entanto, os tribunais, incluindo arbitrais, que, ao abrigo do modelo de fiscalização difusa da constitucionalidade das normas regulado no artigo 280º da CRP, podem recusar, sem limitações, a aplicação de normas que considerem inconstitucionais.

20. Não está em causa, por outro lado, a inconstitucionalidade de quaisquer normas, mas a aplicação de direito interno alegadamente incompatível com o Direito Comunitário.

21. O n.º 3 do artigo 8.º da CRP consagra o princípio oposto àquele que resulta do n.º 1 do artigo 18º da CRP, ao dizer que as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faça parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos.

22. O direito comunitário vigente prevalece, assim, sobre o direito interno incompatível, que, na medida dessa incompatibilidade, é ineficaz, sem necessidade de prévia declaração judicial dessa ineficácia.

23. Tal efeito direto abrange todas as entidades públicas e privadas.

24. Quando a tributação tiver por fundamento direito interno incompatível, com normas comunitárias de aplicação direta, como é o caso, não há assim, fundamento, no caso do citado Acórdão do STA, para a inexigibilidade de juros indemnizatórios desde que se verifiquem os demais pressupostos legais.

Ora,

25. Está em causa, no presente pedido de pronúncia arbitral, a existência de uma pretensa tributação discriminatória dos dividendos pagos a fundos de investimento constituídos e

atuando na República Federal Alemã, sujeitos, ao contrário dos dividendos pagos a fundos de investimento constituídos de acordo com a legislação nacional, a retenção na fonte, e, confirmando-se tal tributação discriminatória, se esta pode ser, ou não, neutralizada pelo mecanismo previstos no n.º 2 do artigo 10.º da Convenção celebrada entre Portugal e a Alemanha.

26. O n.º 1 do artigo 63.º do TFUE proíbe todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros no âmbito no referido Capítulo IV do Título IV da III Parte, ampliado o n.º 2 essa proibição a todas as restrições aos pagamentos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.

27. Segundo o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) de 21/06/18, Proc. C-480/16, as medidas proibidas pelo n.º 1 do artigo 63.º do TFUE, enquanto restrições aos movimentos de capitais, são todas as suscetíveis de dissuadir os não residentes de investir num Estado-Membro, ou de dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investir noutros Estados -Membros (também nesse sentido, Acórdão de 10/05/2012, Procs. C-338/11 a C-347/11, e outra jurisprudência aí referida).

28. Embora a jurisprudência do Tribunal de Justiça não constitua diretamente fonte de direito, contribui decisivamente para a uniformização da aplicação do Direito Comunitário, pelo que o intérprete-aplicador, salvo motivo fundamentado, não pode deixar de a considerar, sob pena de ficar comprometido o propósito de uniformização subjacente ao mecanismo do reenvio prejudicial.

29. Não há dúvida de que, nos termos dos n.ºs 1 e 3 do artigo 22º do EBF e 94º do CIRC, os OIC's residentes em Portugal e os OIC's residentes noutro Estado-Membro estão sujeitos, no que se refere aos dividendos que lhes são distribuídos por sociedades residentes em Portugal, a um tratamento diferenciado.

30. Com efeito, de acordo com essas normas legais, os dividendos distribuídos pelas sociedades residentes em Portugal a OIC's não residentes, estão sujeitos a retenção na fonte.
31. Em contrapartida, os dividendos distribuídos por essas sociedades a OIC's constituídos e atuando de acordo com a legislação nacional, não estão sujeitos a retenção na fonte.
32. Ao sujeitar a retenção na fonte, nos termos gerais, os dividendos pagos aos OIC's não residentes, mas isentando os dividendos distribuídos a OIC's residentes, a regulamentação nacional procederá, assim, à luz dos critérios em que assentou a referida jurisprudência comunitária, sem prejuízo de qualquer neutralização posterior, a um tratamento desfavorável dos dividendos pagos aos Organismos de Investimento Coletivo em Valores Mobiliários (OICVM) não residentes.
33. Tal tratamento desfavorável é abstratamente suscetível de dissuadir, por um lado, os OIC's não residentes de investir em sociedades com sede em Portugal e, por outro lado, os investidores nacionais de adquirirem participações em OICVM não residentes.
34. Assim, poderia considerar-se que a regulamentação em causa constitui uma restrição à livre circulação de capitais, abstratamente proibida pelo artigo 63.º TFUE.
35. No entanto, a alínea a) do n.º 1 do artigo 65º do TFUE, ao declarar que o artigo 63º 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 situação idêntica no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido, admite expressamente a derrogação das proibições de movimentos de capitais entre Estados membros ou entre Estados membros e países terceiros, a que se refere esse artigo 63º do TFUE.
36. Esta disposição, dado o seu caráter excecional, deve ser, segundo a jurisprudência citada, objeto de interpretação restrita.

37. Por conseguinte, não pode ser interpretada no sentido de que qualquer legislação fiscal que comporte uma distinção entre os contribuintes em função do lugar onde residam ou do Estado-Membro onde invistam os seus capitais é automaticamente incompatível com o TFUE.

38. Com efeito, a derrogação prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 65.º do TFUE é enquadrada pelo subsequente n.º 3, que prevê que as disposições nacionais referidas no n.º 1 dessa norma não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º.

39. Assim, para que a diferença de tratamento possa ser considerada compatível com as disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais, é necessário que diga respeito a situações comparáveis objetivamente ou que se justifique por uma razão imperiosa de interesse geral, únicos casos em que não deve ser considerada discriminatória nem dissimuladamente restritiva da livre circulação de capitais e pagamentos.

40. Segundo o Acórdão do TJUE de 02/06/2016 proferido no Processo C-252/14, o caráter comparável ou não de uma situação transfronteiriça com uma situação interna deve ser examinado exclusivamente tendo em conta o objetivo prosseguido pelas disposições nacionais em causa, assim como o objeto e o conteúdo destas últimas, desde que concretizado em critérios pertinentes para o efeito.

41. Tem sido entendido pelo TJUE que, relativamente às medidas previstas por um Estado-Membro para evitar ou atenuar a tributação em cadeia ou a dupla tributação económica dos rendimentos distribuídos por uma sociedade residente, as sociedades beneficiárias residentes não estão necessariamente numa situação comparável à das sociedades beneficiárias residentes de outro Estado-Membro (Acórdão de 25/10/2012, Processo C-387/11 e jurisprudência antecedente aí referida).

42. Tais medidas não podem, assim, à partida, ser consideradas discriminatórias.

43. Todavia, também segundo essa jurisprudência, a partir do momento em que um Estado-Membro, de maneira unilateral ou por via convencional, sujeita ao imposto sobre o rendimento, não só as sociedades residentes mas também as sociedades não residentes, relativamente aos rendimentos que recebem de uma sociedade residente, a situação das referidas sociedades não residentes assemelha-se à das sociedades residentes.
44. Essa situação comparável estende-se às medidas adotadas para evitar ou atenuar a tributação em cadeia ou a dupla tributação económica dos rendimentos distribuídos pelas sociedades residentes, que, por isso, não podem ser discriminatórias nem constituir restrições injustificadas à liberdade de circulação de capitais e pagamentos.
45. Com efeito, é apenas o exercício, por esse mesmo Estado, da sua competência fiscal que, independentemente de qualquer tributação noutro Estado-Membro, cria um risco de tributação em cadeia ou de dupla tributação económica.
46. É ao Estado Membro que criou o risco de tributação em cadeia ou de dupla tributação económica que é competente para o manter, atenuar ou eliminar.
47. Caso pretenda eliminar ou atenuar a dupla tributação económica, deve fazê-lo em termos idênticos para sócios residentes ou não residentes.
48. Nesse caso, para que os não residentes titulares dos lucros distribuídos não sejam confrontados com uma restrição à livre circulação de capitais, proibida, em princípio, pelo artigo 63.º TFUE, o Estado de residência da sociedade distribuidora deve assegurar que, em relação ao mecanismo previsto na sua regulamentação nacional para evitar ou atenuar a tributação em cadeia ou a dupla tributação económica, as sociedades não residentes sejam submetidas a um tratamento equivalente ao tratamento de que beneficiam as sociedades residentes.

49. Tendo o Estado português optado por exercer a sua competência fiscal sobre os rendimentos obtidos pelos OIC's não residentes, estes encontram-se, por conseguinte, numa situação comparável aos OIC's residentes em Portugal no que respeita ao risco de dupla tributação económica dos dividendos pagos pelas sociedades residentes em território nacional, pelo que devem ser objeto de tratamento equivalente ao aplicável aos OIC's residentes.

50. Reconhece a citada jurisprudência comunitária a vantagem concedida aos OIC's residentes, sob a forma de uma isenção da retenção na fonte dos dividendos distribuídos, ser, em princípio, compensada pela tributação dos referidos dividendos, redistribuídos por esses organismos, a pagar pelos participantes.

51. Essa compensação não se estenderia aos dividendos distribuídos aos OIC's não residentes, cuja redistribuição não é tributada no país da residência da sociedade distribuidora.

52. Tal não é suficiente, segundo o Acórdão do TJUE de 21/06/2018, Processo C-480/16 para que se possa considerar a medida em causa assegurar a coerência do sistema fiscal.

53. Segundo o TJUE, a não tributação dos rendimentos redistribuídos pelos OIC's não residentes é a consequência direta do modelo de tributação, não na esfera dos fundos, mas na esfera dos participantes, residentes ou não em território nacional, adotado pelo legislador do próprio país da fonte, não sendo imputável ao país da residência.

54. A sujeição a retenção na fonte dos dividendos distribuídos a OIC's não residentes, a ter lugar, não resultaria na necessidade de salvaguardar a coerência do sistema fiscal, mas resultaria da opção do legislador, não tributar os dividendos na esfera dos OIC's, mas na esfera dos participantes.

55. Segundo esse Acórdão, assim, o artigo 63.º do TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro por força da qual os dividendos distribuídos por uma sociedade residente desse Estado-Membro a OIC's não residentes estão

sujeitos a uma retenção na fonte, ao passo que os dividendos distribuídos a OIC's residentes desse mesmo Estado-Membro não estão sujeitos a essa retenção, ainda quando essa isenção dependa de esses OIC's procederem a uma distribuição mínima aos seus participantes, ou calcularem tecnicamente uma distribuição mínima, e reterem um montante de imposto sobre essa distribuição mínima real ou fictícia, a pagar pelos seus participantes, desde que os OIC's não residentes que cumpram essas condições não possam aproveitar desse benefício.

56. A Requerida invoca, no entanto, que a isenção de retenção na fonte dos dividendos pagos aos OIC's que atuem e operem de acordo com a legislação nacional é compensada do seguinte modo:

- a) nos termos da verba 29 da Tabela Geral do Imposto do Selo (TGIS), sobre o valor líquido global destes, recair uma tributação trimestral de imposto do selo à taxa de 0,0025%, quando invistam exclusivamente em instrumentos do mercado monetário e depósitos, e, nos restantes casos, em que a base tributável pode incluir os dividendos distribuídos, à taxa 0,0125%, e
- b) com a sua sujeição à taxa de tributação autónoma de 23% prevista no n.º 11 do artigo 88.º do CIRC, por remissão, que abrange os lucros distribuídos por entidades sujeitas a IRC a sujeitos passivos que beneficiam de isenção total ou parcial, abrangendo, neste caso, os rendimentos de capitais.

57. O imposto de selo da verba 29 e a tributação autónoma do n.º 11 do artigo 88.º do CIRC não são aplicáveis aos OIC's não residentes, pelo que estes não estariam sujeitos a qualquer tratamento discriminatório, mas antes a um tratamento equivalente ao aplicável aos OIC's residentes.

58. No entanto, a tributação da verba 29 da TGIS não se pode considerar equivalente à prevista na alínea c) do n.º 1, da alínea b) do n.º 3 e no n.º 4, todos do artigo 94.º e do n.º 4 do artigo 87.º, ambos do CIRC. Recai sobre uma grandeza diversa do valor dos dividendos - o ativo global líquido, trimestralmente apurado, dos fundos de investimento e não o valor dos

dividendos - e a uma taxa muito inferior aos 25 % de retenção, pelo que , mesmo que se considere que visa em parte atenuar os efeitos do diferimento da tributação para o momento da distribuição, real ou presumida, aos participantes, é claramente inexistente a mencionada função compensatória.

59. A isenção do n.º 3 do artigo 22.º do EBF não depende, por outro lado, de os OIC's residentes procederem a uma distribuição mínima aos seus participantes, ou calcularem tecnicamente uma distribuição mínima, e reterem um montante de imposto sobre essa distribuição mínima real ou fictícia, a pagar pelos seus participantes, que abstratamente poderia desempenhar função idêntica à retenção na fonte.

60. Tão pouco procede o argumento da incompatibilidade de uma tributação discriminatória com a pretensa sujeição, determinada pelo n.º 8 do artigo 22.º do EBF, de acordo com as adaptações necessárias, dos OIC's que atuem e operem de acordo com a legislação nacional às taxas de tributação autónoma previstas no artigo 88.º do CIRC.

61. Isto, incluindo a de 23% prevista no n.º 11 desta última norma legal, que abrange os lucros distribuídos por entidades sujeitas a IRC a sujeitos passivos que beneficiam de isenção total ou parcial, abrangendo, neste caso, os rendimentos de capitais, 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, sendo que, nesse caso, ao imposto determinado é deduzido o imposto que eventualmente tenha sido retido na fonte, não podendo então o imposto retido ser novamente deduzido ao abrigo do n.º 2 do artigo 90.º do CIRC.

62. Tal tributação autónoma é apenas aplicável, como se referiu, aos lucros distribuídos por entidades sujeitas a IRC a sujeitos passivos que beneficiam de isenção total ou parcial, abrangendo, neste caso, os rendimentos de capitais.

63. O n.º 3 do artigo 22.º do EBF não consagra, no entanto, qualquer isenção a que se possa aplicar esse n.º 11 do artigo 88.º do CIRC, mas uma exclusão tributária dos rendimentos distribuídos aos OIC's residentes, não extensiva aos não residentes.

64. Nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do EBF, consideram-se benefícios fiscais as medidas de carácter excecional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem. Segundo o n.º 2 desse artigo, benefícios fiscais são apenas as isenções, as reduções de taxas, as deduções à matéria coletável e à coleta, as amortizações e reintegrações aceleradas e outras medidas fiscais que obedeçam às características enunciadas no número anterior.

65. Nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do EBF, não são benefícios fiscais as situações de não sujeição tributária.

66. Acrescenta o n.º 2 que, para efeitos do disposto no n.º 1, consideram-se, genericamente, não sujeições tributárias as medidas fiscais estruturais de carácter normativo que estabeleçam delimitações negativas expressas da incidência.

67. A norma do n.º 3 do artigo 22.º é estruturante do próprio modelo de tributação dos fundos de investimento adotado pelo legislador, retirando da incidência do imposto sobre o rendimento os rendimentos, distribuídos aos fundos constituídos e funcionando segundo a legislação nacional. Não constitui, assim, qualquer benefício fiscal, mas pertence à tipologia das normas delimitadoras da sujeição.

68. Esvaziaria, aliás, o alcance dessa norma - diferir a tributação dos rendimentos dos fundos do momento da sua perceção pelos fundos para o momento da sua distribuição aos participantes - a tributação autónoma dos dividendos distribuídos aos fundos, cumulada com a tributação dos rendimentos distribuídos aos participantes. Assim, o Decreto-Lei n.º 7/2015, 13 de janeiro ao contrário do que seria publicitado e resulta do seu preâmbulo, teria, nessa

interpretação, acabado por agravar a tributação em IRC dos rendimentos dos fundos de investimento, contrariamente à intenção manifestada pelo legislador.

69. Por outro lado, o referido n.º 11 do artigo 88.º do CIRC é uma norma anti-evasiva, limitando as isenções subjetivas do imposto sobre o rendimento aos rendimentos obtidos no âmbito da atividade estatutária dos titulares, presumindo obtidos fora dessa atividade os dividendos de participações sociais adquiridas menos de um ano antes da distribuição, sem caráter de permanência. Visa, por outro lado, com a consagração de um período mínimo de retenção, evitar a transmissão, anterior à distribuição dos dividendos, das participações sociais de sujeitos passivos sujeitos para os sujeitos passivos isentos, com vista à evitação da retenção na fonte.

70. Esses objetivos, por natureza, não são suscetíveis de se verificarem nos OIC's, patrimónios autónomos que resultam da agregação e aplicação de poupanças de entidades individuais e coletivas em mercados primários e/ou secundários de valores, não havendo, pois, qualquer desvio da sua atividade estatutária na detenção das participações por período inferior a um ano.

71. Tem sido jurisprudência comunitária pacífica não resultar do Direito da União Europeia, para os sujeitos passivos não residentes em Portugal e sem estabelecimento estável em território português, mas residentes num Estado-Membro da União Europeia, qualquer direito a uma tributação igual à dos residentes.

72. Prevê, pelo contrário, o TFUE que a proibição de todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros não prejudica os Estados-Membros de 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 lugar de residência (n.º 1 do artigo 63º e alínea a) do n.º 1 do artigo 65.º).

73. A jurisprudência do Tribunal de Justiça revela, em termos genéricos, que o uso da residência como elemento de conexão, bem como a diferenciação fiscal entre sujeitos passivos residentes e não residentes, tanto na legislação interna dos Estados como nas Convenções sobre Dupla Tributação, por não contrariar as liberdades de circulação, nem consubstanciar uma discriminação contrária aos Tratados Europeus, em virtude de os residentes e os não residentes não se encontrarem, em geral, em situações comparáveis e assentar numa diferença objetiva relevante entre os sujeitos passivos, é admissível.

74. Nessa medida, o tratamento diferenciado entre residentes e não residentes não constitui em si mesmo qualquer discriminação proibida pelo n.º 1 do artigo 63.º do TFUE.

75. Ainda, por outro lado, que as situações de residentes e não residentes sejam comparáveis, a discriminação resultante de um tratamento diferenciado pode ser neutralizada pelos mecanismos previstos nas Convenções, em especial, extrapolando para o caso concreto, o crédito do imposto referido no n.º 2 do artigo 10º da referida Convenção entre Portugal e a República Federal Alemã.

76. No entanto, “*quid juris*” caso a legislação do país da residência se opuser ao crédito do imposto, “*máxime*” por isentar total ou parcialmente os rendimentos tributados no país da fonte, caso em que a neutralização não é possível?

77. Nos termos do Acórdão do STA de 28/11/2012, no Processo n.º 0694/12, em caso de crédito do imposto sobre dupla tributação internacional, a eventual isenção de tributação dos dividendos no país da residência, com o consequente efeito impeditivo do crédito do imposto previsto nas convenções, não poderia ser oponível ao país da fonte, pois este, ao definir a obrigação de retenção na fonte, se limitaria a fazer a aplicação do seu direito interno.

78. Essa posição seria contrariada pelo Acórdão do Pleno do Contencioso Tributário do STA, de 09/07/2014, Processo n.º 01435/12, que, em especial, declararia ser de anular a retenção na fonte efetuada pelo substituto tributário a entidade não residente, se ficou provado

que aquela retenção, consubstanciada em maior tributação de entidade não residente, não pode ser neutralizada, em concreto, por via da Convenção celebrada entre os Estados para evitar a dupla tributação.

79. Assim, apenas no caso de o imposto retido na fonte nos termos da legislação nacional poder ser imputado no imposto devido noutro Estado-Membro até ao montante da diferença de tratamento decorrente da legislação nacional, é que a diferença de tratamento entre os dividendos distribuídos a sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros e os dividendos distribuídos às sociedades residentes se pode considerar neutralizada (no mesmo sentido podem ver-se os acórdãos do STA, de 21/01/2015, Proc. n.º 01160/13, de 26/11/2014, Proc. n.º 01877/13, de 12/11/2014, Proc. n.º 461/14, de 29/10/2014, Proc. n.º 01502/12, de 21/05/2014, Proc. n.º 01192/13, de 14/05/2014, Proc. n.º 01319/13, de 09/04/2014, Proc. n.º 01318/13, de 18/12/2013, Proc. n.º 0568/13 e de 27/11/2013, Proc. n.º 0654/13).

80. Não se vislumbra que a posição acima enunciada da jurisprudência possa, no essencial, vir a ser alterada.

81. Alega a Requerente a impossibilidade de recuperar a título de crédito de imposto por dupla tributação internacional o imposto sobre o rendimento suportado ou pago no estrangeiro, que resultaria da isenção subjetiva dos fundos de investimento, ainda em vigor, na República Federal Alemã, no exercício de 2016.

82. Esse argumento, associado ao também invocado pela Requerente e que é incontestável, que a distribuição de dividendos efetuada por sociedades residentes em Portugal à ora Requerente é passível de ser qualificada como movimento de capital na aceção do artigo 63.º do TFUE e da própria Diretiva 88/361/CEE, de 24/6/88, não é suficiente para fundamentar a procedência do presente pedido de pronúncia arbitral pelos motivos que se passam a expor.

83. A isenção de imposto sobre o rendimento que aproveitava à Requerente no exercício de 2016 resultava do seu enquadramento pela legislação alemã aplicável como entidade

transparente. Como entidade transparente, a Requerente não podia ser objeto de tributação separada, sendo os seus lucros tributados na esfera dos sócios.

84. Em resultado dessa transparência, o investidor nos fundos ou nas demais compropriedades indivisas de valores mobiliários era tratado da mesma forma que o investidor direto, solução que apenas seria alterada a partir do exercício de 2017, que eliminaria parcialmente o regime da transparência.

85. Consequentemente, os fundos estavam isentos do imposto sobre o rendimento, de acordo com solução idêntica à redação originária do n.º 1 do artigo 19.º do EBF, aprovado pelo artigo 1.º do DL n.º 215/89, de 1/07, anterior à dada pelo artigo único da Lei n.º 4/90, de 17/02.

86. A tributação tinha lugar apenas na esfera dos investidores e não dos fundos, ao contrário do que viria a estabelecer a Lei n.º 4/90. A referida Lei, na verdade, aboliu o regime anterior da transparência, passando os fundos de investimento, nos termos do n.º 1 do artigo 22.º do EBF, na redação anterior à dada pelo DL n.º 7/2015, a ser tributados autonomamente ou por retenção na fonte como de pessoas singulares se tratassem, ficando os participantes dispensados de retenção na fonte ou isentos, respetivamente conforme exercessem ou não a título principal uma atividade empresarial, industrial ou agrícola, com a consequente impossibilidade, como reconheceria o preâmbulo desse Decreto-Lei, de acederem aos benefícios das convenções sobre dupla tributação internacional.

87. No regime da transparência vigente da República Federal Alemã até ao termo do exercício de 2016, os participantes eram tributados aquando da distribuição real ou presumida dos rendimentos dos fundos ou da venda das unidades de participação, não sendo essa tributação precedida por qualquer tributação dos fundos.

88. Tem sido administrativa e doutrinariamente entendido que os fundos transparentes carecem de personalidade jurídico-tributária, ainda que ficcionada. Nessa medida, a isenção dos fundos de investimento tem sido tradicionalmente entendida como uma não sujeição, com

a consequente impossibilidade de acederem aos benefícios das convenções sobre dupla tributação internacional (o que coloca em causa a devolução de 10% da retenção ao abrigo da CDT Portugal/Alemanha).

89. Em conformidade, segundo a AT, o facto de os fundos transparentes se localizarem em determinado país e aí serem administrados por sociedade gestora ou entidade depositária não lhes permite invocar, salvo quando sejam fiscalmente pessoas residentes, a aplicação das convenções celebradas por esse país (nesse sentido, o n.º 2 da Circular n.º 6/2009, de 6/04, da DGCI, que mantém toda a atualidade).

90. Essa é a solução seguida tradicionalmente pela doutrina (Alberto Xavier, “Direito Internacional”, Coimbra, 1993, pág. 117).

91. A aplicação das convenções deve, assim, efetuar-se relativamente a cada titular de unidades de participação, ao qual os rendimentos se reputam, real ou presumidamente diretamente atribuídos, sendo irrelevante a entidade pela qual transitavam.

92. Em conformidade com esse entendimento, nos termos da parte final do n.º 3 da Convenção, o direito ao crédito do imposto é exercido, pelos titulares das unidades de participação aquando da distribuição a estes dos respetivos rendimentos.

93. A isenção da Requerente de imposto sobre o rendimento na Alemanha não colide, assim, com o direito ao crédito do imposto dos titulares das unidades de participação.

94. Caso o direito ao crédito do imposto não possa ser exercido, por os participantes não estarem sujeitos ou, estando sujeitos, estarem isentos de imposto sobre o rendimento (“maxime, em virtude da existência entre a sociedade distribuidora dos dividendos e os participantes no fundo de uma relação de “*participation exemption*”), cabia a estes - e não aos fundos transparentes -, em sede de reclamação ou impugnação, invocar e provar os pressupostos de violação do princípio da não discriminação, nomeadamente a impossibilidade da dedução do

imposto na República Federal da Alemanha, por exemplo, através de declaração passada pelas respetivas autoridades fiscais, já que tal impossibilidade não resulta da isenção consagrada na Secção 1, parágrafo 1, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Sociedades Alemão – “German Corporate Income Tax Act” – e da secção 11 parágrafo 1.2 do Código Fiscal de Investimento Alemão (“German Investment Tax Act”).

95. Tal invocação e prova não foram efetuadas, não se justificando, pelos motivos expostos, o requerido reenvio prejudicial nos termos do artigo 267.º do TFUE.

96. Face ao exposto, tendo em consideração que, não estamos perante qualquer violação do direito comunitário e/ou do direito constitucional, no que respeita à retenção na fonte dos dividendos auferidos pela Requerente, determina-se a improcedência do presente pedido arbitral.

CONCLUSÃO:

a) No caso concreto, não está em causa a inconstitucionalidade de qualquer norma, mas tão-só a aplicação de direito interno incompatível com o Direito Comunitário, o qual prevalece sobre aquele. Com efeito, é o mesmo ineficaz, na medida dessa incompatibilidade, sem necessidade de prévia declaração judicial dessa ineficácia.

b) O n.º 1 do artigo 63.º do TFUE proíbe todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros no âmbito no referido Capítulo IV do Título IV da III Parte, ampliando o n.º 2 essa proibição de todas as restrições aos pagamentos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros.

c) Contudo, a alínea a) do n.º 1 do artigo 65.º do TFUE admite expressamente a derrogação das proibições de movimentos de capitais entre Estados membros ou entre Estados membros e países terceiros a que se refere aquela norma legal.

- d)** Tem sido jurisprudência comunitária pacífica não resultar do Direito da União Europeia, para os sujeitos passivos não residentes em Portugal e sem estabelecimento estável em território português, mas residentes num Estado-Membro da União Europeia, qualquer direito a uma tributação igual à dos residentes.
- e)** Assim, para que a diferença de tratamento possa ser considerada compatível com as disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais, é necessário que diga respeito a situações não comparáveis objetivamente ou que se justifique por uma razão imperiosa de interesse geral, únicos casos em que não deve ser considerada discriminatória, nem dissimuladamente restritiva da livre circulação de capitais e pagamentos.
- f)** O tratamento diferenciado entre residentes e não residentes não constitui, no entanto, qualquer discriminação proibida pelo n.º 1 do artigo 63.º do TFUE, desde que possa ser neutralizado pelos mecanismos previstos nas Convenções.
- g)** Segundo o Acórdão do Pleno do STA, de 09/07/2014, Proc. n.º 01435/12, é anulável a retenção na fonte efetuada pelo substituto tributário a entidade não residente, se ficou provado que aquela retenção, consubstanciada em maior tributação de entidade não residente, não pode ser neutralizada, em concreto, por via da Convenção celebrada entre os Estados para evitar a dupla tributação.
- h)** No entanto, os fundos transparentes, como é o caso do que aqui está em causa, criado de acordo com a legislação alemã, por carentes de personalidade tributária, não podem beneficiar da aplicação das convenções celebradas pelo Estado português (nesse sentido, o n.º 2 da Circular n.º 6/2009, de 6/04, da DGCI e a doutrina conhecida).
- i)** A aplicação das convenções deve efetuar-se relativamente a cada titular de unidades de participação, ao qual os rendimentos se reputam, real ou presumidamente, diretamente atribuídos.

j) Nos termos da parte final do n.º 3 da Convenção entre Portugal e a República Federal Alemã, o direito ao crédito do imposto é exercido aquando da distribuição dos rendimentos das unidades de participação, pelos respetivos investidores.

k) Caso o direito ao crédito do imposto não possa ser exercido, por os participantes não estarem sujeitos ou, estando sujeitos, estarem isentos de imposto sobre o rendimento (“maxime, em virtude da existência entre a sociedade distribuidora dos dividendos e os participantes de uma relação de “*participation exemption*”), cabe a estes - e não ao fundo transparente -, em sede de reclamação ou impugnação, invocar e provar os pressupostos de violação do princípio da não discriminação.

l) O facto de a Requerente estar isenta na Alemanha de imposto sobre o rendimento, não obsta a que os titulares das unidades de participação, possam exercer no país da residência, o direito de reclamar/impugnar, cabendo a estes, para efeitos da invocação da uma discriminação proibida pelo artigo 63.º do TFUE, demonstrar a impossibilidade legal de o fazerem, o que a Requerente não fez.

m) A Requerente, não tendo feito prova dessa impossibilidade, não pode ver anulada a liquidação em causa.

DECISÃO

De harmonia com o exposto, decide-se:

- 1. Julgar improcedente o pedido de pronúncia arbitral formulado pela Requerente, e em consequência, manter os atos de liquidação de retenção na fonte de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas incidente sobre o pagamento de dividendos relativos ao ano de 2016, no montante de € 10.031,69 (dez mil, trinta e um euros e sessenta e nove cêntimos);**
- 2. Julgar improcedente o pedido de pagamento de juros indemnizatórios.**

Valor do Processo

Fixa-se o valor do processo em € 10.031,69 (dez mil, trinta e um euros e sessenta e nove cêntimos) nos termos artigo 97-A, n.º 1, a), do CPPT, aplicável por força das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 29 do RJAT e do n.º 2 do artigo 3 do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária.

Custas

Custas a cargo da Requerente de acordo com o artigo 22.º, n.º 2 do RJAT, do artigo 4.º do RCPAT, e da Tabela I anexa a este último, que se fixam no montante de € 918,00.

Notifique-se.

Lisboa, 29 de outubro de 2019

O Árbitro

(Jorge Carita)