



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 6 de maio de 2021¹

Processo C-545/19

**Allianzgi-Fonds Aevn
contra
Autoridade Tributária e Aduaneira**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD) (Portugal)]

«Pedido de decisão prejudicial — Fiscalidade direta e liberdades fundamentais — Livre circulação de capitais — Tributação dos dividendos pagos a organismos de investimento coletivo — Tratamento diferente dos organismos de investimento coletivo residentes e não residentes — Discriminação por outra técnica de tributação — Comparabilidade no contexto da livre circulação de capitais — Justificação dos diferentes sistemas de tributação — Garantia de uma tributação mínima no Estado de residência — Proporcionalidade de outra técnica de tributação»

I. Introdução

1. A livre circulação de capitais impõe a um Estado-Membro a obrigação de tributar os veículos de investimento não residentes e residentes segundo o mesmo regime fiscal? Esta é a questão a que o Tribunal de Justiça tem de responder no caso em apreço. Com efeito, no exercício da sua autonomia fiscal, Portugal optou pela tributação clássica dos rendimentos de capitais dos veículos de investimento não residentes através da retenção na fonte do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas quando esses organismos, no seu Estado de residência, não estão sujeitos a imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas ou nele estão sujeitos a uma taxa reduzida desse imposto.

2. Em contrapartida, os veículos de investimento residentes são tributados segundo uma outra abordagem pelo sistema fiscal (Portugal qualifica-a como uma forma de tributação à saída): são tributados, numa base trimestral, em imposto do selo, que incide sobre todo o património líquido (e, portanto, também sobre os dividendos não distribuídos) do veículo de investimento. Em contrapartida, este rendimento proveniente de dividendos não está sujeito a IRC (nem mesmo através da retenção na fonte). Por conseguinte, só no momento em que é feito o pagamento ao investidor é que lhe é aplicado o imposto sobre o rendimento português.

¹ Língua original: alemão.

3. Portugal tributa por igual medida os veículos de investimento residentes e não residentes, mas com métodos diferentes. Isso implica, certamente, diferenças de encargos num sentido ou noutro. Se não forem distribuídos dividendos ao veículo de investimento, o encargo fiscal do veículo de investimento nacional é nitidamente mais elevado. Se forem distribuídos dividendos ao veículo de investimento, o caso já pode ser diferente. Mas isso só será assim se o contribuinte não residente não for tributado no seu Estado de residência ou nele estiver sujeito a uma tributação reduzida.

4. Uma vez que, em direito fiscal, as liberdades fundamentais «apenas» proíbem as discriminações nas situações transfronteiriças, há que comparar aqui a tributação dos veículos de investimento residentes e não residentes. A harmonização dos impostos sobre os rendimentos seria útil, mas ainda não existe. Isto suscita a questão de saber se a livre circulação de capitais pode remediar essa situação ou se, na falta de comparabilidade das situações, são igualmente possíveis regimes de tributação diferentes consoante a residência e o Estado-Membro e, conseqüentemente, deve ser tolerada uma certa desigualdade de encargos fiscais no direito da União.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

5. As regras aplicáveis do direito da União são as do Tratado FUE. A este respeito, é especialmente importante a liberdade de circulação de capitais prevista nos artigos 63.º e 65.º TFUE:

6. O artigo 65.º, n.ºs 1, alínea a), e 3, TFUE tem a seguinte redação:

«1. O disposto no artigo 63.º não prejudica o direito de os Estados-Membros:

a) Aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido;

[...]

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

[...]»

B. Direito internacional dos tratados

7. O artigo 10.º da Convenção para Evitar a Dupla Tributação (a seguir «CDT»), celebrada entre a República Portuguesa e a República Federal da Alemanha, determina a que Estado é reconhecido o direito de tributar o beneficiário dos dividendos:

«1. Os dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado contratante a um residente do outro Estado contratante podem ser tributados nesse outro Estado.

2. Esses dividendos podem, no entanto, ser igualmente tributados no Estado contratante de que é residente a sociedade que paga os dividendos e de acordo com a legislação desse Estado, mas se a pessoa que recebe os dividendos for o seu beneficiário efetivo, o imposto assim estabelecido não excederá 15 % do montante bruto desses dividendos. As autoridades competentes dos Estados contratantes estabelecerão, de comum acordo, a forma de aplicar este limite. Este número não afeta a tributação da sociedade pelos lucros dos quais os dividendos são pagos.»

C. Direito português

8. Segundo as informações prestadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, o quadro jurídico aplicável em Portugal nos anos controvertidos era o seguinte.

9. Em princípio, Portugal tributa os dividendos pagos por uma sociedade estabelecida em Portugal a outra sociedade com sede no país ou no estrangeiro como rendimentos de capital, a título de IRC, à taxa de 25 %, de acordo com as disposições do Código do IRC². Este imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas é pago ao Estado português através de retenção na fonte pela sociedade que procede à distribuição.

10. Todavia, ao abrigo do artigo 14.º, n.º 3, do Código do IRC, os dividendos pagos aos investidores estrangeiros que revestem a forma jurídica de uma sociedade estão, em princípio, isentos de IRC em Portugal, como Estado de origem. Só existe uma exceção se forem tributados no Estado de residência a menos de 60 % da taxa do IRC aplicada em Portugal.

11. O Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro de 2015, procedeu à reforma do regime de tributação dos organismos de investimento coletivo. O artigo 22.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais³ prevê, desde então, para determinados organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (a seguir «OIC») a isenção do IRC no que diz respeito aos rendimentos de capital. Tem a seguinte redação:

«1. São tributados em IRC, nos termos previstos neste artigo, os fundos de investimento mobiliário, fundos de investimento imobiliário, sociedades de investimento mobiliário e sociedades de investimento imobiliário que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional.

[...]

3. Para efeitos do apuramento do lucro tributável, não são considerados os rendimentos referidos nos artigos 5.º [rendimentos de capitais], 8.º [rendimentos prediais] e 10.º [mais-valias] do Código do IRS⁴ [...]

[...]

8. As taxas de tributação autónoma previstas no artigo 88.º do Código do IRC têm aplicação, com as necessárias adaptações, no presente regime.

[...]»

² Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas.

³ Estatuto dos Benefícios Fiscais, na redação do Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro de 2015, aplicável a partir de 1 de julho de 2015.

⁴ Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares.

12. O artigo 22.º, n.º 10, do Estatuto dos Benefícios Fiscais complementa a isenção de IRC sobre os rendimentos de capital com a isenção da retenção na fonte. Tem a seguinte redação:

«Não existe obrigação de efetuar a retenção na fonte de IRC relativamente aos rendimentos obtidos pelos sujeitos passivos referidos no n.º 1.»

13. Os rendimentos dos OIC que sejam constituídos e operem em conformidade com a legislação portuguesa, nos termos do artigo 88.º, n.º 11, do Código do IRC, ao invés do previsto no artigo 22.º, n.º 3, do Estatuto dos Benefícios Fiscais, não estão isentos de imposto durante o primeiro ano após a aquisição das partes sociais. Com efeito, aquele artigo dispõe:

«São tributados autonomamente, à taxa de 23 %, 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.»

14. O Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de janeiro de 2015, introduziu igualmente alterações ao Código do Imposto do Selo e à respetiva Tabela Geral, que contém as disposições relativas à matéria coletável. Através do aditamento da verba 29 à Tabela Geral do Imposto do Selo, a tributação do valor líquido global dos organismos de investimento coletivo abrangidos pelo artigo 22.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais é efetuada às taxas previstas naquela disposição.

15. Os OIC que tenham sido constituídos e operem nos termos da lei portuguesa ficam assim sujeitos, desde a introdução do artigo 22.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais, a um imposto do selo acrescido. Trata-se de um imposto cobrado trimestralmente à taxa de 0,0125 % sobre o valor líquido global do OIC. Neste contexto, os dividendos recebidos, que ainda não tenham sido redistribuídos aos investidores do OIC, estão incluídos na matéria coletável.

III. Litígio do processo principal

16. O Allianzgi-Fonds Aevn (a seguir «requerente») é um organismo de investimento coletivo (OIC) estabelecido na Alemanha e que auferе rendimentos de capitais sob a forma de dividendos pagos por sociedades estabelecidas em Portugal. Um OIC é um fundo de investimento cujo enquadramento jurídico é definido pela Diretiva 2009/65/CE⁵. O objetivo dos OIC é facilitar a participação dos investidores privados no mercado de valores mobiliários.

17. Em regra, Portugal isenta de IRC os dividendos obtidos pelos OIC constituídos ao abrigo da lei portuguesa. Por isso, para o investidor privado, é indiferente adquirir diretamente ações ou investir indiretamente noutra empresa através de um OIC. Assim, Portugal não tributa, ao nível dos OIC, as distribuições de dividendos efetuadas por empresas aos OIC estabelecidos em Portugal e depois por estes redistribuídos aos seus investidores. Em vez disso, os OIC constituídos ao abrigo do direito português estão sujeitos ao imposto do selo que incide, trimestralmente, sobre o valor líquido global, incluindo os dividendos não distribuídos.

⁵ Inicialmente, Diretiva 85/611/CEE do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários, depois substituída pela Diretiva 2009/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM).

18. Contudo, a isenção de IRC aplicável aos rendimentos de capitais dos OIC não se aplica ao requerente, por não ter sido constituído nem exercer nenhuma atividade nos termos da legislação portuguesa. Tal só seria possível se tivesse a sua sede ou um estabelecimento estável em Portugal e preenchesse determinadas outras condições previstas na legislação portuguesa. Por conseguinte, o requerente está sujeito ao regime geral do Código do IRC. Assim, em 2015 e 2016, os dividendos pagos por sociedades portuguesas ao requerente foram sujeitos ao imposto português sobre o rendimento das pessoas coletivas, no montante de 25 %, que foi retido na fonte pelas sociedades distribuidoras e por estas entregue ao fisco português.

19. Todavia, nos termos da CDT entre Portugal e a Alemanha, Portugal só pode tributar os rendimentos de capitais de um OIC residente na Alemanha até ao máximo de 15%. Consequentemente, Portugal reembolsou, relativamente ao ano de 2015, a pedido do requerente, uma parte do imposto retido. Aparentemente, o requerente não apresentou um pedido nesse sentido para o ano de 2016.

20. A isenção de IRC prevista pelo direito português para os dividendos pagos a sociedades estabelecidas no estrangeiro nos termos do artigo 14.º, n.º 3, do Código do IRC foi excluída devido ao tratamento fiscal dos OIC na Alemanha. Com efeito, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, os OIC estabelecidos na Alemanha estão aí igualmente isentos do imposto sobre as sociedades.

21. Contrariamente a Portugal, nos anos objeto do litígio, a Alemanha considerava os OIC como «sujeitos fiscais» transparentes, isto é, tributava não os OIC, mas diretamente os investidores. Todavia, essa tributação não é limitada ao montante dos rendimentos distribuídos aos investidores, mas inclui também o montante dos rendimentos dos OIC proporcionalmente imputável aos investidores (a dita tributação transparente). Com isso pretende-se atingir um tratamento igual ao do investimento direto.

22. Uma vez que, na Alemanha, os OIC não são sujeitos a tributação em sede de imposto sobre as sociedades, o IRC português também não pode ser imputado ao nível do OIC. Em vez disso, a imputação proporcional do imposto português só pode ter lugar no imposto correspondente dos investidores, em conformidade com o § 4, n.º 2, da Investmentsteuergesetz (Lei Alemã dos Impostos sobre o Investimento), na versão então aplicável⁶. Se os investidores do requerente fizeram ou não uso dessa faculdade é algo que não é do conhecimento do Tribunal de Justiça.

23. O requerente apresentou reclamação graciosa contra as decisões fiscais que deram origem à retenção na fonte do IRC a título dos exercícios de 2015 e 2016, pedindo a sua anulação e o reembolso da retenção na fonte efetuada. A autoridade tributária competente indeferiu a reclamação graciosa. Contra esta decisão foi apresentado pedido de pronúncia arbitral no Centro de Arbitragem Administrativa (Tribunal Arbitral Tributário, Portugal).

⁶ Tinha a seguinte redação: «(2) Se os rendimentos provenientes da distribuição de rendimentos de participações em investimentos e os rendimentos equivalentes a distribuições incluem rendimentos provenientes de um Estado estrangeiro que, nesse Estado, tenham dado origem a tributação que possa ser imputada ao imposto sobre o rendimento ou ao imposto sobre as sociedades nos termos do § 34c, n.º 1, da Einkommensteuergesetz [Código do Imposto sobre o Rendimento], do § 26, n.º 1, do Körperschaftsteuergesetz [Código do Imposto sobre as Sociedades], ou em virtude de uma convenção para evitar a dupla tributação, no caso de investidores sujeitos a tributação global, o imposto estrangeiro liquidado e pago, reduzido nos termos de qualquer direito a redução que tenha sido constituído, é imputado à parte desse imposto sobre o rendimento ou sobre as sociedades atribuível aos rendimentos estrangeiros acrescidos do montante proporcional do imposto estrangeiro [...]» — Gesetz zur Modernisierung des Investmentwesens und zur Besteuerung von Investmentvermögen (Investmentsteuermodernisierungsgesetz) [Lei de Modernização do Sistema de Investimentos e de Tributação dos Ativos Resultantes de Investimentos (Lei de Modernização dos Impostos sobre o Investimento)], de 15 de dezembro de 2003 (BGBl. 2003 I, pp. 2676 e segs.).

IV. Pedido de decisão prejudicial e tramitação processual perante o Tribunal de Justiça

24. Por Despacho de 9 de julho de 2019, o órgão jurisdicional de reenvio submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) O [artigo 63.º TFUE], relativo à livre circulação de capitais, ou o [artigo 56.º TFUE], relativo à livre prestação de serviços, opõem-se a um regime fiscal como o que está em causa no litígio no processo principal, constante do artigo 22.º do EBF [Estatuto dos Benefícios Fiscais], que prevê a retenção na fonte de imposto com carácter liberatório sobre os dividendos recebidos de sociedades portuguesas a favor de OIC [organismos de investimento coletivo] não residentes em Portugal e estabelecidos noutros países da [União], ao mesmo tempo que os OIC constituídos ao abrigo da legislação fiscal portuguesa e residentes fiscais em Portugal podem beneficiar de uma isenção de retenção na fonte sobre tais rendimentos?
- 2) Ao prever uma retenção na fonte sobre os dividendos pagos aos OIC não residentes e reservar aos OIC residentes a possibilidade de obter a isenção de retenção na fonte, a regulamentação nacional em causa no processo principal procede a um tratamento desfavorável dos dividendos pagos aos OIC não residentes, uma vez que a estes últimos não lhes é dada qualquer possibilidade de aceder a semelhante isenção?
- 3) O enquadramento fiscal dos detentores de participações dos OIC será relevante para efeitos de apreciação do carácter discriminatório da legislação portuguesa, tendo presente que esta prevê um tratamento fiscal autónomo e distinto
 - (i) para os OIC (residentes) e
 - (ii) para os respetivos detentores de participações dos OIC? Ou, tendo presente que o regime fiscal dos OIC residentes não é, de todo, alterado ou afetado pela circunstância de os respetivos participantes serem residentes ou não residentes em Portugal, a apreciação da comparabilidade das situações para fins de determinar o carácter discriminatório da referida regulamentação deve ser realizada apenas por referência à fiscalidade aplicável ao nível do veículo de investimento?
- 4) Será admissível a diferença de tratamento entre OIC residentes e não residentes em Portugal, tendo em conta que as pessoas singulares ou coletivas residentes em Portugal, que sejam detentoras de participações de OIC (residentes ou não residentes) são, em ambos os casos, igualmente sujeitas (e, em regra, não isentas) a tributação sobre os rendimentos distribuídos pelos OIC, sujeitando os detentores de participações em OIC não residentes a uma fiscalidade mais elevada?
- 5) Tendo em consideração que a discriminação em análise no presente litígio diz respeito a uma diferença na tributação do rendimento relativamente a dividendos distribuídos pelos OIC residentes aos respetivos detentores de participações nos OIC, é legítimo, para efeitos da análise da comparabilidade da tributação sobre o rendimento considerar outros impostos, taxas ou tributos incorridos no âmbito dos investimentos efetuados pelos OIC? Em particular, é legítimo e admissível, para efeitos da análise de comparabilidade, considerar o impacto associado a impostos sobre o património sobre despesas ou outros, que não estritamente o imposto sobre o rendimento dos OIC, incluindo eventuais tributações autónomas?»

25. Na sequência de um pedido de informações do Tribunal de Justiça, o órgão jurisdicional de reenvio prestou esclarecimentos complementares para precisar a situação fiscal dos OIC residentes e não residentes, bem como dos seus respetivos investidores.

26. No decurso do processo no Tribunal de Justiça, o requerente, a República Portuguesa e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas sobre o pedido de decisão prejudicial e, em seguida, sobre as questões colocadas pelo Tribunal de Justiça.

V. Apreciação jurídica

27. O órgão jurisdicional de reenvio submete cinco questões relativas à compatibilidade de uma norma fiscal portuguesa com as liberdades fundamentais. Em resumo, com as questões submetidas, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a tributação de um OIC constituído nos termos do direito estrangeiro e com residência noutro Estado-Membro é conforme com a liberdade de circulação de capitais e com a liberdade de prestação de serviços, quando os OIC constituídos ao abrigo do direito português e residentes em Portugal estão isentos do IRC, mas estão sujeitos a outro imposto, o imposto do selo. Todas as questões podem, portanto, ser respondidas em conjunto, em conformidade com a posição defendida pela Comissão.

A. Clarificação da questão e da liberdade fundamental aplicável

28. O órgão jurisdicional interroga-se sobre se existe uma violação da livre circulação de capitais (artigo 63.º TFUE) e da livre prestação de serviços (artigo 56.º TFUE) decorrente da isenção de IRC prevista no artigo 22.º, n.º 3, do Estatuto dos Benefícios Fiscais e da isenção de retenção na fonte de IRC prevista no artigo 22.º, n.º 10, relativamente aos dividendos pagos a OIC residentes em Portugal e constituídos ao abrigo da legislação portuguesa.

29. Ora, examinando com mais detalhe, os dividendos pagos ao requerente estariam, em princípio, igualmente isentos de imposto. Tal só é excluído pelo artigo 14.º, n.º 3, do Código do IRC, pelo facto de o requerente não estar sujeito ao imposto sobre as sociedades no Estado de residência. Por conseguinte, a diferença de tratamento resulta não apenas do regime especial dos OIC constituídos nos termos da legislação portuguesa e residentes em Portugal mas também do artigo 14.º, n.º 3, do Código do IRC. Esta norma visa manifestamente assegurar uma tributação mínima dos rendimentos de dividendos obtidos por pessoas coletivas residentes no estrangeiro.

30. Neste contexto, importa, antes de mais, determinar à luz de que liberdade fundamental se deve examinar esta diferença de tratamento. Num caso em que um órgão jurisdicional se interroga sobre a compatibilidade de uma norma com duas liberdades fundamentais distintas, há que determinar previamente face a qual das duas liberdades fundamentais a norma deve ser examinada. Segundo jurisprudência assente, isso é determinado em função do objeto da legislação em causa⁷.

⁷ V. Acórdãos de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 33); de 5 de fevereiro de 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, n.º 21); e de 13 de novembro de 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, n.º 90 e jurisprudência aí referida).

31. Enquanto o artigo 22.º, n.º 3, do Estatuto dos Benefícios Fiscais isenta os OIC residentes do IRC sobre os dividendos recebidos, o artigo 22.º, n.º 10, do Estatuto dos Benefícios Fiscais dispensa as empresas que distribuem dividendos aos OIC da obrigação correspondente de reter e de entregar esse imposto à Fazenda Pública.

32. Assim, o objeto da legislação em causa no processo principal é o encargo fiscal que onera os dividendos, e não o encargo fiscal que onera as prestações de serviços⁸. Por conseguinte, o artigo 22.º, n.ºs 3 e 10, do Estatuto dos Benefícios Fiscais e o artigo 14.º, n.º 3, do Código do IRC devem ser apreciados à luz da livre circulação de capitais. Dado que se trata de dividendos da chamada titularidade dispersa, também não está em causa o âmbito da proteção da liberdade de estabelecimento⁹. Por conseguinte, apenas deve ser analisada a restrição à livre circulação de capitais consagrada no artigo 63.º TFUE.

B. Restrição da livre circulação de capitais

33. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, entre as medidas proibidas pelo artigo 63.º, n.º 1, TFUE, enquanto restrições aos movimentos de capitais, incluem-se as que são suscetíveis de dissuadir os não residentes de investir num Estado-Membro ou de dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investir noutros Estados¹⁰.

34. Há, contudo, que ter em conta que os impostos e tributos constituem *per se* um encargo e, por isso, diminuem sempre a atratividade de um investimento de capitais. Por isso, o Tribunal de Justiça já decidiu reiteradamente que a autonomia fiscal permite aos Estados-Membros regularem as condições de tributação e a carga fiscal aplicável, desde que o tratamento das situações transfronteiriças não seja discriminatório em comparação com o das situações nacionais¹¹. Esta moderação da intensidade do controlo em matéria fiscal — à qual o advogado-geral A. Hogan¹² fez recentemente referência expressa — corresponde precisamente ao raciocínio que levou o Tribunal de Justiça, na sua jurisprudência dita «Keck»¹³, a não proceder a um exame geral das restrições¹⁴.

35. Nesta medida, só pode haver restrição aos movimentos de capitais pelo direito fiscal quando um Estado-Membro dá um tratamento menos favorável aos dividendos pagos a sociedades não residentes do que aquele de que beneficiam os dividendos pagos a sociedades residentes. Com

⁸ Neste sentido, Acórdãos de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.ºs 35 e 36); de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 29); e de 13 de novembro de 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, n.º 92).

⁹ Com efeito, não se trata de participações que permitam ao requerente exercer uma influência certa nas decisões da empresa e nas suas atividades. V., neste sentido, Acórdãos de 13 de novembro de 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, n.ºs 90 e segs.); de 10 de fevereiro de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen (C-436/08 e C-437/08, EU:C:2011:61, n.º 35); e de 21 de outubro de 2010, Idryma Typou (C-81/09, EU:C:2010:622, n.º 47).

¹⁰ Acórdãos de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 40); de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 27); e de 8 de novembro de 2012, Comissão/Finlândia (C-342/10, EU:C:2012:688, n.º 28).

¹¹ V. Acórdãos de 26 de maio de 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, n.º 47), e de 14 de abril de 2016, Sparkasse Allgäu (C-522/14, EU:C:2016:253, n.º 29); Despacho de 4 de junho de 2009, KBC Bank e Beleggen, Risicokapitaal, Beheer (C-439/07 e C-499/07, EU:C:2009:339, n.º 80); e Acórdão de 6 de dezembro de 2007, Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, n.ºs 51 e 53).

¹² Conclusões do advogado-geral A. Hogan no processo Autoridade Tributária e Aduaneira (Imposto sobre as mais-valias imobiliárias) (C-388/19, EU:C:2020:940, n.ºs 36 e segs.).

¹³ Acórdão de 24 de novembro de 1993, Keck e Mithouard (C-267/91 e C-268/91, EU:C:1993:905, n.º 16).

¹⁴ V., a este respeito, mais detalhadamente, as minhas Conclusões no processo Google Irlanda (C-482/18, EU:C:2019:728, n.ºs 35 e segs.).

efeito, isso é suscetível de dissuadir as sociedades estabelecidas no estrangeiro de investirem no primeiro Estado-Membro e de constituir, assim, uma restrição à livre circulação de capitais, proibida, em princípio, pelo artigo 63.º TFUE¹⁵.

1. Quanto à existência de tal restrição

36. Nos termos da legislação em causa no processo principal, só os dividendos pagos a um OIC estabelecido no estrangeiro estão sujeitos ao IRC português (mas apenas se o OIC não for tributado no estrangeiro através de um imposto sobre as sociedades correspondente a, pelo menos, 60 % do nível português). O IRC é cobrado através de retenção na fonte. Em contrapartida, não é esse o caso de um OIC constituído ao abrigo da legislação portuguesa e residente em Portugal, em virtude do artigo 22.º, n.ºs 3 e 10, do Estatuto dos Benefícios Fiscais.

37. É certo que compete a cada Estado-Membro organizar, no respeito do direito da União, o seu sistema de tributação dos lucros distribuídos e, nesse âmbito, determinar a matéria coletável e a taxa de imposto aplicável ao acionista beneficiário¹⁶. Daqui resulta que, para promover a utilização de OIC, os Estados-Membros são livres de estabelecer um regime fiscal especial para esses organismos e para os dividendos que recebem e de fixar as condições materiais e formais para beneficiarem desse regime¹⁷.

38. No entanto, os Estados-Membros devem exercer a sua autonomia fiscal no respeito das exigências decorrentes do direito da União, nomeadamente as previstas pelas disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais¹⁸. Por conseguinte, o estabelecimento de um regime de tributação específico para os OIC, em função da sua residência, não pode constituir uma restrição à livre circulação de capitais.

a) Existência de uma restrição atendendo apenas à tributação em sede de IRC do OIC

39. À primeira vista, poderia ser acolhida, no caso em apreço, a tese da Comissão Europeia e do requerente, segundo a qual a legislação acima referida é suscetível de dissuadir um OIC estabelecido noutro Estado-Membro de investir em empresas estabelecidas em Portugal.

40. Com efeito, o requerente não pode deduzir na Alemanha o imposto retido em Portugal, pois, devido à técnica de tributação transparente na Alemanha (v., a este respeito, n.ºs 21 e 22), não é tributado com imposto sobre as sociedades. É certo que, nos termos da CDT entre a Alemanha e Portugal, o requerente pode, a seu pedido, ser reembolsado pelo fisco português de uma parte do imposto retido. Não obstante, os dividendos que lhe são distribuídos pelas sociedades portuguesas estão, em todo o caso, sujeitos ao IRC português, à taxa de 15 %. Em contrapartida, os dividendos pagos por sociedades portuguesas a um OIC residente em Portugal não estão sujeitos a esse encargo.

¹⁵ V., neste sentido, Acórdãos de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 44); de 2 de junho de 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 28); e de 8 de novembro de 2012, Comissão/Finlândia (C-342/10, EU:C:2012:688, n.º 33).

¹⁶ Acórdãos de 30 de janeiro de 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, n.º 42); de 30 de junho de 2016, Riskin e Timmermans (C-176/15, EU:C:2016:488, n.º 29); de 20 de outubro de 2011, Comissão/Alemanha (C-284/09, EU:C:2011:670, n.º 45); e de 20 de maio de 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, n.º 30).

¹⁷ Acórdãos de 30 de janeiro de 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, n.º 43); de 24 de outubro de 2018, Sauvage e Lejeune (C-602/17, EU:C:2018:856, n.º 34); e de 9 de outubro de 2014, van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, n.º 47).

¹⁸ Acórdãos de 30 de janeiro de 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, n.º 45), e de 30 de junho de 2011, Meilicke e o. (C-262/09, EU:C:2011:438, n.º 38).

41. Isso diminui o montante dos rendimentos do capital e, portanto, a rentabilidade do investimento do requerente em empresas portuguesas, o que, considerado isoladamente, seria suscetível de dissuadir o requerente de investir em Portugal. Poderia, assim, ser afirmada a existência de uma restrição à livre circulação de capitais.

42. Ora, como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça no processo que deu origem ao Acórdão Pensioenfonds Metaal en Techniek¹⁹, ao apreciar a questão da restrição da livre circulação de capitais não se deve atender apenas formalmente à isenção de um tipo de impostos. Pelo contrário, há que tomar em consideração todo o contexto fiscal da tributação dos OIC e, portanto, proceder a uma apreciação global (material).

b) Quanto à existência de uma restrição ao considerar globalmente a tributação dos OIC em Portugal

1) Isenção fiscal e tributação segundo outra técnica

43. Uma análise mais aprofundada revela que não existe isenção fiscal dos OIC em Portugal. Pelo contrário, no que respeita aos dividendos que lhes são distribuídos, os OIC estão sujeitos a duas técnicas de tributação diferentes, consoante residam ou não no Estado-Membro da sociedade que distribui os dividendos.

44. Com efeito, resulta do pedido de decisão prejudicial e das observações complementares do órgão jurisdicional de reenvio em resposta às perguntas do Tribunal de Justiça, bem como das observações de Portugal, que, desde 2015, Portugal optou por um regime de tributação específico para os OIC estabelecidos no território nacional.

45. A exclusão dos rendimentos de capital recebidos pelos OIC residentes no país da tributação em IRC foi acompanhada pela introdução de um imposto especial do selo. Como confirmou o órgão jurisdicional de reenvio, o regime fiscal especial previsto no artigo 22.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais para os OIC residentes e o imposto do selo estão ligados. O imposto do selo substituiu a tributação dos dividendos anteriormente efetuada através do IRC. Como confirma o órgão jurisdicional de reenvio, este só incide sobre os OIC residentes em Portugal. Segundo as observações de Portugal, isso destinava-se a instituir uma tributação segundo o princípio da «tributação à saída».

46. Entendo esta regulamentação no sentido de que os dividendos e os outros elementos de ativo recebidos pelos OIC só são onerados pelo imposto sobre os rendimentos quando são distribuídos ao investidor e ao nível deste. Em contrapartida, são entretanto tributados trimestralmente por outro imposto, o imposto do selo. A esse respeito, os factos são muito semelhantes àqueles em que se baseou o Acórdão Pensioenfonds Metaal en Techniek²⁰. Neste, os fundos de pensões nacionais eram tributados, não pelo imposto normal sobre as sociedades mas por um imposto especial sobre os rendimentos de capitais, igualmente derivado dos ativos, que algumas das partes consideravam também um imposto sobre o património²¹.

¹⁹ Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.ºs 29 e segs.).

²⁰ Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.ºs 29 e segs.).

²¹ V., igualmente, sobre este ponto, Conclusões do advogado-geral M. Szpunar no processo Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2015:571, n.º 23).

47. Independentemente da questão de saber se este imposto do selo deve ser considerado, de um ponto de vista dogmático, como sublinha a Comissão, como uma espécie de imposto sobre o património, ou como um imposto especial sobre o rendimento calculado com base no valor global líquido, por ele são também tributados os dividendos que não são redistribuídos (acumulados). As normas fiscais em Portugal distinguem, assim, no caso dos OIC residentes, entre o rendimento de capital acumulado e o que é imediatamente redistribuído. Além disso, este imposto não incide apenas sobre os rendimentos de dividendos acumulados, mas sobre todo o *stock* de capital do OIC. Deste modo, todas as participações são tributadas, não apenas as de empresas portuguesas.

48. E mesmo no que respeita aos dividendos portugueses que são imediatamente pagos aos investidores, o OIC residente é tributado pelo imposto do selo com base nas participações subjacentes a esses dividendos. Ora, o facto de um *stock* de capital muito mais elevado estar sujeito a um imposto muito menos elevado (imposto do selo) e de a distribuição muito mais baixa de dividendos, com base no *stock* de capital, estar sujeita a um imposto mais elevado (15 % sobre o pagamento dos dividendos) é, em minha opinião, apenas uma questão da técnica de tributação. Com efeito, se o *stock* de capital existente se mantiver constante, o imposto do selo também deve ser pago a partir dos rendimentos de dividendos (assumindo que o OIC não tem outros rendimentos). A afirmação reiterada do requerente segundo a qual Portugal não tributa os dividendos pagos a um OIC residente não tem, portanto, fundamento. Com efeito, esta outra técnica de tributação em nada altera o facto de um OIC português estabelecido em Portugal ser tributado pelas suas participações em empresas portuguesas.

49. Isto também distingue este caso, como Portugal corretamente assinala, dos casos que deram origem aos Acórdãos do Tribunal de Justiça nos processos Fidelity Funds²² e Denkavit Internationaal e Denkavit France²³. Nestes, o Estado de origem absteve-se de tributar os OIC residentes, ao passo que, no presente caso, Portugal não se abstém de tributar, mas aplica uma técnica de tributação diferente. Tal como no Acórdão Pensioenfonds Metaal en Techniek²⁴, há também aqui que ter em conta esta outra técnica de tributação para se apreciar a existência de uma restrição.

50. Consequentemente, também os gráficos e os cálculos comparativos hipotéticos indicados pelo requerente são pouco convincentes. O requerente considerou, nomeadamente, que a carga fiscal podia ser facilmente evitada pela interposição de um OIC português. Isto só parcialmente é exato. Embora o OIC intermediário não tivesse de pagar IRC sobre os dividendos, teria de pagar trimestralmente imposto sobre a totalidade do seu *stock* de capital, o que acabaria por reduzir também o rendimento dos investidores nesse OIC, uma vez que esse imposto do selo é pago sobre os rendimentos do OIC. A variante mais favorável depende então do montante do dividendo pago em relação ao *stock* de capital. Nos anos em que a empresa portuguesa não distribui dividendos, a «intermediação» de um OIC residente será desvantajosa do ponto de vista fiscal.

2) *Significado da imputação integral no Estado de residência*

51. A isto acresce uma circunstância que teve pouca atenção nos articulados das partes e que está ligada ao espírito e à finalidade dos OIC.

²² Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.ºs 42 e segs.).

²³ Acórdão de 14 de dezembro de 2006 (C-170/05, EU:C:2006:783, n.ºs 37 e segs.).

²⁴ Acórdão de 2 de junho de 2016 (C-252/14, EU:C:2016:402).

52. Assim, um OIC é um veículo de investimento especial destinado a oferecer aos investidores privados a possibilidade de investirem fundos no mercado de valores mobiliários, sem encargos administrativos acrescidos, beneficiando simultaneamente de uma proteção especial. Isto resulta, nomeadamente, do considerando 3 da Diretiva 2009/65 e da restrição dos OIC a determinadas classes de investimento, das obrigações de informação especiais, da simplificação dos prospets de venda, da elevada transparência dos custos e da sua sujeição a controlos especiais das autoridades de supervisão.

53. Para que os investidores privados aceitem entrar no mercado dos valores mobiliários por intermédio de um OIC, o rendimento não deve ser inferior ao de um investimento direto numa empresa. Consequentemente, a tributação de um OIC está, em regra, configurada de tal forma que, do ponto de vista financeiro, é indiferente para os investidores investirem numa empresa diretamente ou indiretamente como investidores num OIC.

54. A fim de atingir este objetivo, a Alemanha optou, durante os anos em questão, por tratar os OIC como sujeitos passivos transparentes. Ora, isso tem como consequência que a imputação do IRC português ao nível do OIC está, por definição, excluída. Devido a esta técnica fiscal (alemã), só é concebível a imputação ao nível dos investidores. Se esta é efetuada no Estado de residência, no caso em apreço na Alemanha, esse investidor não é dissuadido de investir num OIC que investe em empresas portuguesas.

55. Como salientou o Tribunal de Justiça, a questão da imputação do encargo da retenção na fonte pelo Estado de residência é também um critério determinante para estabelecer a existência de um tratamento desfavorável²⁵. Contudo, se, por razões do sistema fiscal, a imputação não for possível ao nível do OIC e só puder ser feita ao nível dos investidores, então a imputação efetiva ao nível dos investidores é tão relevante como a imputação ao nível do OIC.

56. Logo, se a Alemanha imputar efetivamente o encargo fiscal português (15 %) sobre a dívida fiscal do investidor a nível do imposto sobre o rendimento — o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar —, pode ser assumida, neste caso, no máximo, uma diferença formal de tratamento do OIC, mas não uma diferença material de tratamento dos investidores. Sendo a finalidade do OIC unicamente permitir aos investidores aceder aos investimentos no mercado dos valores mobiliários, apenas a sua perspetiva é determinante.

57. Se, pelo contrário, não houver imputação, existirá um tratamento desigual como resultado da diferença de técnica fiscal. A diferença entre as duas técnicas de tributação reside, em particular, no método de cálculo da matéria coletável (*stock* de capital ou pagamento de dividendos), na taxa nominal de imposto (0,0125 %, quatro vezes por ano, ou 15 %, de uma só vez, em caso de distribuição) e nas modalidades de cobrança do imposto (trimestral ou no momento da distribuição).

58. Quanto à questão de saber se uma legislação de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, constitui uma restrição à livre circulação de capitais, importa em seguida examinar se essa diferença de tratamento fiscal dos dividendos pagos aos OIC, consoante se trate de OIC residentes ou não residentes, leva a tratar os OIC não residentes não apenas de maneira diferente mas também de maneira menos favorável do que os OIC residentes²⁶.

²⁵ Neste sentido, Acórdão de 14 de dezembro de 2006, *Denkavit Internationaal e Denkavit France* (C-170/05, EU:C:2006:783, n.º 44 e segs.).

²⁶ Neste sentido, expressamente, Acórdão de 2 de junho de 2016, *Pensioenfondsen Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 33).

59. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio, que é o único que está em condições de se pronunciar sobre os factos que lhe foram submetidos, apreciar se, no que respeita aos dividendos em causa no caso em apreço, a aplicação da retenção na fonte de 15 % prevista pela CDT conduz a que o requerente suporte, a final, uma carga fiscal mais pesada em Portugal do que a imposta a um OIC residente que se encontre na situação do requerente (ou seja, com os mesmos ativos)²⁷. A este respeito, como o Tribunal de Justiça já declarou, o período relevante é o de cada exercício fiscal²⁸.

2. Conclusão

60. Por conseguinte, se se verificar que o imposto do selo trimestral, que incide não só sobre os dividendos não distribuídos mas também sobre o *stock* de capital, corresponde a uma carga fiscal comparável aos 15 % que oneram os dividendos pagos ao requerente, não há tratamento desfavorável e, portanto, nenhuma restrição existe à livre circulação de capitais. Uma vez que o legislador fiscal tem normalmente alguma margem de manobra na conformação de sistemas fiscais diferentes, deverá ser suficiente, para esse efeito, que o nível de tributação, mesmo não sendo exatamente o mesmo, seja apenas comparável.

61. Neste caso, o pedido do requerente assemelhar-se-ia mais a uma escolha seletiva, uma vez que pretende beneficiar da isenção do IRC, como um OIC residente, mas sem suportar o imposto do selo introduzido como contrapartida da isenção. Deste modo, exige, não um tratamento igual ao de um OIC estabelecido no território nacional mas um tratamento preferencial. Ora, as liberdades fundamentais não visam favorecer a situação transfronteiriça, mas «só» assegurar a igualdade de tratamento²⁹.

62. Em contrapartida, se se verificar que o imposto do selo trimestral conduz, no caso em apreço, a um tratamento fiscal significativamente mais favorável dos OIC residentes, isso é suscetível de dissuadir os OIC não residentes de investirem no Estado-Membro em causa e constitui, portanto, uma restrição à livre circulação de capitais, proibida, em princípio, pelo artigo 63.º TFUE.

C. Justificação da restrição à livre circulação de capitais

63. Nesta última hipótese, há que examinar se esta restrição é justificada. De acordo com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça³⁰, a legislação fiscal nacional que diferencia a tributação de pessoas nacionais e estrangeiras só pode ser considerada compatível com as disposições do Tratado relativas à livre circulação de capitais se a diferença de tratamento que prevê disser respeito a situações que não são objetivamente comparáveis (a este respeito, v. 2, *infra*) ou se a diferença de tratamento for justificada por uma razão imperiosa de interesse geral (a este respeito, v. 3, *infra*). O exame da livre circulação de capitais é orientado pelas outras liberdades fundamentais, tendo em conta as particularidades da livre circulação de capitais (v. 1, *infra*).

²⁷ V., neste sentido, Acórdãos de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 34), e de 17 de setembro de 2015, Miljoen e o. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, n.º 48).

²⁸ Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 41).

²⁹ V., a este respeito, mais detalhadamente, as minhas Conclusões no processo Google Ireland (C-482/18, EU:C:2019:728, n.ºs 35 e segs.); v., também, mais recentemente, as Conclusões do advogado-geral A. Hogan no processo Autoridade Tributária e Aduaneira (Imposto sobre as mais-valias imobiliárias) (C-388/19, EU:C:2020:940, n.ºs 36 e segs.).

³⁰ Acórdãos de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 48); de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 57); de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o. (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 23); e de 6 de junho de 2000, Verkoijen (C-35/98, EU:C:2000:294, n.º 43).

1. Quanto às particularidades da livre circulação de capitais

64. A este respeito, contrariamente às outras liberdades fundamentais, a livre circulação de capitais comporta uma restrição ao seu âmbito de proteção no caso de restrições por força da legislação fiscal. De acordo com o artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE, o disposto no artigo 63.º 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. Isto também é compreensível à luz do seu âmbito de aplicação mais amplo. Diferentemente das outras liberdades fundamentais, a livre circulação de capitais abrange igualmente as situações relativas a Estados terceiros.

65. É jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que esta disposição, por constituir derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, deve ser objeto de interpretação estrita. 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 compatível com Tratado FUE. Com efeito, a derrogação prevista no artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE é, por sua vez, limitada por efeito do artigo 65.º, n.º 3, TFUE, que prevê que as disposições nacionais referidas no n.º 1 desse artigo «não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, tal como definida no artigo 63.º [TFUE]»³¹.

66. Por conseguinte, segundo o Tribunal de Justiça, há que distinguir as diferenças de tratamento autorizadas pelo artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE das discriminações proibidas pelo artigo 65.º, n.º 3, TFUE³². No entanto, na jurisprudência do Tribunal de Justiça permanecem em aberto os critérios pelos quais estas disparidades de tratamento admissíveis [artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE] se podem distinguir da discriminação arbitrária ou da restrição dissimulada proibidas pelo artigo 65.º, n.º 3, TFUE. A este respeito, o Tribunal de Justiça utiliza a fórmula habitualmente aplicável a todas as outras liberdades fundamentais.

67. Nos termos dessa formulação, um regime fiscal nacional só pode ser considerado compatível com as liberdades fundamentais se a diferença de tratamento nele previsto disser respeito a situações que não são objetivamente comparáveis ou se for justificado por uma razão imperiosa de interesse geral³³.

68. Todavia, a questão de saber se, com isso, são suficientemente tidas em conta as referidas particularidades da livre circulação de capitais parece-me duvidosa. Nas suas Conclusões no processo Pensioenfonds Metaal en Techniek³⁴, o advogado-geral M. Szpunar considerava que o Tribunal de Justiça tem em conta estas particularidades devido ao facto de, em princípio, os sujeitos passivos estabelecidos no território nacional e os sujeitos passivos não estabelecidos no

³¹ Acórdãos de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 47); de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 46); e de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, n.ºs 55 e 56 e jurisprudência aí referida).

³² Acórdãos de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 48); de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 47); e de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o. (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 23 e jurisprudência aí referida).

³³ V. apenas — sem pretender ser exaustiva: Acórdãos de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 48); de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 47); de 1 de dezembro de 2011, Comissão/Bélgica (C-250/08, EU:C:2011:793, n.º 51); de 7 de setembro de 2004, Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, n.º 29); e de 6 de junho de 2000, Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294, n.º 43).

³⁴ Conclusões do advogado-geral M. Szpunar no processo Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2015:571, n.º 2).

território nacional não se encontrarem numa situação comparável. Esta conclusão pode ser válida para a jurisprudência anterior, como o Acórdão Schumacker. Foi ainda precisado que, em matéria de impostos diretos, os residentes e os não residentes não se encontram numa situação comparável³⁵.

69. Todavia, se analisarmos a jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça, vê-se sobretudo uma tendência contrária. Precisa-se, assim, que a comparabilidade só é examinada à luz dos critérios de distinção pertinentes estabelecidos pela regulamentação em causa³⁶. Assim, a comparabilidade de uma situação transfronteiriça com uma situação interna é igualmente examinada, no domínio da aplicação da livre circulação de capitais, nas mesmas condições que para as outras liberdades fundamentais: tendo em conta o objetivo prosseguido pelas disposições nacionais em questão³⁷, bem como a sua finalidade e o seu conteúdo³⁸.

70. Todavia, se o Tribunal de Justiça considerar que a «discriminação arbitrária»³⁹ proibida pelo artigo 65.º, n.º 3, TFUE deve ser equiparada à discriminação normal proibida pelas outras liberdades fundamentais no domínio do direito fiscal, as referidas particularidades da livre circulação de capitais em relação ao direito fiscal dos Estados-Membros devem, o mais tardar, ser tidas em conta na ponderação no âmbito da fiscalização da proporcionalidade.

71. A este respeito, considero que a alteração introduzida pelo Tratado de Maastricht⁴⁰ com a inserção do atual artigo 65.º TFUE diminuiu o nível de proteção da livre circulação de capitais relativamente às restrições impostas pela legislação fiscal. Daqui resulta que, nesses casos, deve ser atribuído à livre circulação de capitais um peso menos importante na ponderação com os objetivos de diferenciação dos Estados-Membros do que no âmbito de uma ponderação desses objetivos com as outras liberdades fundamentais⁴¹. Por outras palavras, uma restrição à livre circulação de capitais por disposições fiscais relacionadas com o local de residência pode ser mais facilmente justificada do que, por exemplo, uma restrição à liberdade de estabelecimento. Voltarei a este assunto no contexto da fiscalização da proporcionalidade.

2. Comparabilidade das situações nacionais e estrangeiras

72. Como foi acima recordado, a comparabilidade de uma situação transfronteiriça com uma situação interna deve ser examinada tendo em conta o objetivo prosseguido pelas disposições nacionais em causa, bem como a sua finalidade e o seu conteúdo. A este respeito, só os critérios

³⁵ Acórdão de 14 de fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, n.º 31), confirmado também nos Acórdãos de 22 de dezembro de 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, n.º 38), e de 5 de julho de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, n.º 26).

³⁶ Acórdãos de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 51); de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 49); e de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o. (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 28). No Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, N Luxembourg 1 e o. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, EU:C:2019:134, n.ºs 162 e segs.), o Tribunal de Justiça considera mesmo que uma restrição da livre circulação de capitais existe logo quando uma vantagem de tesouraria é excluída numa situação transfronteiriça, mas é concedida numa situação interna equivalente. Ora, um imposto na fonte implica, *per se*, uma desvantagem de tesouraria em comparação com uma tributação (posterior), mesmo que essa desvantagem seja atenuada por pagamentos antecipados.

³⁷ Acórdãos de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 48), e de 8 de novembro de 2012, Comissão/Finlândia (C-342/10, EU:C:2012:688, n.º 36 e jurisprudência aí referida).

³⁸ Acórdãos de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 48), e de 10 de maio de 2012, Comissão/Estónia (C-39/10, EU:C:2012:282, n.º 51).

³⁹ A existência de uma «restrição dissimulada» na aceção do artigo 65.º, n.º 3, TFUE parece poder ser excluída no caso de uma regulamentação ligada à sede.

⁴⁰ Tratado da União Europeia de 7 de fevereiro de 1992 (JO 1992, C 191, p. 1).

⁴¹ V. as minhas Conclusões no processo Q (C-133/13, EU:C:2014:2255, n.º 48), e Kokott, J., *Das Steuerrecht der Europäischen Union*, Munique, 2018, § 3, n.º 94, *in fine*.

de distinção pertinentes estabelecidos pela regulamentação em causa devem ser tomados em consideração para apreciar se a diferença de tratamento resultante de tal legislação corresponde a uma diferença objetiva de situações⁴².

73. A técnica de tributação assenta aqui num critério de distinção baseado essencialmente na sede do OIC ao qual os dividendos são distribuídos. Por conseguinte, há que examinar se, à luz do objetivo, da finalidade e do conteúdo da regulamentação em causa no processo principal, os OIC residentes e não residentes se encontram numa situação comparável.

74. A este respeito, importa sublinhar que a tributação a que estão sujeitos os OIC residentes prossegue um objetivo diferente do da tributação aplicada aos OIC não residentes. Enquanto os OIC residentes são tributados sobre o seu ativo total calculado com base no seu valor contabilístico líquido total e é aplicada uma taxa fixa de imposto independentemente da distribuição efetiva de dividendos durante o ano fiscal em questão, os OIC não residentes são tributados apenas sobre os dividendos que tenham recebido em Portugal durante esse ano fiscal.

75. Esta técnica de tributação especial parece resultar da finalidade específica dos OIC. Estes destinam-se a oferecer aos investidores privados a possibilidade de investirem no mercado de valores mobiliários, sem encargos administrativos acrescidos, beneficiando simultaneamente de uma proteção especial (v., a este respeito, n.ºs 52 e 53 das presentes conclusões).

76. Ora, um investidor direto só estaria sujeito ao imposto sobre o rendimento no momento em que lhe fossem pagos os dividendos. No entanto, para participar no aumento do valor dos ativos, Portugal parece ter optado por um imposto especial que sujeita todos os ativos dos OIC residentes, quatro vezes por ano, a uma tributação fixa, independentemente de esses ativos gerarem rendimentos, e em especial dividendos. Isto assegura a Portugal receitas fiscais mais baixas mas contínuas, sem ter de esperar pela distribuição aos investidores. Do ponto de vista da tributação em função da capacidade, o imposto do selo tende a penalizar os OIC residentes porque estes têm de suportar um encargo fiscal mesmo que não obtenham nenhuns rendimentos. Daí também a taxa nominal muito baixa do imposto do selo. Em contrapartida, os OIC não residentes só são tributados, a título nominal mas significativamente mais elevado, se a sua capacidade financeira aumentar devido ao pagamento dos dividendos.

77. A este respeito, continua a ser válido o que o Tribunal de Justiça já salientou no processo que deu origem ao Acórdão *Pensioenfonds Metaal en Techniek*⁴³. A tributação dos OIC residentes é exercida por Portugal, na sua qualidade de Estado em que estão estabelecidos esses OIC, que dispõe, a este respeito, de um poder de tributação sobre todos os seus rendimentos e, no caso em apreço, também sobre todo o seu património.

78. Como resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, deve também presumir-se, para efeitos de tributação sobre o património, que a situação de um não residente é diferente da de um residente, uma vez que, regra geral, não só a parte essencial dos seus rendimentos mas também a parte essencial dos seus bens estão concentrados no seu Estado de residência⁴⁴. Por conseguinte,

⁴² Acórdãos de 2 de junho de 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 49), e de 10 de maio de 2012, *Santander Asset Management SGIIC e o.* (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 28).

⁴³ Acórdão de 2 de junho de 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, n.ºs 55 e segs.).

⁴⁴ Acórdão de 5 de julho de 2005, *D.* (C-376/03, EU:C:2005:424, n.º 37).

um contribuinte que detém uma parte não essencial dos seus ativos num Estado-Membro que não é o seu Estado de residência não se encontra, geralmente, numa situação comparável à de um residente nesse outro Estado-Membro⁴⁵. Isto aplica-se igualmente aos OIC.

79. No que se refere ao requerente, que é residente na Alemanha, ao abrigo da CDT celebrada com a Alemanha, Portugal só tem o poder de tributar os rendimentos gerados pelos ativos desse OIC localizados em Portugal. Assim, Portugal tributa os dividendos recebidos pelo OIC não residente, na sua qualidade de Estado da fonte dos dividendos.

80. Dado que, nos termos desta convenção, Portugal não dispõe de poder de tributação sobre os ativos dos OIC não residentes que não se encontrem no seu território, como os que estão em causa no processo principal, a mera circunstância de alguns elementos patrimoniais terem um vínculo com Portugal não pode implicar a tributação de todos os ativos por parte de Portugal.

81. Nestas condições, o objetivo prosseguido pela regulamentação nacional em causa no processo principal, de aplicar a chamada tributação à saída dos investidores em OIC e de tributar só o património do OIC até à distribuição de dividendos, não pode ser atingido relativamente aos OIC não residentes.

82. Este objetivo também não pode ser atingido pela tributação dos dividendos recebidos pelos OIC não residentes segundo o método do imposto do selo (isto é, a tributação do *stock* de capital «português» que lhes pertence). Isto resulta, em última análise, do facto de, por força das regras da CDT com a Alemanha (e das normas gerais da OCDE), os OIC não residentes só poderem ser tributados se lhes forem pagos dividendos.

83. Assim, há que constatar que, à luz do objetivo prosseguido pela legislação nacional, bem como da sua finalidade e do seu conteúdo, um OIC não residente não se encontra numa situação comparável à de um OIC residente.

84. Esta conclusão corresponde igualmente à valoração constante do artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE e ao facto de não haver diferença de tratamento arbitraria proibida pelo artigo 65.º, n.º 3, TFUE. Pode-se certamente criticar o imposto do selo ou considerá-lo estranho por várias razões. No entanto, devido aos limitados direitos de tributação acima referidos, este tratamento diferente dos OIC residentes e não residentes é compreensível e, portanto, não arbitrário, no sentido do artigo 65.º, n.º 3, TFUE.

3. A título subsidiário: razões que justificam uma diferença de tratamento

85. Só na hipótese de o Tribunal de Justiça considerar que a situação é comparável é que há que examinar se a diferença de tributação entre OIC residentes e não residentes é suscetível de ser justificada. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, um regime fiscal nacional pode ser considerado compatível com as regras do Tratado relativas à livre circulação de capitais quando a diferença de tratamento for justificada por razões imperiosas de interesse geral⁴⁶.

⁴⁵ Assim, expressamente, Acórdão de 5 de julho de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, n.º 38).

⁴⁶ Acórdãos de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 48); de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek (C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 47); de 1 de dezembro de 2011, Comissão/Bélgica (C-250/08, EU:C:2011:793, n.º 51); de 7 de setembro de 2004, Manninen (C-319/02, EU:C:2004:484, n.º 29); e de 6 de junho de 2000, Verkooijen (C-35/98, EU:C:2000:294, n.º 43).

86. Neste caso, as razões justificativas podem ser a preservação da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros [v. alínea a), *infra*], a prevenção da não tributação [v. alínea b), *infra*] e a preservação da coerência do sistema fiscal português [v. alínea c), *infra*]. Além disso, a medida (aqui, a técnica de tributação diferente) deve ser proporcionada, ou seja, adequada a garantir a realização do seu objetivo e não ultrapassar o necessário para esse fim [v. alínea d), *infra*].

a) Quanto à justificação relativa à preservação da repartição equilibrada do poder de tributação

87. A repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros é um objetivo legítimo reconhecido pelo Tribunal de Justiça⁴⁷. Este objetivo é expressão da soberania fiscal dos Estados-Membros. Esta comporta o direito de um Estado proteger as suas receitas fiscais, nomeadamente no que respeita aos lucros gerados no seu território (princípio da territorialidade) e o direito de um Estado organizar o seu sistema fiscal de maneira autónoma (princípio da autonomia).

88. É certo que, como sublinha igualmente a Comissão, o Tribunal de Justiça já declarou que quando um Estado-Membro opta por não tributar os OIC residentes beneficiários de dividendos de origem nacional, não pode invocar a necessidade de uma repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros para justificar a tributação dos OIC não residentes beneficiários de tais rendimentos⁴⁸.

89. Ora, este tipo de situações não é aplicável ao caso em apreço. Tal como acima referido, os OIC residentes não estão isentos de todo e qualquer imposto em Portugal, apenas são tributados de forma diferente. Portugal optou por tributar os OIC residentes, numa base trimestral, sobre o valor contabilístico líquido total dos ativos, a uma taxa relativamente baixa. Trata-se de uma decisão que não foi possível desta forma em relação a OIC não residentes. No que respeita a estes últimos, em qualquer caso, segundo os critérios do direito internacional, Portugal só podia ter acesso aos rendimentos provenientes da fonte portuguesa (v., no que respeita a estes últimos, o artigo 10.º da Convenção-Modelo da OCDE ou artigo 10.º da CDT entre a Alemanha e Portugal).

90. Uma carga fiscal diferente daí resultante, tal como uma eventual desvantagem de liquidação inerente a qualquer imposto retido na fonte no momento do pagamento e que não surge apenas após o termo de um dado período tributável (neste caso, três meses), está igualmente coberta por esta razão justificativa.

⁴⁷ Acórdãos de 7 de novembro de 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, n.º 50); de 6 de setembro de 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, n.º 23); de 29 de novembro de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, n.º 45); e de 13 de dezembro de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, n.ºs 45 e 46).

⁴⁸ Acórdãos de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 71); de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 99); de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o. (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 48); e de 20 de outubro de 2011, Comissão/Alemanha (C-284/09, EU:C:2011:670, n.º 78 e jurisprudência aí referida).

b) Quanto à justificação relativa à prevenção da não tributação (ditos «rendimentos brancos») no âmbito de uma cobrança eficaz do imposto

91. Resulta igualmente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a aplicação de uma retenção na fonte enquanto técnica de tributação aos contribuintes não residentes, quando os contribuintes residentes não estão sujeitos a essa retenção na fonte, pode ser justificada pela necessidade de garantir a eficácia da cobrança do imposto⁴⁹. A prevenção da não tributação serve igualmente, em última análise, para a eficácia da cobrança do imposto.

92. A disposição do artigo 14.º, n.º 3, do Código do IRC, que só prevê a sujeição do requerente ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas se e porque no Estado de residência esses rendimentos de dividendos não estão sujeitos a imposto (ou apenas a uma taxa reduzida), visa evitar a não tributação.

93. A retenção do IRC na fonte de um dividendo em detrimento de um OIC estrangeiro também faz parte de uma cobrança eficiente de impostos. Ela impede de maneira simples e efetiva, por exemplo, as estruturas de fundos concebidas de tal forma que nenhum Estado, ou seja, nem o Estado de origem nem o Estado de residência, possa tributar os rendimentos de dividendos ao nível do OIC ou dos seus investidores, gerando assim os ditos «rendimentos brancos».

94. É certo que um imposto na fonte comporta um risco de dupla tributação. Todavia, este risco pode, como no caso em apreço, ser reduzido ou evitado por uma convenção preventiva da dupla tributação.

95. Entretanto, o legislador europeu também atribui um valor particularmente elevado à luta contra a evasão fiscal. Foi por esta razão que adotou a diretiva com disposições destinadas a lutar contra as práticas de evasão fiscal⁵⁰. Aí estão agora também previstas regras para combater os rendimentos brancos, nomeadamente regras sobre a forma de combater assimetrias híbridas (artigo 9.º) e regras gerais para prevenir abusos (artigo 6.º).

96. Por último, o segundo pilar das medidas que a OCDE recomenda para combater a evasão fiscal demonstra igualmente que a luta contra a evasão fiscal se conta entre as razões imperiosas de interesse geral⁵¹. No preâmbulo («Cover Statement») do seu último relatório sobre o procedimento de consulta relativo às suas recomendações com vista à luta contra a evasão fiscal, a OCDE sublinhou que um nível mínimo de tributação contribui para assegurar a equidade e a igualdade entre os sistemas fiscais, para estabelecer um quadro fiscal estável para os novos modelos de negócios e para assegurar o financiamento dos Estados, sublinhando, assim, a sua importância particular para a coletividade⁵².

⁴⁹ Acórdãos de 22 de novembro de 2018, Sofina e o. (C-575/17, EU:C:2018:943, n.º 67), e de 13 de julho de 2016, Brisal e KBC Finance Ireland (C-18/15, EU:C:2016:549, n.º 21); v., neste sentido, Acórdãos de 9 de outubro de 2014, van Caster (C-326/12, EU:C:2014:2269, n.º 46); de 18 de outubro de 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, n.º 39); e de 3 de outubro de 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen (C-290/04, EU:C:2006:630, n.º 35).

⁵⁰ Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno (JO 2016, L 193, p. 1).

⁵¹ Tax challenges Arising from Digitalisation — Report on Pillar Two Blueprint, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/abb4c3d1-en.pdf?expires=1607888140&id=id&accname=guest&checksum=DC286FCCE9A7B15A436A5E3297CD7D78>.

⁵² Tax challenges Arising from Digitalisation — Report on Pillar Two Blueprint, Coverstatement, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/abb4c3d1-en.pdf?expires=1607888140&id=id&accname=guest&checksum=DC286FCCE9A7B15A436A5E3297CD7D78>, pp. 10 e segs.

97. Está em consonância com o que antecede que o objetivo de assegurar uma tributação mínima sobre os OIC não residentes seja considerado uma razão imperiosa de interesse geral, aplicável também a este caso, como demonstra a norma do artigo 14.º, n.º 3, do Código do IRC.

c) Quanto à justificação relativa à preservação da coerência do sistema fiscal

98. Portugal alega igualmente que a aplicação do regime fiscal em causa no processo principal é necessária para preservar a coerência do sistema fiscal português. Com efeito, segundo Portugal, existe um nexo direto entre a isenção da retenção na fonte dos dividendos pagos aos OIC residentes e a tributação trimestral em imposto do selo.

99. O Tribunal de Justiça já declarou que a necessidade de preservar a coerência de um sistema fiscal pode justificar uma regulamentação suscetível de restringir as liberdades fundamentais⁵³. Todavia, segundo jurisprudência constante, para que um argumento baseado nessa justificação possa proceder, é necessário que exista um nexo direto entre a vantagem fiscal em causa e a compensação dessa vantagem através de determinada imposição fiscal, devendo o caráter direto desse nexo ser apreciado à luz do objetivo prosseguido pela regulamentação em causa⁵⁴.

100. O objetivo do imposto do selo, de acordo com as observações de Portugal, é o de que os investidores só sejam tributados mais tarde (nas palavras de Portugal: numa lógica de tributação à saída) e, até lá, tributar o *stock* de capital no OIC *independentemente* da obtenção de dividendos. Este objetivo não poderia ser atingido através de uma tributação dos dividendos no momento do seu pagamento ao OIC. Por isso é que este imposto do selo só foi criado para esses OIC, em 2015, e simultaneamente com a isenção dos rendimentos de capitais do IRC e a eliminação da retenção na fonte.

101. Contrariamente ao que sugerem a Comissão e o requerente, existe, portanto, um nexo suficientemente direto. Isto demonstra-se, desde logo, pela coordenação dos dois impostos em termos de calendário e conteúdo. O facto de a compensação da vantagem não estar prevista no Código do IRC, mas como um substituto equivalente noutra lei fiscal com uma técnica fiscal diferente, não pode pôr em causa a existência de um nexo direto. As teses da Comissão e do requerente revelam uma abordagem muito formal da justificação baseada na preservação da coerência do sistema fiscal. Esta abordagem formal ignora que a justificação se prende não só com a coerência de cada lei fiscal mas também com a coerência do sistema fiscal («régime fiscal») enquanto tal⁵⁵.

102. Ora, um sistema fiscal pode perfeitamente ser composto por vários tipos de impostos e métodos de tributação. Se estas diferentes vantagens e desvantagens estão, portanto, materialmente ligadas — aqui, a génese da amplificação do imposto do selo quando foi aprovado o Estatuto dos Benefícios Fiscais mostra-o muito claramente —, não importa se a vantagem e a desvantagem diretas estão previstas na mesma lei ou «apenas» no mesmo sistema fiscal.

⁵³ Acórdãos de 21 de junho de 2018, *Fidelity Funds e o.* (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 79); de 10 de maio de 2012, *Santander Asset Management SGIIC e o.* (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 50); e de 23 de outubro de 2008, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt* (C-157/07, EU:C:2008:588, n.ºs 43 e 44).

⁵⁴ Acórdãos de 21 de junho de 2018, *Fidelity Funds e o.* (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 80); de 10 de maio de 2012, *Santander Asset Management SGIIC e o.* (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 51); e de 27 de novembro de 2008, *Papillon* (C-418/07, EU:C:2008:659, n.º 44).

⁵⁵ Assim, em todo o caso, na tradução alemã da jurisprudência recente: Acórdãos de 21 de junho de 2018, *Fidelity Funds e o.* (C-480/16, EU:C:2018:480, n.ºs 83 e segs.); de 12 de junho de 2018, *Bevola e Jens W. Trock* (C-650/16, EU:C:2018:424, n.º 51); de 21 de dezembro de 2016, *Comissão/Portugal* (C-503/14, EU:C:2016:979, n.º 62); de 30 de junho de 2016, *Feilen* (C-123/15, EU:C:2016:496, n.º 29); e de 17 de dezembro de 2015, *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, n.º 45).

d) Respeito do princípio da proporcionalidade

103. Atendendo a que são procedentes as justificações relativas à preservação da repartição equilibrada do poder de tributação, à cobrança eficaz do imposto a fim de evitar a não tributação e à preservação da coerência do sistema fiscal, há que examinar se, no caso concreto, a limitação da possibilidade de isenção da retenção na fonte apenas aos OIC residentes em Portugal é adequada e não excede o que é necessário para atingir esses objetivos⁵⁶. Penso que sim.

104. Por um lado, considerando a falta de autonomia fiscal face ao património líquido total dos OIC não residentes, não se pode considerar existir neste caso qualquer outra tributação igualmente adequada, equivalente à resultante da retenção na fonte efetuada sobre os pagamentos de dividendos. Isto é demonstrado, desde logo, pelo facto de o artigo 10.º, n.º 2, terceiro período, da Convenção-Modelo da OCDE reconhecer ao Estado da fonte o direito de tributar o beneficiário dos dividendos, a par do direito de tributar a sociedade distribuidora. Daqui resulta, com efeito, que pelo menos os Estados da OCDE consideram que a tributação destes dividendos pelo Estado da fonte constitui, *a par* da tributação dos lucros da empresa portuguesa, um meio adequado e necessário para repartir equitativamente as receitas fiscais entre os Estados.

105. A tributação de todo o ativo líquido dos OIC não residentes, a seu pedido (direito de opção), seria igualmente adequada, considerando a dupla tributação daí resultante, mas não seria uma medida menos severa. Assim, não há que abordar aqui a questão, suscitada com razão pelo advogado-geral A. Hogan⁵⁷, de saber se deve ser mantida a jurisprudência do Tribunal de Justiça⁵⁸ segundo a qual a existência de um direito de opção não é, em caso algum, apta a impedir uma desigualdade de tratamento.

106. É também discutível que uma tributação análoga, mas limitada, do *stock* de capital das OIC não residentes — limitada ao valor líquido das participações portuguesas de que derivam os dividendos acumulados — constitua um meio menos restritivo. Com efeito, isso exigiria aos OIC não residentes que organizassem o balanço de acordo com o direito português, para determinarem um valor contabilístico líquido total correspondente. Em todo o caso, tal solução não seria igualmente eficaz, uma vez que o registo e controlo fiscal dos OIC não residentes é muito mais difícil do que a retenção do imposto na fonte no momento do pagamento de dividendos a um OIC não residente.

107. Logo, no caso concreto, apenas é determinante a ponderação entre a liberdade de circulação de capitais do requerente e as razões imperiosas de interesse geral. Neste contexto — como referido nos n.ºs 64 e seguintes das presentes conclusões — importa ter em conta, por um lado, que deve ser atribuído um peso menor à livre circulação de capitais ao apreciar os objetivos de diferenciação dos Estados-Membros. Por outro lado, a garantia de uma tributação mínima, a execução efetiva dos direitos de tributação e uma repartição equilibrada dos poderes de tributação fazem parte dos interesses gerais centrais, uma vez que se destinam a financiar os serviços do Estado. Sem uma base tributária suficiente, o Estado não pode desempenhar as suas atribuições e funções.

⁵⁶ Acórdãos de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 64); de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 56); e de 17 de dezembro de 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, n.º 29).

⁵⁷ Conclusões do advogado-geral A. Hogan no processo Autoridade Tributária e Aduaneira (Imposto sobre as mais-valias imobiliárias) (C-388/19, EU:C:2020:940, n.º 73).

⁵⁸ V. Acórdãos de 18 de março de 2010, Gielen (C-440/08, EU:C:2010:148, n.ºs 49 a 54, com uma fundamentação notável), e de 8 de junho de 2016, Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412, n.º 42). V., também, Acórdão de 12 de junho de 2018, Bevola e Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, n.ºs 25 e segs.), onde o Tribunal de Justiça, pelo menos, avalia sucintamente se uma possibilidade de escolha poderia pôr em causa a desigualdade de tratamento.

108. No caso em apreço, a estes interesses juridicamente protegidos apenas se contrapõem ligeiras desvantagens para o requerente. Ou, como no caso em apreço para os investidores residentes na Alemanha, o encargo fiscal português é imputado na sua dívida fiscal, pelo que estes não são dissuadidos de investir. Ou, na pior das hipóteses, haverá dupla tributação económica (por um lado, o IRC português ao nível do OIC à taxa de 15 % e, por outro, o imposto sobre o rendimento estrangeiro ao nível do acionista estrangeiro). É certo que isso torna o investimento em OIC não residentes com participações de empresas portuguesas um pouco menos atrativo.

109. Mas, em primeiro lugar, esta dupla tributação deve ser resolvida através de um acordo entre os Estados envolvidos e não unilateralmente, através de liberdades fundamentais, em detrimento de Portugal. Em segundo lugar, esta desvantagem é de qualquer forma mitigada, ou mesmo integralmente compensada, pela não tributação trimestral em sede de imposto do selo.

110. A isto acresce o facto de o requerente ser tributado com base na sua capacidade contributiva medida pelo montante dos seus ganhos financeiros, pelo que não há tributação da própria empresa, ao contrário do que acontece no caso de um OIC residente. Além disso, a tributação em Portugal está ligada ao facto de o requerente no processo principal não ser tributado ou de o ser pouco no Estado de residência. Acresce que a carga fiscal já é reduzida pela CDT entre a Alemanha e Portugal.

111. Assim, após ponderação de todos estes elementos, as justificações baseadas na preservação da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados-Membros, na aplicação efetiva dos direitos de tributação e na preservação da coerência do sistema fiscal português prevalecem sobre o interesse do requerente em ficar isento do IRC tal como os OIC residentes, ficando, simultaneamente, ao contrário dos OIC residentes, isento de imposto do selo.

e) Resultado da análise da justificação

112. Por conseguinte, a restrição à livre circulação de capitais que eventualmente decorra das disposições do direito português na sua articulação (sujeição dos OIC não residentes ao IRC em caso de não tributação no estrangeiro nos termos do artigo 14.º, n.º 3, do Código do IRC, isenção de IRC para os OIC residentes de acordo com o artigo 22.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais e tributação simultânea em sede de Código do Imposto do Selo) é, em qualquer caso, justificada.

VI. Conclusão

113. Por conseguinte, proponho se responda do seguinte modo às questões prejudiciais submetidas pelo Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD) (Portugal):

O artigo 63.º TFUE não se opõe à legislação nacional que impõe a aplicação de retenção na fonte aos dividendos distribuídos por uma sociedade residente, quando esses dividendos são distribuídos a um organismo de investimento coletivo não residente que não está sujeito ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas no seu Estado de residência. O mesmo é aplicável quando esses dividendos, se distribuídos a um organismo de investimento coletivo residente, não estão sujeitos ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas, mas são objeto de outra técnica de tributação destinada a assegurar que só em caso de redistribuição ao investidor

haja lugar à tributação do rendimento correspondente, e, até esse momento, é aplicada uma tributação trimestral sobre a totalidade do património líquido do organismo de investimento coletivo residente.