



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

RETENÇÃO E LIBERDADE?

**UMA ANÁLISE À COMPATIBILIDADE DO REGIME FISCAL
DOS DIVIDENDOS DISTRIBUIDOS A ORGANISMOS DE
INVESTIMENTO COLETIVO COM A LIBERDADE DE
CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS**

Luis Pereira Pinto Ortiz de Montellano

Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal

Sob a Orientação do Professor Doutor Bruno Aniceto da Silva

Lisboa, Maio de 2022

Sim, à beira do vazio compreendeu o mais importante — miou Zorbas.

— Ah, sim? E o que é que ela compreendeu? — perguntou o humano.

— Que só voa quem se atreve a fazê-lo.

Luis Sepúlveda

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, pela disponibilidade que demonstrou.

À minha família, por tomarem as rédeas quando eu as largo.

À Maria Forte Vaz, sem a qual este tema não teria surgido.

À Constança Ferreira Santos, chefe que se tornou amiga, pela ajuda e paciência que estabilizam os incautos.

Ao João Maria Magalhães, companheiro de tantas lutas, pelos exageros que nos fazem descer a terra.

À Kika, razão pela qual tudo isto vale a pena.

GLOSSÁRIO

CAAD – CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA

CEE – TRATADO DE ROMA

CIRC - CÓDIGO DO IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO DAS PESSOAS COLETIVAS

CIRS – CÓDIGO DO IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO DAS PESSOAS SINGULARES

CIS – CÓDIGO DO IMPOSTO DO SELO

CMVM – COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS

CVM - CÓDIGO DOS VALORES MOBILIÁRIOS

EBF – ESTATUTO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS

EEE - ESPAÇO ECONÓMICO EUROPEU

IRC – IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO DAS PESSOAS COLETIVAS

IRS – IMPOSTO SOBRE O RENDIMENTO DAS PESSOAS SINGULARES

IS – IMPOSTO DO SELO

OIC – ORGANISMO(S) DE INVESTIMENTO COLETIVO

RGOIC - REGIME GERAL DOS ORGANISMOS DE INVESTIMENTO COLETIVO

TFUE – TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

TGIS – TABELA GERAL DO IMPOSTO DO SELO

TJUE – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

UE - UNIÃO EUROPEIA

ÍNDICE

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	7
I. A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS E PAGAMENTOS	9
A. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS E PAGAMENTOS.....	10
B. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 63.º TFUE.....	11
C. RESTRIÇÕES, VIOLAÇÕES E JUSTIFICAÇÕES	15
II. OS ORGANISMOS DE INVESTIMENTO COLETIVO NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA	20
A. O ENQUADRAMENTO LEGAL DADO AOS ORGANISMOS DE INVESTIMENTO COLETIVO	21
B. O TRATAMENTO FISCAL DADO AOS ORGANISMOS DE INVESTIMENTO COLETIVO	26
III. O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DA PROBLEMÁTICA DA TRIBUTAÇÃO PORTUGUESA DOS ORGANISMOS DE INVESTIMENTO COLETIVO.....	35
A. A JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA.....	35
B. O ACÓRDÃO TJUE ALLIANZGI-FONDS AEVN.....	37
C. UMA ABORDAGEM ALTERNATIVA: AS CONCLUSÕES DA ADVOGADA GERAL NO PROCESSO C-545/19.....	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
BIBLIOGRAFIA CITADA	49
DECISÕES JURISPRUDENCIAIS CITADAS	52
CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA.....	52
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA.....	52

Considerações iniciais

O mercado globalizado e a crescente literacia económica¹ da população dão azo a novas formas de remuneração por parte de uma parcela importante da população. Nesse âmbito, figuras como os fundos de investimento permitem aos investidores mitigar o risco ao diversificarem o seu portefólio e conferem acesso a ativos anteriormente inacessíveis dado o seu elevado valor.

Nesta medida, abrem-se portas a novas formas de investimento permitindo o acesso a diferentes fontes de rendimento à generalidade da população. Tal facto gera novos obstáculos nos ordenamentos fiscais, não desenhados para combater os diferentes desafios que o mundo globalizado oferece nos dias de hoje. De forma a mitigar os entraves que essas novas situações geram, é necessário existir uma compatibilização dos diferentes sistemas jurídico-fiscais dos Estados-Membros com o direito primário e derivado da UE. Por conseguinte, torna-se essencial conhecer e respeitar as liberdades fundamentais estabelecidas no TFUE.

A presente dissertação pretende analisar o regime de tributação sobre dividendos distribuídos a OIC, em sede de IRC, com especial incidência nas diferenças de tratamento em virtude da residência e a sua eventual desconformidade com a liberdade de circulação de capitais prevista no artigo 63.º TFUE.

Em primeiro lugar, far-se-á o enquadramento da liberdade de circulação de capitais no âmbito dos ordenamentos tributários europeus. Uma vez que o TFUE “*não concretiza o que deve ser entendido como circulação de capitais*”² iremos focar a análise na sua definição para, de seguida, descortinar a sua incidência e os limites que os Estados-Membros lhe poderão impor. Para tal, recorreremos quer às disposições do TFUE quer a diversas decisões do TJUE que trataram este tema.

¹ Não obstante não ser objeto de análise na presente dissertação, o tema do crescimento da literacia económica e financeira não pode deixar de ser tido em conta para enquadrar os desafios aos quais se devem adaptar os ordenamentos jurídico-fiscais. Para uma análise aprofundada sobre a evolução dos conhecimentos económico-financeiros da população, vide, por exemplo, POMBO, MIGUEL MARIA CAETANO, *Literacia Económica – Um Survey*. Tese Mestrado em Economia da Empresa e da Concorrência – ISCTE, Business School – Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2017.

² NOGUEIRA, JOÃO FÉLIX PINTO, *Direito Fiscal Europeu - O Paradigma da Proporcionalidade. A proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

De seguida, incidir-se-á a análise na tributação dos dividendos distribuídos a OIC, designadamente os fundos de investimento, começando por enquadrar estes veículos de investimento no panorama jurídico para, de seguida aprofundar o seu regime de tributação nomeadamente a previsão do artigo 22.º EBF especificando as diferenças tributárias consoante se trate de um OIC residente ou não residente, em território português³. De forma a concretizar os diferentes tipos de tributação destas situações, iremos descrever o regime de retenção na fonte de IRC, a título definitivo, aplicável a fundos de investimento não residentes e a isenção de que beneficiam os fundos de investimento residentes em virtude da sua tributação em sede de IS bem como a sua sujeição às taxas de tributação autónoma, de modo a aferir a comparabilidade das duas situações.

Finalmente, procurar-se-á incidir o estudo na análise de decisões jurisprudenciais de relevo para o tema. Nesse âmbito, tratar-se-á em especial decisões arbitrais nas quais esse problema tenha sido suscitado. Dada a publicação do Acórdão TJUE AllianzGI-Fonds AEVN, proferido no âmbito do processo C-545/19, no qual, em substância, o TJUE, abordou os temas relevantes para a resolução desta problemática, a presente dissertação terminará com o estudo do mesmo atendendo às diferentes posições aí vertidas. Esta avaliação permitirá aferir da compatibilidade do regime tributário português aplicável aos OIC com a liberdade de circulação de capitais do TFUE.

Porém, tal como ensina Tocqueville, *“sei que, apesar dos meus cuidados, nada será mais fácil do que criticar este livro, se porventura alguém pensar um dia em fazê-lo. [...] Por conseguinte, gostaria que me concedessem o favor de me lerem animados pelo mesmo estado de espírito que presidiu ao meu trabalho e que julgassem este livro pela impressão geral que ele causa e que me decidiu precisamente a escrevê-lo, não por este ou aquele motivo, mas por todo um conjunto de razões”*⁴.

³ De ora em diante, a classificação de residente e não residente terá por referência o território português.

⁴ Tocqueville, Alexis. Da Democracia na América, Principia, 2007.

I. A liberdade de circulação de capitais e pagamentos

O desenvolvimento dos sistemas fiscais nacionais, cujo corolário último é a satisfação das necessidades do Estado, foi, durante séculos, orientado para aqueles que dele beneficiavam. Com efeito, conforme observa João Félix Nogueira “*tais regras foram, na sua maioria, pensadas e esboçadas para serem aplicadas aos sujeitos de que beneficiavam dos bens públicos fornecidos directamente pelos Estados: os residentes*”⁵. No entanto, com a criação de novas formas de organização política transnacionais – como a criação da UE - e o conseqüente crescimento das trocas transfronteiriças tornou-se necessário regular estas situações, o que levou à assunção de certas obrigações pelos respetivos Estados-Membros, através dos tratados fundamentais.

No âmbito desses instrumentos estipulam-se quatro liberdades fundamentais (liberdade de circulação de bens, liberdade de circulação de trabalhadores, liberdade de estabelecimento e liberdade de circulação de capitais e pagamentos) sobre as quais assenta o Direito da UE que “*constituem princípios orientadores de toda a atuação da EU e vinculativas para os seus Estados-membros*”⁶, aplicáveis às normas jurídico-fiscais, não obstante a soberania tributária de que os Estados-Membros ainda beneficiam, conforme tem sido determinado pelo TJUE⁷.

Deste modo, torna-se indispensável a determinação das liberdades fundamentais e o confronto com as normas internas para aferir da sua compatibilidade.

A liberdade de circulação de capitais e pagamentos, prevista no artigo 63.º TFUE implica a proibição de “*todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros*”.

Ora, tal como referido anteriormente, e conforme tem sido avançado pela doutrina e jurisprudência, “*quando se trata de densificar conceitualmente o âmbito normativo da liberdade de circulação de capitais observa-se a inexistência de uma definição deste conceito*”⁸.

⁵ FELIX NOGUEIRA, João, ob. cit.

⁶ CAETANO FERREIRA, André, *A compatibilidade de normas fiscais nacionais com a dimensão externa da liberdade de circulação de capitais* in Revista Eletrónica da Fiscalidade da AFP, Ano I, número 2, 2019.

⁷ Neste sentido apontam-se as decisões, entre outros, dos acórdãos do TJUE Avoir Fiscal proferido no âmbito do processo C-270/83 e TJUE Wielockx” proferido no âmbito do processo C- 80/94.

⁸ Tal como avança a Decisão CAAD, proferida no âmbito do processo 90/2019-T.

Ou seja, sem prejuízo de prever a proibição de qualquer restrição, o TFUE não avança com um significado claro do que deve ser entendido por circulação de capitais, tornando-se exigível a sua densificação para melhor compreensão do problema em causa.

a. Enquadramento histórico da liberdade de circulação de capitais e pagamentos

Ao contrário das restantes liberdades fundamentais, o desenvolvimento da liberdade de circulação de capitais e a sua efetivação na ordem jurídica comunitária foi menos rápido e acentuado, tendo conhecido diversas realidades até chegar ao ponto em que se encontra.

Com efeito, previa o n.º 1 do artigo 67.º CEE, assinado em 1957, que instituía a UE, que os Estados-Membros deveriam progressivamente abolir entre si todas as restrições nos movimentos de capitais que pertencessem a residentes desses Estados-Membros, bem como quaisquer discriminações com base na nacionalidade ou local de residência, ou no lugar onde o capital fosse investido. Estes objetivos eram igualmente confirmados pelo artigo 68.º, ao indicar aos Estados-Membros que adotassem uma postura de liberalização nas matérias reguladas pelo capítulo respeitante à circulação dos capitais⁹.

Nos termos do artigo 69.º, o CEE autorizava, igualmente, o Conselho a adotar Diretivas que consubstanciassem a proteção a esta liberdade fundamental.

Face a estas circunstâncias, e uma vez que o CEE não previa expressamente a proibição de restrições à liberdade de circulação de capitais, foi adotada a primeira Diretiva de implementação do artigo 67.º CEE, em 1960, subsequentemente alterada pela Diretiva 63/21/EEC, em 1962. Tais Diretivas dividiam os movimentos de capitais em

⁹ Os efeitos do artigo 67.º CEE foram alvo de densificação no Acórdão TJUE Casati proferido no âmbito do processo 203/80. Com efeito, conforme avança Usher, “*It has been seen that Article 67 differed from the other freedoms laid down by the Treaty in that it was not drafted in absolute terms. It does not require restrictions on the movement of capital simply to be abolished; rather it requires them to be abolished “to the extent necessary to ensure the proper functioning of the common market”*”. USHER, John A. in *The Evolution of the Free Movement of Capital*. Fordham International Law Journal, Volume 31, Issue 5, 2007.

quatro listas (A, B, C e D)¹⁰ atribuindo-lhes diferentes graus de importância no que respeitava à obrigação de os Estados-Membros os liberalizarem.

Sem prejuízo da implementação destas medidas, o processo que levou à “*liberalização completa dos movimentos de capitais*”¹¹ apenas conheceu um significativo avanço em 1988, com a publicação da Diretiva 88/361/CEE. Com efeito, nos termos do n.º 1 do artigo 1.º, passou a prever-se a obrigação dos Estados-Membros suprimirem “*as restrições aos movimentos de capitais efetuados entre pessoas residentes nos Estados-Membros*”. De forma a facilitar a sua aplicação, a Diretiva avança também, no Anexo I, com uma lista de situações que devem estar incluídas no escopo de aplicação do artigo 1.º, não se pretendendo que a mesma tivesse um carácter exaustivo.¹²

A Diretiva 88/361/CEE foi abandonada em 1994 com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht. Na realidade, conforme descreve Christiana HJI Panayi, “*Council Directive 88/361 was withdrawn when the Maastricht Treaty entered into force, introducing the new version of the free movement of capital under article 73B*”¹³. Na vigência do Tratado, foi ainda conferido efeito direto às regras previstas neste artigo¹⁴.

Posteriormente, esta disposição foi renumerada como artigo 56.º, assumindo finalmente a forma do artigo 63.º TFUE, aplicável aos dias de hoje.

b. Âmbito de aplicação do artigo 63.º TFUE

O âmbito de aplicação das disposições respeitantes à liberdade de circulação de capitais pode ser dividido em quatro grandes vetores que devem ser analisados de forma a

¹⁰ No âmbito das listas presente nos anexos da Diretiva, os Estados-Membros deveriam adotar a liberalização incondicional nas situações previstas nas listas A e B, podendo restringir os movimentos de capitais da lista C, caso a não restrição significasse um obstáculo aos seus objetivos de política económica. Pelo contrário, no que concerne os elementos da lista D, as Diretivas não impunham qualquer adoção de medidas.

¹¹ Tal como referido no ponto 17 do Acórdão TJUE Bordessa, proferido no âmbito dos processos C-358/93 e C-416/93.

¹² O carácter exemplificativo da lista anexa à Diretiva foi confirmado pelo TJUE no Acórdão Trummer e Mayer, proferido no âmbito do processo C-222/97, designadamente no ponto 21 tendo o Tribunal determinado que a “*nomenclatura dos movimentos de capitais que lhe está anexa conserva o valor indicativo que tinha antes da sua entrada em vigor para efeitos da definição do conceito de movimentos de capitais, dado que, de acordo com a sua introdução, a lista que contém não apresenta natureza exaustiva*”.

¹³ PANAYI, Christiana HJI, *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge University Press, 2021.

¹⁴ Cf. Pontos 41 e seguintes do Acórdão TJUE Sanz de Lera, proferido no âmbito dos processos C-163/94, C-165/94 e C-250/94, nos quais se determina que a proibição é “*clara e incondicional, que não exige qualquer medida para a sua aplicação*”.

destrinçar este conceito. São estes os âmbitos de aplicação pessoal, territorial, material e a relação desta liberdade com as demais.

A liberdade de circulação de capitais apresenta características únicas no que respeita ao seu âmbito de aplicação pessoal e territorial por não se encontrarem limitados apenas a cidadãos e entidades residentes na União, mas estender-se a sujeitos residentes quer no EEE quer em estados terceiros. A extensão a residentes do EEE decorre dos artigos 40.º a 45.º e do Anexo II do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu. Quanto aos estados terceiros, a aplicação desta liberdade fundamental foi já amplamente discutida no seio do TJUE¹⁵ tendo sido decidido que poderiam existir diferenças de tratamento nesses casos, permitindo-se aos Estados-Membros “*demonstrar que uma restrição dos movimentos de capitais com destino ou provenientes de países terceiros se justifique por uma determinada razão em circunstâncias em que essa razão não seria susceptível de constituir uma justificação válida para uma restrição aos movimentos de capitais entre Estados-Membros*”¹⁶. Desta decisão retira-se, igualmente, que a proibição de restrições a este tipo de movimentos deve ser aferida quer nas entradas quer nas saídas de capital dos Estados-Membros.

Apesar da densificação do âmbito de aplicação pessoal desta liberdade fundamental já ter sido objeto de inúmeras decisões pela jurisprudência comunitária, o que permitiu um enquadramento solidificado sobre o seu conceito, o Tribunal não foi ainda definitivo sobre a existência de efeito horizontal direto destas disposições do Tratado. Com efeito, tal como referem Steiblyte e Tomkin, “*in some instances, MS have sought to defend claims of an alleged breach of the free movement of capital, by arguing that a contested measure was adopted within a private law framework (e.g. law of private companies) and could not therefore be imputed to the state. However, such attempts have failed where the exercise of contested private prerogatives was linked to or made possible by particular public law measures. As such, it was possible to determine those cases without making a position on the horizontal effect of Article 63 TFEU*”¹⁷.

¹⁵ Conforme se observa no Ponto 18 do Acórdão TJUE Sandoz, proferido no âmbito do processo C-439/97, tendo o Tribunal determinado que “*a proibição constante do artigo 73º-B, n.º 1 do Tratado abrange quaisquer restrições aos movimentos de capitais entre os Estados-Membros e entre os Estados-Membros e os países terceiros*”.

¹⁶ A este respeito veja-se os acórdãos do TJUE, proferidos no âmbito dos processos C-101/05 e C-446/04.

¹⁷ STEIBLYTE, Audrone e TOMKIN, Jonathan *in Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2019.

Nestes termos, constata-se que a liberdade de circulação de capitais deve ser aplicada à entrada e saída de movimentos de capitais por residentes da União, do EEE e de países terceiros.

No que diz respeito ao âmbito material da liberdade de circulação de capitais, ou seja, aquilo que deve ser entendido como capital para efeitos da proibição das suas restrições, observamos que o Tratado não fornece uma definição para esse conceito. Nesse sentido, importa recorrer à jurisprudência comunitária para densificá-lo.

Embora seja comumente atribuído à movimentação de dinheiro, o Tribunal tem entendido que este conceito deve ser interpretado de maneira lata, incluindo recursos em espécie¹⁸.

Por outro lado, tal como determinado no Acórdão TJUE Trummer e Mayer, proferido no âmbito do processo C-222/97, “*na medida em que o artigo 73.º-B do Tratado CE retomou, no essencial, o conteúdo do artigo 1.º da Directiva 88/361, e embora esta tenha sido adoptada com base nos artigos 69.º e 70.º, n.º 1, do Tratado CEE, entretanto substituídos pelos artigos 73.º-B e seguintes do Tratado CE, a nomenclatura dos movimentos de capitais que lhe está anexa conserva o valor indicativo que tinha antes da sua entrada em vigor para efeitos da definição do conceito de movimentos de capitais [...]*”¹⁹. Ou seja, uma vez que o texto da disposição legal não foi substancialmente alterado, deve continuar a ser utilizada a lista anexa à Directiva 88/361/CEE para efeitos de determinação do que é capital, na aceção do TFUE.

No entanto, o carácter interpretativo destas disposições significa que outras realidades possam ser consideradas capital. Com efeito, por diversas vezes, teve o Tribunal²⁰ de se debruçar sobre esse conceito tendo determinado aplicarem-se as normas de protecção da circulação de capitais, entre outros, à distribuição de dividendos²¹, investimentos

¹⁸ Exemplo disso é o Acórdão TJUE Nagy, proferido no âmbito do processo C-583/14, cuja análise incidiu sobre veículos automóveis tendo sido considerado estar-se perante a liberdade de circulação de capitais (cf. Ponto 23).

¹⁹ Cf. Ponto 21 do Acórdão TJUE Trummer e Mayer, proferido no âmbito do processo C-222/97.

²⁰ Em sentido contrário, pronunciou-se o Tribunal sobre o transporte de dinheiro entre Estados-Membros, no Acórdão TJUE Sanz de Lera, proferido no âmbito dos processos C-163/94, C-165/94 e C-250/94, não considerando tratar-se de movimentos de capitais.

²¹ Cf. Acórdão TJUE Verkooijen, proferido no âmbito do processo C-35/98.

diretos²², investimentos em fundos comuns de investimento²³, mais valias imobiliárias²⁴ e concessão de empréstimos²⁵.

Assim, deve o conceito de capital ser interpretado em consonância com o Anexo à Diretiva 88/361/CEE, existindo a possibilidade de outras realidades serem abrangidas, desde que se encontrem relacionadas com as situações aí previstas.

Considerando a multiplicidade de cenários que podem ocorrer nas situações transfronteiriças, por diversas vezes existe sobreposição de liberdades fundamentais²⁶, sendo que o TJUE já se pronunciou²⁷, considerando que em casos de desconformidade de uma legislação nacional com várias liberdades fundamentais, deve o problema ser exclusivamente analisado à luz da liberdade principalmente afetada.

Neste sentido, como avança Catherine Barnard, *“there has been sufficient case law on Article 63 TFEU to identify five areas of national rules where the Court tends to apply the capital provisions alone”* dividindo-as nas seguintes categorias²⁸: (1) *“Property purchase and investment”*; (2) *“Currency and other financial transactions”*; (3) *“Loans, Investments in companies especially where the national rule affects those who do not have a dominant interest in the company”*; (4) *“The “golden share” cases – i.e., cases involving newly privatized companies in sensitive sectors such as energy where the state’s golden share enables it to retain a degree of influence over the activities if the company”*.

Por outro lado, a autora refere ainda que o Tribunal tem aplicado o artigo 63.º TFUE, por referência ao tratamento fiscal de certos movimentos de capitais, nomeadamente no que concerne às transações de imóveis, investimentos e donativos.

Definido o âmbito de aplicação da liberdade de circulação de capitais, importa conhecer as restrições que o mesmo impõe e as justificações que permitem a sua violação pelos Estados-Membros.

²² Cf. Acórdão TJUE Comissão v. Países Baixos, proferido no âmbito dos processos C-282/04 e C-283/04.

²³ Cf. Acórdão TJUE VBV – Vorsorgekasse AG, proferido no âmbito do processo C-39/11.

²⁴ Cf. Acórdão TJUE Hollmann, proferido no âmbito do processo C-443/06.

²⁵ Cf. Acórdão TJUE Fidium Finanz AG, proferido no âmbito do processo C-452/04.

²⁶ Tal facto foi evidenciado no Acórdão TJUE Casati, proferido no âmbito do processo C-203/80.

²⁷ Cf. Acórdão TJUE X & Y, proferido no âmbito do processo C-200/98.

²⁸ BARNARD, Catherine. *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*. Oxford University Press.

c. Restrições, violações e justificações

A formulação inicial do artigo 67.º CEE referia a abolição progressiva das restrições aos movimentos de capitais bem como qualquer discriminação, com base na nacionalidade ou local de residência das partes. Conforme referido anteriormente, essa disposição foi posteriormente substituída pelo artigo 63.º TFUE, abandonando-se a referência às discriminações, inicialmente previstas. No entanto, tal como defende Catherine Barnard “*the Court has used both the discrimination model and the restrictions model to eliminate the measures which interfere with the free movement of capital, even in respect of decisions based on the post-Maastricht version of Article 63(1) TFEU*”²⁹.

Ou seja, nos termos do Tratado são proibidas as medidas passíveis de dissuadir ou desencorajar os sujeitos passivos de obter empréstimos ou realizar investimentos no espaço da União. Para além disso, a adoção de medidas que dificultem essas transações, tornando-as menos atrativas, podem igualmente ser abrangidas pelo escopo do artigo 63.º, tal como já foi enunciado pelo TJUE³⁰. Dada a abrangência das disposições do Tratado, são abundantes os exemplos do tipo de medidas consideradas contrárias às suas normas³¹.

Porém, tal como acontece com as outras liberdades fundamentais, a liberdade de circulação de capitais não é absoluta, permitindo-se que a mesma possa ser restringida, fundamentalmente, em três situações, interpretadas de forma estrita³²: 1) os sujeitos passivos não se encontrem em situações comparáveis por referência ao seu lugar de residência ou o lugar onde o capital é investido; 2) as medidas sejam necessárias para impedirem infrações às normas do Estado-Membro, influenciarem os processos de informação administrativa ou estatística ou serem tomadas por razões de ordem ou segurança pública e; 3) as medidas restritivas sejam justificadas por uma razão imperiosa de interesse público.

Com efeito, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 65.º TFUE, os Estados-Membros podem aplicar normas de direito fiscal que “*estabeleçam uma distinção entre*

²⁹ BARNARD, Catherine, Ob. cit.

³⁰ Veja-se como exemplo o Acórdão TJUE Barbier, proferido no âmbito do processo C-364/01.

³¹ Para melhor densificação deste assunto, vide, por todos, FLYNN, Leo, *Coming of age: the free movement of capital case law 1993-2002*, 39, *Common Market Law Review*, Issue 4, 2002.

³² A obrigação de interpretar estritamente estas restrições retira-se, entre outros, do ponto 17 do Acórdão TJUE Église de Scientologie de Paris, proferido no âmbito do processo C-54/99.

contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar onde o capital é investido”.

No entanto, tal como avançam Steiblyte e Tomkin, “*the derogation set out in Article 65(1)(a) has not frequently relied upon, mainly because the Court most often deals with unequal fiscal treatment **from the perspective of the right of establishment**”³³. Em contrapartida, quanto a esta disposição, o Tribunal tem determinado que “*o facto de determinado Estado-Membro não fazer beneficiar os não residentes de certos benefícios fiscais atribuídos aos residentes não é, regra geral, discriminatório, pois aquelas duas categorias de contribuintes não se encontram em situação comparável*”³⁴ (sublinhado e negritos nossos).*

Assim, aquando da adoção de uma medida restritiva, os Estados-Membros devem aferir se os visados se encontram em situações comparáveis demonstrando que a diferença de tratamento se encontra justificada.

A segunda situação na qual o artigo 63.º TFUE pode ser afastado decorre da alínea b) do n.º 1 do artigo 65.º TFUE sendo composta por três elementos: 1) “*impedir infrações às [...] leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal e de supervisão prudencial das instituições financeiras*”; 2) “*preverem processos de declaração dos movimentos de capitais para efeitos de informação administrativa ou estatística*” e; 3) “*serem justificadas por razões de ordem pública ou de segurança pública*”.

Quanto ao primeiro elemento, retiram-se da jurisprudência comunitária, dois importantes aspetos que cumpre salientar. Em primeiro lugar, as áreas enunciadas pelo Tratado são meramente indicativas, admitindo-se que as restrições aplicadas pelos Estados-Membros sejam justificadas, ainda que não estejam ligadas a matérias fiscais ou de supervisão prudencial das instituições financeiras³⁵. A segunda característica do primeiro elemento da alínea b) do n.º 1 do artigo 65.º TFUE foi avançada pelo Tribunal no Ponto 44 do Acórdão TJUE A. Leur-Bloem³⁶ de onde se retira que a justificação

³³ STEIBLYTE e TOMKIN, ob. cit.

³⁴ Tal como se retira do ponto 34 do Acórdão TJUE Schumacker, proferido no âmbito do processo C-279/93.

³⁵ Com efeito, no Acórdão TJUE Bordessa, proferido no âmbito dos processos C-358/93 e C-416/93, o Tribunal declarou que o artigo 4.º do primeiro parágrafo da Diretiva, aplicável a estes casos “*faz referência expressa a medidas indispensáveis para impedir infrações às suas leis e regulamentos «nomeadamente» em matéria fiscal ou de vigilância cautelar das instituições financeiras. Daqui resulta que também são autorizadas outras medidas, desde que visem impedir actividades ilícitas de uma gravidade comparável, tais como o branqueamento de dinheiro, o tráfico de estupefacientes e o terrorismo*”.

³⁶ Cf. Acórdão TJUE Leur-Bloem, proferido no âmbito do processo C-28/95.

baseada na luta contra a fraude fiscal não pode ser feita através de uma presunção geral de fraude. Com efeito, nas palavras do Tribunal “*a instituição de uma regra de carácter geral que exclui automaticamente certas categorias de operações do benefício fiscal [...] quer haja ou não efectivamente evasão ou fraudes fiscais, ultrapassaria aquilo que é necessário para evitar essa fraude ou essa evasão fiscal e prejudicaria o objectivo prosseguido pela directiva. Também seria essa a situação se a uma regra desse tipo se aditasse uma simples possibilidade de derrogação deixada à discricção da autoridade administrativa*”³⁷.

Uma vez que o segundo elemento enunciado ainda não foi densificado pelo TJUE³⁸, concentrar-nos-emos nas justificações de ordem e segurança pública. Conforme refere Armin Cuyvers, “*Article 65(1)(b) TFEU contains the general aims of public policy and public security that may justify restrictions, and is similar to the aims mentioned in Articles 36, 45 (3) and 52 TFEU*”³⁹ Nesta medida, e tendo em consideração que esta disposição se assemelha às justificações admissíveis no quadro das restrições às demais liberdades fundamentais, têm-se aplicado *mutatis mutandi* os mesmos argumentos. Assim, para que estas justificações possam ser consideradas válidas, exige-se que exista uma “*ameaça real e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade*”, conforme aponta o Acórdão TJUE Église de Scientologie de Paris⁴⁰, previamente mencionado. A jurisprudência comunitária é fértil em exemplos de restrições aceites com base nestes dois critérios⁴¹, determinando-se ainda que o conceito de segurança pública deve ser abrangente o suficiente, de modo a englobar tanto a protecção interna como a externa.

O terceiro elemento enunciado deriva da jurisprudência comunitária e refere-se à possibilidade de os Estados-Membros restringirem a liberdade de circulação de capitais, por razões imperiosas de interesse geral. O Tribunal tem sido claro no entendimento que faz deste conceito, considerando ser necessária a demonstração de um nexo direto entre a vantagem fiscal e a compensação do benefício pela imposição fiscal, devendo o mesmo

³⁷ Cf. Acórdão TJUE Leur-Bloem, proferido no âmbito do processo C-28/95.

³⁸ Sobre este assunto, STEIBLYTE e TOMKIN, ob. cit.

³⁹ CIUYVERS, Armin, *East African Community Law: Institutional Substantive and Comparative EU Aspects*, Brill, 2017.

⁴⁰ Cf. Acórdão TJUE Église de Scientologie de Paris, proferido no âmbito do processo C-54/99.

⁴¹ Como por exemplo o Acórdão TJUE Sanz de Lera, proferido no âmbito dos processos C-163/94, C-165/94 e C-250/94.

ser aferido por referência ao objetivo da norma em causa⁴². Nestes termos, cabe aos Estados-Membros provar que os fins prosseguidos pelas medidas que pretendem adotar superam a proteção que o Tratado confere aos sujeitos passivos, através das liberdades fundamentais. Nas palavras de João Félix Nogueira “*os motivos imperiosos são o produto de um processo – na maioria dos casos implícito – de ponderação abstrata*”⁴³ através do qual o Tribunal realiza um juízo comparativo de modo a decidir sobre a compatibilidade de uma certa medida, sendo aceites as mais variadas justificações⁴⁴.

Sem prejuízo da possibilidade de os Estados-Membros utilizarem as justificações previamente abordadas, o Tratado não permite o seu uso abusivo. Com efeito, conforme o disposto no n.º 3 do artigo 65.º TFUE, as medidas impostas pelos Estados-Membros “*não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos*”. Por outras palavras, exige-se que os Estados-Membros apliquem medidas iguais a situação de facto semelhantes e, paralelamente, se abstenham de o fazer, quando as realidades em causa sejam diferentes. De modo a realizar este juízo, o Tribunal tem optado por analisar casuisticamente a lógica subjacente às medidas, tendo, em regra, por referência a sua natureza, os seus objetivos e o sistema fiscal no qual a norma se insere. Neste ponto, cumpre ainda notar que quando “*estão em causa Países terceiros, o Tribunal aceite de uma forma mais ampla a justificação ligada ao risco de evasão e fraudes fiscais, especialmente na ausência de uma convenção de dupla tributação que contenha uma disposição sobre troca de informações*”⁴⁵.

Dada a particularidade das condições previstas para a derrogação do artigo 63.º TFUE, nomeadamente pela dificuldade de determinação do carácter discriminatório em sede de restrições, por razões de ordem e segurança pública, o Tribunal tem também defendido que, nessas situações, devem ser utilizados referenciais de proporcionalidade. De facto, a adoção de tais medidas apenas se justifica se as mesmas “*forem necessárias para a proteção dos interesses que pretendem garantir e apenas se tais objetivos não*

⁴² Quanto à necessidade de demonstração donexo direto, salienta-se, por todos, o Acórdão TJUE Fidelity Funds, proferido no âmbito do processo C-480/16.

⁴³ FELIX NOGUEIRA, João. Ob. cit.

⁴⁴ Sobre este assunto, vide O'BRIEN, Martha, *Taxation and the third country dimension of free movement of capital in EU law: the ECJ's rulings and unresolved issues in British Tax Review*, Issue 6, 2008.

⁴⁵ DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Direta*, Coimbra Editora, 2010.

puderem ser alcançados através de medidas menos restritivas”, tal como decidido no Acórdão TJUE *Église de Scientologie de Paris*.

A liberdade de circulação de capitais integra, assim, um importante leque de medidas determinadas pela UE, de modo a tornar o espaço comunitário mais atrativo e competitivo no âmbito dos mercados internacionais. Após definido o seu âmbito de aplicação, determinados os objetivos que visa acautelar e analisado o catálogo de justificações aceites à sua derrogação, importa agora perceber se, ao isentar os OIC de retenção na fonte, nos termos do n.º 4 do artigo 22.º EBF, o legislador português respeitou as orientações do Tratado ou se, ao invés, esta medida não é compatível com o direito comunitário.

II. Os organismos de investimento coletivo na ordem jurídica portuguesa

Tal como visto anteriormente, o contexto globalizado e os avanços tecnológicos influenciam, de forma decisiva, as trocas globais realizadas pelos mais diversos intervenientes, tornando-as alternativas de investimento, cada vez mais sofisticadas, com vista à maximização dos lucros. Com efeito, como aponta o considerando 3 da Diretiva 2014/65/EU “*nos últimos anos, tem aumentado o número de investidores presentes nos mercados financeiros, sendo-lhes oferecido um leque de serviços e instrumentos cada vez mais amplo e complexo*”.

É neste contexto que surgem os instrumentos financeiros, enquanto tipo de valor mobiliário⁴⁶, que apesar de permitirem a possibilidade de os cidadãos diversificarem os seus investimentos, exigem um esforço de organização aos sistemas jurídicos nacionais e comunitários. Assim, foram criados diferentes tipos de estruturas de investimento, que funcionassem, a título quer pessoal quer sob forma de pessoa coletiva, de modo a acautelar estas novas realidades, em constante crescimento e mutação.

Enquanto valor mobiliário, estes instrumentos são, nos termos do CVM, “*documentos representativos de situações jurídicas homogéneas, desde que sejam suscetíveis de transmissão em mercado.*”⁴⁷ Nestes termos, e conforme explica Engrácia Antunes, “*podemos assim dizer que o conceito legal ou estrito de valor mobiliário se caracteriza pelas seguintes notas ou traços distintivos fundamentais: representabilidade, homogeneidade e fungibilidade, e negociabilidade*”⁴⁸.

Estas novidades implicam ainda a transformação dos sistemas fiscais, desenhados com base noutros pressupostos, de forma a não impossibilitar o acesso a estes investimentos, ao torná-los demasiado onerosos e inacessíveis.

Por essa razão, ganharam os OIC e, conseqüentemente, as unidades de participação, enorme preponderância no seio das preocupações doutrinárias e jurisprudenciais,

⁴⁶ Quanto à classificação do instrumento financeiro enquanto valor mobiliário, António Barreto Menezes Cordeiro refere que “*em resultado da intervenção europeia, o conceito de valor mobiliário lato sensu foi substituído pelo de instrumento financeiro, passando os valores mobiliários (stricto sensu) a englobar a mais vasta categoria de instrumentos financeiros*”. MENEZES CORDEIRO, António Barreto, *Valor mobiliário: evolução e conceito* in Revista de Direito das Sociedades, 2, 2016.

⁴⁷ Cf. alínea g) do n.º 1 do artigo 1.º CVM.

⁴⁸ ENGRÁCIA ANTUNES, José A. *Os valores mobiliários: conceito, espécies e regime jurídico* in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Volume 5, Coimbra Editora, 2008.

tornando-se essencial a sua compreensão, para aferir da compatibilidade das normas europeias com os benefícios fiscais que as mesmas usufruem.

a. O enquadramento legal dado aos organismos de investimento coletivo

Os OIC, enquanto veículo de gestão de património que permite a concentração de um vasto número de investidores, são compostos por unidades de participação que determinam os seus proprietários. Assim, importa, em primeiro lugar, classificar as unidades de participação na ordem jurídica portuguesa, para melhor compreensão da estrutura que as mesmas compõem.

As unidades de participação são valores mobiliários, conforme o disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 1.º CVM, que representam a participação de um determinado investidor num fundo de investimento. Ou seja, representam realidades que conferem “*uma posição jurídica unitária e global, constituída por um feixe de direitos e deveres, de natureza real, creditícia e outra*”⁴⁹, cujo regime jurídico decorre do RGOIC. No leque de direitos conferidos pela detenção deste tipo de valores mobiliários, salienta-se o direito ao resgate ou ao produto da sua liquidação, previstos nos artigos 18.º e 43.º RGOIC. Quanto aos deveres dos detentores de unidades de participação, o RGOIC prevê, por exemplo, a obrigação do seu pagamento, sob pena de as mesmas não poderem ser emitidas⁵⁰. Com efeito, o pagamento da contraprestação correspondente ao valor da unidade de participação confere, imediatamente, o direito de participante ao seu subscritor.

As unidades de participação apresentam, igualmente, a particularidade de não possuírem valor nominal, tal como disposto no n.º 1 do artigo 7.º RGOIC. Porém, o seu valor atinge-se “*dividindo o valor líquido global do organismo de investimento coletivo pelo número de unidades de participação em circulação,*” nos termos do n.º 1 do artigo 8.º RGOIC. A periodicidade com que é feita a determinação desse montante depende do tipo de OIC, subjacente àquelas participações, não se permitindo que a mesma seja realizada em períodos superiores a um mês.

⁴⁹ ENGRÁCIA ANTUNES, José. *Os Instrumentos Financeiros*, 4.ª edição, Almedina, 2020.

⁵⁰ Cf. n.º 3 do artigo 8.º RGOIC.

Importa notar ainda que, de acordo com o n.º 2 do artigo 8.º RGOIC, as unidades de participação têm natureza nominativa e adotam a forma de escritura pública, admitindo-se o seu fracionamento nas alturas de entrada e saída dos investidores.

Finalmente, e seguindo os ensinamentos de Engrácia Antunes, observamos que *as “unidades de participação possuem um processo próprio de extinção”*⁵¹ que se manifesta, consoante a natureza do fundo de investimento, através do resgate, caso se trate de um organismo aberto, e do reembolso ou no ato de liquidação do fundo, quando em causa estiver um organismo fechado.

Analisada que está a forma de detenção do capital em OIC em Portugal, interessa agora densificar estes veículos de investimento, enunciando, nomeadamente, os tipos de organismos existentes, as suas características e algumas propriedades destas estruturas.

Desde logo, verifica-se que, de acordo com o disposto no artigo 19.º RGOIC, a constituição dos OIC em Portugal, depende da autorização da CMVM, que engloba os elementos necessários ao seu regular funcionamento no mercado.

Por outro lado, nos termos da alínea aa) do n.º 1 do artigo 2.º RGOIC, os OIC são *“as instituições, dotadas ou não de personalidade jurídica, que têm como fim o investimento coletivo de capitais obtidos junto de investidores, cujo funcionamento se encontra sujeito a um princípio de repartição de riscos e à prossecução do exclusivo interesse dos participantes”*. Conforme defende Paulo Câmara⁵², a definição legal enuncia, desde logo, três importantes características a ter em consideração na análise destes organismos. Em primeiro lugar, determina-se o objeto prosseguido por estas estruturas de investimento, isto é, a gestão de ativos de um conjunto de participantes. De seguida, estabelece-se de onde provém o capital a ser utilizado. Finalmente, realça-se o objetivo a dar aquele investimento, composto pela aplicação do capital em ativos mobiliários ou imobiliários, dividindo-se os riscos pelos investidores.

Em virtude destas características, os OIC requerem uma gestão qualificada e profissional dos seus patrimónios, razão pela qual a lei prevê a figura da entidade

⁵¹ ENGRÁCIA ANTUNES, José. ob. cit.

⁵² CÂMARA, Paulo. *Os organismos de investimento coletivo em Portugal* in Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários, edição comemorativa pelos 40 anos da Lei n.º 6404/1976, Almedina, 2016.

gestora⁵³, à qual compete, entre outros, a gestão do investimento com base nas políticas previamente acordadas e a administração dos OIC⁵⁴.

Uma vez que a lei impõe o princípio da tipicidade⁵⁵ a estes instrumentos de investimento coletivo, cumpre classificar quais as formas de organização presentes no nosso ordenamento jurídico.

Em primeiro lugar, há que separar os OIC quer sejam, ou não, dotados de personalidade jurídica, podendo ser divididos em duas categorias: os fundos de investimento e as sociedades de investimento, tal como disposto no artigo 5.º RGOIC. Nessa medida, o RGOIC esclarece, pelo disposto na alínea u) do n.º 1 do artigo 2.º RGOIC, que os fundos de investimento são “*os patrimónios autónomos, sem personalidade jurídica, pertencentes aos participantes no regime geral de comunhão regulado no presente Regime Geral*”.

Por outro lado, conforme refere Paulo Câmara, “*em atenção à composição dos patrimónios geridos, a bipartição fundamental é a que separa os organismos de investimento coletivo em valores mobiliários dos organismos de investimento coletivo alternativos*”⁵⁶.

O RGOIC oferece a definição destes conceitos. Assim, nos termos dos números 1.º) e 2.º) da subalínea i) da alínea aa) do n.º 1 do artigo 2.º, são OIC em valores mobiliários, aqueles que têm como objeto exclusivo a aplicação e gestão de valores mobiliários ou outros ativos financeiros líquidos de investidores, não exclusivamente qualificados, cujas unidades de participação são, a pedido dos seus titulares, readquiridas ou resgatadas, direta ou indiretamente, a cargo desses organismos. As restantes realidades⁵⁷ dizem

⁵³ Cf. artigos 65.º e seguintes RGOIC.

⁵⁴ Para maior desenvolvimento sobre o papel das sociedades gestoras bem como as obrigações a que estão adstritas, veja-se CÂMARA, Paulo. *Manual de direito dos valores mobiliários*, 4.ª edição, Almedina, 2018.

⁵⁵ A sujeição dos OIC ao princípio da tipicidade é, em certa medida, esvaziada pela permissão do artigo 4.º RGOIC do seu alargamento através de lei, mas principalmente por regulamento da CMVM. Tal conclusão retira-se, entre outros, do n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento CMVM n.º 3/2020, quando permite a combinação de dois tipos de OIC. Sobre este assunto, referindo-se especificamente a fundos de investimento, cf. MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles, *Fundos de investimento in Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais*, Volume 3, n.º 11, 2021.

⁵⁶ CÂMARA, Paulo. ob. cit.

⁵⁷ Conforme dispõem os números 1.º), 2.º) e 3.º) da subalínea ii) da alínea aa) do n.º 1 do artigo 2.º RGOIC as restantes realidades são: “(a) *os organismos de investimento em capital de risco, os fundos de empreendedorismo social, os organismos de investimento alternativo especializado e os organismos de investimento coletivo previstos em legislação da União Europeia, (alínea a) do n.º 2 do artigo 1.º RGOIC); (b) Os organismos abertos ou fechados, cujo objeto é o investimento coletivo em valores mobiliários ou outros ativos financeiros, designados organismos de investimento alternativo em valores mobiliários (OIAVM); (c) Os organismos abertos ou fechados, cujo objeto é o investimento em ativos imobiliários,*

respeito aos OIC alternativos, conforme o previsto nos números 1.º, 2.º e 3.º) da subalínea ii) da alínea aa) do n.º 1 do artigo 2.º RGOIC. Quanto a esta figura, referem Rita Xavier de Brito e Manuel Cordeiro Ferreira tratar-se de “*uma enorme categoria residual de instituições*”⁵⁸.

A categorização dos OIC pode ainda ser feita por referência à variabilidade das suas unidades de participação. Com base neste pressuposto, surgem os OIC abertos e os OIC fechados. Quanto aos primeiros, caracterizam-se pela “*variabilidade das unidades de participação em que se dividem*”⁵⁹ uma vez que o número de unidades de participação varia, consoante os participantes permitindo-se, ainda, que seja exercido o respetivo resgate, dando-se-lhes a possibilidade contínua de entrada e saída. Contrariamente, os OIC fechados, “*não permitem a entrada (e saída) contínua de participantes mantendo, por isso, um nível fixo de capital, excepto nas situações de aumento ou de redução*”⁶⁰.

Cumpre, igualmente, apontar uma diferença essencial entre OIC, relacionada com o modo de distribuição dos resultados aos seus participantes. Assim, podem estes organismos, e em particular os fundos de investimento ser de distribuição, situação na qual os rendimentos por si gerados são total ou, parcialmente, distribuídos aos investidores, sendo esse montante descontado do valor das unidades de participação. Pelo contrário, caso os resultados do fundo sejam acumulados ao valor das unidades de participação e imediatamente reinvestidos, sendo apenas na altura da sua venda que os participantes realizam o seu ganho, estamos perante fundos de capitalização. Os termos, segundo os quais operam os OIC, no que respeita à distribuição dos rendimentos, devem ser definidos *ab initio* nos documentos constitutivos dos mesmos, indicando-se aí os “*critérios, condições e periodicidade da respectiva distribuição*”⁶¹.

designados organismos de investimento imobiliário (OII); (d) Outros organismos fechados cujo objeto inclua o investimento em ativos não financeiros que sejam bens duradouros e tenham valor determinável, designados organismos de investimento em ativos não financeiros (OIANF)”.

⁵⁸ XAVIER BRITO, Rita e CORDEIRO FERREIRA, Manuel, *Apontamentos sobre o regime geral dos organismos de investimento coletivo in Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 139-146, 2016.

⁵⁹ CALVÃO DA SILVA, João. OICVM – *Organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (Decreto-Lei n.º 63-A/2013) in Revista online Banca, Bolsa e Seguros*, n.º 1 (2014).

⁶⁰ VIEIRA, Ana Isabel. *Organismos de investimento coletivo sob forma societária – um novo tipo societário? In Revista de Direito das Sociedades Comerciais*, n.º 2 (2016).

⁶¹ Cf. artigo 142.º RGOIC.

Os OIC podem ainda ser divididos em compartimentos patrimoniais autónomos⁶², existentes dentro de si próprios, designados, no caso dos fundos de investimento, como subfundos. Estas figuras funcionam, individualmente, podendo definir políticas de investimento diferentes e assumir formas distintas, incluindo o seu regime de unidades de participação. No entanto, o OIC deve apresentar um prospeto único e geral, de modo a abranger todas as realidades aí presentes.

Finalmente, e no que diz respeito à responsabilidade dos OIC, destaca-se o artigo 13.º RGOIC, nos termos do qual se observa que estes veículos de investimento gozam de autonomia patrimonial, não respondendo, em caso algum, pelas dívidas quer dos seus participantes quer dos órgãos que asseguram o seu funcionamento. Inversamente, as dívidas do OIC são saldadas apenas pelo seu próprio património, tal como estabelecido no n.º 2 do referido artigo. Nas palavras de Menezes Leitão “*esta regra é essencial para garantir aos participantes que o fim para que se constituiu o património do fundo será efectivamente prosseguido e que os valores realizados não serão utilizados para fim diverso.*”⁶³.

Os OIC apresentam uma grande variedade de características, que permitem aos investidores diversificar o seu portefólio, através de estruturas de organização altamente sofisticadas. Estas novas formas de atuação obrigam os estados a repensar os seus ordenamentos jurídicos, dentro dos quais se insere o sistema fiscal. Nessa medida, releva agora perceber qual o tratamento dado pelo legislador português a estas realidades.

⁶² Cf. artigo 12.º RGOIC.

⁶³ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles. Ob. cit.

b. O tratamento fiscal dado aos organismos de investimento coletivo

As tipologias de investimento encontram-se em constante mutação de forma a acautelar os interesses dos cidadãos, permitindo o seu acesso globalizado e transversal à população. Por essa razão, é pedido aos estados sucessivas inovações legislativas, para captar e reter o capital em circulação. Nesta conjuntura, torna-se essencial que os sistemas fiscais desenhados sejam competitivos e confirmem segurança aos seus diversos intervenientes⁶⁴.

A tributação destas figuras vai depender, em larga medida, das técnicas aplicadas pelos estados a sujeitos passivos residentes e não residentes como da conjugação dos diferentes impostos, que satisfaçam o objetivo de uma tributação justa e imparcial⁶⁵.

Assim, o presente capítulo centrar-se-á no tratamento fiscal que é dado aos OIC residentes e não residentes, quanto às transações que realizam internamente, e no que concerne à distribuição dos proveitos realizados.

A tributação dos OIC foi alvo de uma importante reforma, operada pelo Decreto-Lei n.º 7/2015, com o objetivo de aumentar a competitividade internacional, alinhando-se com as práticas de outros países europeus. Com efeito, tal como explicado no Preâmbulo do referido diploma legal *“perante a circunstância de os regimes vigentes na maioria dos países União Europeia, incluindo o regime congénere de Espanha, terem evoluído para sistemas de tributação «à saída», nos termos do qual os investidores não residentes continuam a beneficiar de uma isenção de imposto sobre os rendimentos pagos por tais organismos [...] a Assembleia da República, por uma larga maioria, decidiu autorizar o Governo a rever o regime fiscal dos organismos de investimento coletivo, através da generalização do método de tributação «à saída», passando a tributar em Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares e Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas os rendimentos auferidos pelos investidores”*. Ou seja, determinou-se um

⁶⁴ A importância da organização eficiente da tributação dos OIC foi aliás reconhecida pelo legislador no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 7/2015, de 13 de Janeiro, que procedeu à reforma do regime de tributação destas realidades. Por essa ocasião, o legislador declarou que *“a tributação dos organismos de investimento coletivo é um domínio de primordial importância para a aplicação de poupanças e para a atração de investimento, designadamente investimento estrangeiro”*.

⁶⁵ Nas palavras de Frans Vanistendael: *“In general, the basic legal framework calls for taxation according to the rule of law. The fundamentals of this framework are that (1) a tax can be levied only if a statute lawfully enacted so provides, (2) a tax must be applied impartially, and (3) revenue raised by a tax can be used only for lawful public purposes, not for the prince’s private ends.”* VANISTENDAEL, Frans. *Legal Framework for Taxation in Tax Law Design and Drafting*, Volume 1, International Monetary Fund, 1996.

regime de tributação mais benéfico para as transações operadas por estas figuras, pela importância que representam as entradas de capital e a possibilidade de poupança para os cidadãos⁶⁶, de modo a não criar situações de dupla tributação económica desses rendimentos, como acontecia no regime anteriormente em vigor⁶⁷. Não obstante, teve-se ainda em consideração as necessidades do Estado, assegurando que aqueles rendimentos seriam tributados quando fossem, finalmente, transmitidos para o último beneficiário.

Assim, no âmbito dessa reforma, entrou em vigor o artigo 22.º EBF, nos termos do qual se estabelecem as regras aplicáveis aos OIC, nomeadamente “*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*”⁶⁸. Para divulgar e esclarecer eventuais dúvidas de interpretação deste regime, foi emitida a Circular n.º 6/2015 a 17 de Junho de 2015.

Face ao exposto, cumpre então densificar a forma como é, então, realizada a tributação deste tipo de estruturas residentes em território português.

A título introdutório, e quanto ao âmbito de aplicação temporal, observa-se que as regras previstas neste regime, apenas são aplicáveis aos rendimentos obtidos após 1 de Julho de 2015⁶⁹.

No que diz respeito à tributação dos OIC em sede de IRC, indicam as regras do artigo 22.º EBF, a forma de determinação do lucro tributável e da matéria coletável, as taxas a aplicar (nas quais se inclui, conforme veremos *infra*, a tributação autónoma), as obrigações declarativas e especialidades, referentes a operações de reestruturações empresariais.

Assim, nos termos dos n.º 2 e 3 do artigo 22.º EBF, o lucro tributável dos OIC é aferido pelo resultado líquido do exercício apurado, de acordo com as normas

⁶⁶ Sobre a prevalência do interesse público sobre a cobrança de impostos, ensina Nuno Sá Gomes, “*só são benefícios fiscais, do ponto de vista jurídico, os desagravamentos que são exceção à tributação-regra, com fundamentos extrafiscais de interesse público, constitucionalmente relevantes e superiores aos tutelados com a própria tributação que impedem. Na verdade, pode mesmo afirmar-se que o interesse público que fundamenta o benefício fiscal, derogando os princípios constitucionais, da generalidade, da isonomia fiscal e da contributiva é, do ponto de vista jurídico, superior ao interesse público subjacente à própria tributação-regra.*” SÁ GOMES, Nuno. Teoria Geral dos Benefícios Fiscais *in* Ciência e Técnica Fiscal, Boletim da Direção-Geral das Contribuições e Impostos, Centro de Estudos Fiscais, 1990.

⁶⁷ O anterior regime de tributação “à entrada” impunha a tributação maioritariamente por intermédio da retenção na fonte aos rendimentos e mais valias efetivamente auferidos ou gerados pelos organismos de investimento coletivo.

⁶⁸ Cf. artigo n.º 1 do artigo 22.º EBF.

⁶⁹ Cf. artigo 7.º Decreto-Lei n.º 7/2015.

contabilísticas aplicáveis a essas entidades, não se contabilizando os rendimentos (nem, por maioria de razão, os gastos e encargos que deles decorrerem), referidos nos artigos 5.º, 8.º e 10.º CIRS, exceto se tais rendimentos forem provenientes de entidades com residência ou domicílio em país, território ou região sujeito a um regime fiscal, claramente, mais favorável, constante da lista aprovada em portaria, pelo membro do governo responsável pela área das finanças⁷⁰. Ora, de acordo com o CIRS, os rendimentos a que faz alusão o artigo 22.º EBF, são os rendimentos das categorias E, F e as mais-valias, respetivamente.

O artigo 5.º CIRS diz respeito aos rendimentos de capitais, e procura abarcar as situações nas quais existe um acréscimo patrimonial na esfera dos sujeitos passivos, derivada da aplicação de capitais. Com efeito, conforme explica Saldanha Sanches “*é verdade que toda a categoria E assenta num rendimento prototípico para esta categoria: o juro. E por isso tinha como base o rendimento periódico, que deriva de um outro direito ou de um certo activo financeiro, podendo ser recebido sem que isso afecte a substância do bem que o produz*”⁷¹. Por outro lado, o artigo 8.º CIRS dispõe sobre os rendimentos prediais, que podem ser definidos como “*todos os rendimentos obtidos em contraprestação da cedência do uso do prédio*”⁷². Finalmente, quanto às mais-valias, previstas no artigo 10.º CIRS, são abrangidas todas as situações, que consubstanciam incrementos patrimoniais, mas não possam ser consideradas rendimentos empresariais e profissionais, de capitais ou prediais⁷³.

Para além disso, e tal como determinado pela Circular n.º 6/2015, esta exclusão “*abrange todos os rendimentos, realizados ou potenciais*” subsumíveis a uma das categorias supra expostas⁷⁴.

Ainda quanto à determinação do lucro tributável dos OIC, explica Pedro Tardão Alves que os mesmos “*estão ainda sujeitos às regras gerais de dedutibilidade fiscal dos gastos*

⁷⁰ Portaria n.º 150/2004, de 13 de Fevereiro, e sucessivas alterações.

⁷¹ SALDANHA SANCHES, José Luis. *O conceito de rendimento no IRS in* Fiscalidade n.º 7-8, 2001.

⁷² AGUIAR, Nina. *Códigos Anotados e Comentados – IRS*, 2012.

⁷³ Sobre a categoria das mais-valias, ver ROSADO PEREIRA, Paula. *Estudos sobre IRS: Rendimentos de Capitais e Mais-Valias (n.º 2 da Coleção)*, Cadernos do IDEFF, Almedina, 2016.

⁷⁴ Assim, devem ser incluídos, entre outros, “*as menos-valias realizadas ou potenciais, os rendimentos vencidos e ainda não recebidos, os rendimentos e gastos decorrentes da aplicação do justo valor a instrumentos financeiros e imóveis que integrem o património do fundo, bem como os ganhos ou perdas associados a variações cambiais, os quais consubstanciam, por natureza, rendimentos daquelas categorias e, de acordo com normativo contabilístico aplicável aos OIC, devem ser contabilizados conjuntamente com os ativos que lhes deram origem*”. Cf. ponto 4 da Circular n.º 6/2015.

*e outros encargos, previstas no artigo 23.º-A do Código do IRC, não sendo igualmente considerados no resultado fiscal os rendimentos, incluindo os descontos e gastos, relativos a comissões de gestão que revertam para os OIC*⁷⁵. No entanto, os encargos administrativos e os restantes impostos que não se encontrem excluídos por estas disposições, nomeadamente, as despesas suportadas em sede de IS, concorrem para o apuramento do lucro tributável.

A determinação da matéria coletável não oferece nenhuma especial complexidade *vis a vis* o regime normal, porquanto é permitida a dedução ao lucro tributável, dos prejuízos fiscais apurados, nos termos dos n.º 1 e 2 do artigo 52.º CIRC.

Os OIC residentes apuram assim o seu lucro e matérias tributáveis, excluindo os rendimentos que compõem a maior parte do seu objeto de negócio, o que confirma a opção do legislador de uma tributação “à saída”.

À matéria coletável deve, de seguida, ser aplicada a taxa de 21%, nos termos gerais, conforme o disposto no n.º 1 do artigo 87.º CIRC *ex vi* n.º 5 do artigo 22.º EBF. Adicionalmente, este regime apresenta uma particularidade relevante, que consiste na isenção de derrama municipal e estadual a OIC⁷⁶.

A tributação destes instrumentos é ainda composta, nos termos do n.º 8 do artigo 22.º EBF, pela sua sujeição às taxas de tributação autónoma, previstas no artigo 88.º CIRC⁷⁷. Conforme refere Gustavo Courinha, *a “tributação autónoma configura hoje um imposto oportunista e dotado de um objeto e função muito diferentes dos do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, e que incide sobre tipos muitos distintos de realidades económicas”*⁷⁸. Nestes termos, estamos perante uma forma de tributação diferente que procura sujeitar, individualmente, determinadas realidades, esperando-se desta forma modelar comportamentos dos sujeitos passivos.

⁷⁵ ALVES TARDÃO, Pedro. *O regime fiscal aplicável aos organismos de investimento coletivo in* Vida Judiciária, 2016.

⁷⁶ Cf. n.º 6 do artigo 22.º EBF.

⁷⁷ Quanto a esta sujeição, cumpre enunciar o n.º 11 do artigo 88.º CIRC que 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”.

⁷⁸ LOPES COURINHA, Gustavo. *Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, Almedina, 2019.

No que concerne à sua aplicabilidade aos OIC, isto é, as disposições constantes do n.º 11 do artigo 88.º CIRC, observa-se que a mesma foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 192/2005, de 7 de Novembro, para evitar o uso abusivo de estruturas residentes que “*beneficiavam de isenções subjetivas ou objetivas, totais ou parciais*”⁷⁹, nomeadamente, pela movimentação de capitais, sujeitando-os, inicialmente, a uma taxa de 20%, sendo a mesma, posteriormente, aumentada para 23%. Contudo, caso as participações sociais se mantenham na titularidade do mesmo sujeito passivo, durante o ano anterior à data da sua colocação, ou esse período venha, posteriormente, a ser respeitado, admite-se que esta disposição não seja aplicada. Assim, conforme explica Rui Marques, “*trata-se de uma tributação autónoma não incidente sobre despesas ou encargos, mas sim sobre lucros*”⁸⁰, condicionada à manutenção das participações sociais, na esfera da entidade que recebe os dividendos.

O regime tributário presente no artigo 22.º EBF, aplicável a estas estruturas de investimento, apresenta ainda outras particularidades, a realçar. Nessa medida, chama-se à atenção para as remissões, operadas pelos n.º 7 e 14 do artigo 22.º EBF, no que concerne ao regime geral aplicável às operações de reestruturação societária, pelos n.º 11, 12 e 13 respeitante ao cumprimento da liquidação do imposto bem como às obrigações declarativas a que estão adstritos os sujeitos passivos e pelo n.º 10, que dispensa a retenção na fonte dos rendimentos obtidos por estas entidades.

Finalmente, destaca-se o papel atribuído às entidades gestoras, tornando-as, solidariamente, responsáveis pelas dívidas de imposto das sociedades ou fundos, cuja gestão lhes caiba, nos termos do n.º 15 do artigo 22.º EBF.

A tributação dos OIC não se encontra apenas sujeita às regras previstas no EBF. Com efeito, o Decreto-Lei n.º 7/2015 foi também responsável por alterações ao CIS, nomeadamente, pelo aditamento da verba 29 à TGIS.

Ora, conforme ensinam Saldanha Sanches e Anselmo Torres, “*o imposto do selo é, desde a sua criação, um imposto sem sistema. Não obedece a nenhum princípio unificador, tributa realidade A mas não a realidade B que tem com a primeira fortes*

⁷⁹ Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 192/2005.

⁸⁰ MARQUES, Rui. Código do IRC Anotado e Comentado, 2.ª edição revista e aumentada. Almedina, 2020.

semelhanças.”⁸¹ pelo que importa destringer que situações se encontram previstas para os OIC.

Quanto a estas realidades, observa-se que o legislador optou por criar uma taxa incidente sobre o ativo global líquido dos OIC⁸², cobrado trimestralmente⁸³, cujas taxas variam por referência à tipologia de investimento que realizam. Assim, se os investimentos forem, exclusivamente, em instrumentos do mercado monetário e depósitos, é devida a taxa de 0,0025%, sendo a taxa aplicável aos demais investimentos de 0,0125%⁸⁴.

Face ao exposto, constata-se que os OIC que se constituam e operem, de acordo com a legislação portuguesa, beneficiam de um alívio da sua carga tributária, fruto do esforço do legislador para atrair, reter investimento e fornecer aos cidadãos diferentes formas de poupança. Todavia, estas medidas foram implementadas em conjunto com as disposições aplicáveis à distribuição dos resultados, de forma a conceber um sistema fiscal harmonizado, que desonerasse os veículos de investimento, transferindo o peso tributário para os investidores. Por essa razão, torna-se vital a análise do regime aplicável aos rendimentos auferidos pelos seus participantes.

O regime a que estão sujeitos os rendimentos auferidos pelos participantes encontra-se estabelecido no artigo 22.º-A EBF e prevê a sua tributação através do mecanismo de retenção na fonte⁸⁵.

⁸¹ SALDANHA SANCHES, José Luis e ANSELMO TORRES, Manuel. *A incidência de Imposto de Selo sobre o Trespasse de Estabelecimento in* Fiscalidade, n.º 32, 2008.

⁸² Nos termos n.º 5 do artigo 9.º CIS, esse valor equivale “à média dos valores comunicados à CMVM ou divulgados pelas entidades gestoras, com exceção do valor correspondente aos ativos relativos a unidades de participação ou participações sociais detidas em organismos de investimento coletivo abrangidos pelo regime estabelecido no artigo 22.º do EBF, no último dia de cada mês do trimestre.”

⁸³ A obrigação tributária nasce, conforme o disposto na alínea w) do n.º 1 do artigo 5.º CIS no último dia dos meses de março, junho, setembro e dezembro de cada ano tendo o imposto de ser pago até ao 20 dia do mês seguinte, nos termos do n.º 1 do artigo 44.º *ex vi* n.º 9 artigo 23.º ambos do CIS.

⁸⁴ A determinação das taxas aplicáveis teve por base, de acordo com o Preâmbulo do referido Decreto-Lei, um “comparativo internacional”.

⁸⁵ Sobre o mecanismo da retenção na fonte, ensina Sérgio Vasques: *Assim, ainda que o legislador pretenda onerar a pessoa que preenche as normas de incidência de um dado tributo público e que se torna por isso como contribuinte directo, a prestação é exigida de outrem, o substituto, via de regra por razões de ordem prática, isto é, por se encontrar o substituto em posição de melhor cumprir essas obrigações. [...] a deslocação da obrigação tributária para o substituto dá-se porque este é o devedor do contribuinte substituído, a fonte dos rendimentos que se sujeitam a imposto, sendo claramente mais fácil exigir que o substituto deduza uma parcela desse rendimento aquando do seu pagamento, para entrega ao estado, que exigir semelhante esforço do próprio substituído.*” VASQUES, Sérgio. *Manual de Direito Fiscal*, 2.ª edição, Almedina, 2019.

Nessa medida, os rendimentos obtidos por sujeitos passivos de IRS, residentes, são tributados ora à taxa especial⁸⁶, ora à taxa liberatória⁸⁷, consoante sejam obtidos, ou não, através do resgate das unidades de participação e sejam obtidos fora do âmbito de uma atividade comercial, industrial ou agrícola, nos termos da subalínea i) da alínea a) e da alínea b) do n.º 1 do artigo 22.º-A EBF. Em ambos os casos, a retenção na fonte tem caráter definitivo, existindo, contudo, hipótese de opção pelo englobamento.

Por outro lado, aos rendimentos auferidos por sujeitos passivos de IRC deve ser aplicada a taxa de 25%, prevista no n.º 4 do artigo 94.º CIRC *ex vi* subalínea ii) do n.º 1 do artigo 22.º-A EBF. Esta retenção tem natureza de imposto por conta, exceto quando o titular beneficie de isenção de IRC que exclua os rendimentos de capitais, caso em que tem caráter definitivo.

Quanto aos não residentes, observa-se que estão isentos do pagamento de imposto a menos que os rendimentos derivem de unidades de participação em fundos de investimento imobiliário e de participações sociais em sociedades de investimento imobiliário, situações nas quais se encontram sujeitos à taxa de retenção na fonte a título definitivo de 10%, conforme o disposto nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 22.º-A EBF. Esta taxa pode sofrer alterações em virtude do local de residência⁸⁸, do destino dos fundos⁸⁹ e da composição do esquema de detenção da entidade que recebe a distribuição⁹⁰. Para o efeito, o legislador previu cláusulas específicas de salvaguarda, de forma a evitar o abuso.

Ou seja, a tributação dos OIC que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional, portanto aqueles que são residentes, é feita de forma integrada, tributando-se os rendimentos na esfera dos investidores, permitindo que estas entidades pratiquem as suas

⁸⁶ 28% nos termos do n.º 1 do artigo 72.º CIRS *ex vi* alínea b) do n.º 1 do artigo 22.º-A EBF.

⁸⁷ 28% nos termos do n.º 1 do artigo 71.º CIRS *ex vi* subalínea i) da alínea a) do n.º 1 do artigo 22.º-A EBF.

⁸⁸ Nos termos da subalínea i) da alínea a) do n.º 3 do artigo 22.º-A, se os titulares forem residentes em país, território ou região sujeita um regime fiscal claramente mais favorável constante da lista aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área das finanças, os rendimentos são tributados por retenção na fonte a título definitivo à taxa de 35% nos termos dos artigos 71.º CIRS e 87.º CIRC.

⁸⁹ Tal como para os rendimentos auferidos por residentes em paraísos fiscais, também em casos em que os rendimentos são pagos ou colocados à disposição em contas abertas em nome de um ou mais titulares, mas por conta de terceiros não identificados, exceto quando seja identificado o beneficiário efetivo, a taxa a aplicar é de 35%.

⁹⁰ Nos termos da alínea c) do n.º 3 do artigo 22.º-A EBF, caso os titulares sejam entidades que sejam detidas, direta ou indiretamente, em mais de 25% por entidades ou pessoas singulares residentes e essa entidade não seja residente noutro Estado-Membro da UE, num Estado-Membro do EEE que esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da UE ou num Estado com o qual tenha sido celebrada e se encontre em vigor convenção para evitar a dupla tributação que preveja a troca de informações, os rendimentos são tributados em IRC ou IRS, nos termos gerais.

atividades, livremente, incentivando dessa maneira o movimento de capitais, tornando-as mais eficientes e atrativas.

Determinado que está o regime tributário a que estão sujeitos os OIC residentes, importa, agora, descrever de que forma são estas entidades tributadas se não forem residentes em Portugal, mas auferirem rendimentos pagos por entidades residentes.

Uma vez que, tal como referido *infra*, o regime especial de tributação, previsto no EBF apenas é aplicável a OIC que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional, exclui-se, assim, a sua aplicação as entidades não residentes, as quais estarão sujeitas ao regime geral.

Ora, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 94.º CIRC, são objeto de retenção na fonte, os rendimentos de capitais e prediais obtidos, em território português, tal como são definidos pelo CIRS, quando o seu devedor seja sujeito passivo de IRC.

Esta retenção na fonte tem natureza de imposto por conta, exceto se o titular dos rendimentos for uma entidade não residente, que não tenha estabelecimento estável em Portugal ou tendo-o, que os rendimentos não lhe sejam imputáveis ou tratando-se de rendimentos de capitais, sejam pagos ou colocados à disposição, em contas abertas, em nome de um ou mais titulares, mas por conta de terceiros, não identificados e não seja identificado o seu beneficiário efetivo. Nestas duas últimas hipóteses, a retenção na fonte tem caráter definitivo, conforme o disposto nas alíneas b) e c) do n.º 3 do artigo 94.º CIRC.

A taxa aplicável a este tipo de rendimentos é de 25%, de acordo com o n.º 4 do artigo 94.º CIRC. Todavia, devem ser tidos em conta os limites máximos eventualmente previstos nas convenções para evitar a dupla tributação em vigor entre Portugal e o estado de residência do OIC.

Não obstante esta tributação, a legislação portuguesa prevê igualmente, como enuncia o n.º 3 do artigo 14.º CIRC, a isenção dos lucros e reservas que uma entidade residente em Portugal coloque à disposição de uma entidade não residente, contando que estejam reunidos determinados pressupostos, relacionados com a localização da entidade que

recebe os rendimentos⁹¹, a sua sujeição e não isenção a um imposto análogo ao IRC⁹² e a sua detenção pela entidade que distribui os lucros ou reservas⁹³.

Face ao exposto, observamos que a tributação dos OIC foi alvo de alterações de modo a atrair e reter não só o investimento português, mas também o investimento estrangeiro. Por essa razão, criou-se um regime especial, aplicável quando se trate de entidades residentes, que consiste na facilitação das transações ao nível do organismo, mas que procura tributar os ganhos realizados na esfera dos investidores. Contrariamente, e uma vez que é inviável que se consiga atingir esse objetivo quando se trata de entidades não residentes, optou-se por tributar essas realidades nos termos gerais, procurando-se dessa maneira, arrecadar receita para os cofres do Estado.

No entanto, tendo em consideração que a organização do espaço comunitário impõe aos seus Estados-Membros um determinado número de vetores a serem seguidos, nomeadamente, o respeito pelas liberdades fundamentais tal como enunciadas no TFUE, e a jurisprudência recente sobre esta matéria, cumpre realizar a análise destes modos de tributação para aferir da sua compatibilidade com o direito da UE.

⁹¹ A entidade que recebe os rendimentos deve ser residente: “1) Noutro Estado membro da União Europeia; 2) Num Estado membro do Espaço Económico Europeu que esteja vinculado a cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à estabelecida no âmbito da União Europeia; 3) Num Estado com o qual tenha sido celebrada e se encontre em vigor convenção para evitar a dupla tributação que preveja a troca de informações”.

⁹² A entidade que recebe os rendimentos deve ainda estar “sujeita e não isenta de um imposto referido no artigo 2.º da Diretiva n.º 2011/96/UE, do Conselho, de 30 de novembro, ou de um imposto de natureza idêntica ou similar ao IRC desde que, nas situações previstas na subalínea 3) da alínea anterior, a taxa legal aplicável à entidade não seja inferior a 60 % da taxa do IRC prevista no n.º 1 do artigo 87.º”.

⁹³ A entidade que recebe os dividendos deve ainda deter a entidade que os distribuí em pelo menos 10% de modo ininterrupto, durante o ano anterior à colocação à disposição.

III. O tratamento jurisprudencial da problemática da tributação portuguesa dos organismos de investimento coletivo

O tratamento fiscal dado pela ordem jurídica portuguesa aos OIC tem sido alvo de debate no seio da jurisprudência portuguesa e comunitária. Na verdade, e tal como referido anteriormente a forma de tributação “à saída”, implementada pelo legislador português, causa dificuldades de determinação da sua compatibilidade com o direito comunitário, designadamente, com as liberdades fundamentais previstas no TFUE.

Ao excluir as entidades não residentes do regime específico, mais benéfico, aplicando-se, assim, o regime geral, o legislador português corre o risco de gerar importantes distorções contrárias ao espírito da UE, tendo, por essa razão, surgido alguns litígios nos tribunais nacionais, desde a publicação do Decreto-Lei n.º 7/2015.

Deste modo, e para uma melhor compreensão do problema em questão, cumpre, em primeiro lugar, realizar uma análise dos argumentos apresentados pelos tribunais portugueses tanto nas situações em que tenha sido determinado tratar-se de uma norma violadora do direito da União, como nas contrárias.

De seguida, e em virtude da decisão tomada no Acórdão TJUE AllianzGI-Fonds AEVN, proferido no âmbito do processo C-545/19, importa analisar as razões que levaram o Tribunal a pôr cobro a esta problemática. No entanto, e uma vez que, neste caso, as conclusões da Advogada Geral Juliane Kokott foram dissonantes da decisão adotada, serão igualmente abordadas as considerações que a mesma teceu.

a. A jurisprudência portuguesa

As decisões tomadas relativamente a este tema têm sido proferidas pelo CAAD, observando-se uma larga tendência em considerar o regime de tributação dos OIC contido no artigo 22.º EBF contrário à liberdade de circulação de capitais, existindo, contudo, entendimentos divergentes.

Quanto à linha de raciocínio adotada pelo CAAD ao julgar este regime de tributação contrário às imposições comunitárias⁹⁴, observa-se que foram analisados os fatores anteriormente referidos, e que viriam a ser posteriormente utilizados pelo TJUE no Acórdão TJUE AllianzGI-Fonds AEVN, *infra* analisado. Por essa razão, deixar-se-á essa avaliação para esse momento.

Todavia, de entre as decisões do CAAD, identifica-se uma dissonante desta tendência maioritária, proferida no âmbito do processo 96/2019-T. No caso em apreço, uma entidade não residente procurava recuperar o imposto, no seu entender, indevidamente pago por retenção na fonte, por violação da liberdade de circulação de capitais. A Autoridade Tributária e Aduaneira, alegava em síntese, que a medida não seria discriminatória, em virtude da tributação, em sede de IS, que incide sobre os organismos residentes.

Na decisão, o CAAD sustenta a sua posição alegando fundamentalmente que cabia aos participantes a apresentação dos meios impugnatórios e não aos OIC. Com efeito, uma vez que o TFUE permite o tratamento diferenciado dos sujeitos passivos desde que o mesmo seja neutralizado pela aplicação dos mecanismos previstos nas convenções bilaterais e os fundos transparentes não dispõem de personalidade tributária, não podendo, por conseguinte, beneficiar dos mecanismos das mesmas⁹⁵, “*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*”⁹⁶. Ora, não tendo a impugnação que deu azo a este processo sido apresentada pelos mesmos, nem tendo sido provada a impossibilidade de o fazer, foi a decisão considerada improcedente.

⁹⁴ Quanto a estas decisões do CAAD, ver, entre outros, as decisões proferidas no âmbito dos processos 528/19-T, 256/2019-T, 11/2020-T e 68/2021-T.

⁹⁵ Sobre a aplicação das convenções multilaterais a fundos de investimento, escreve Niccolò Pallesi: “*an investment fund that is treated as a taxable entity (irrespective if subject to tax or tax exempted) is to be considered as a resident for treaty purpose. On the other hand, fund evaluated as transparent entity may not be considered as resident and thus entitled to the benefits; the underlying investors, in this case, are entitled to such benefits*” PALLESI, Niccolò, *Application of tax treaties to investment funds in International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. ° 9, pp. 87-154, 2007. Na doutrina nacional, ver, por todos, Alberto Xavier que ensina: “*A aplicação dos tratados deverá, pois, examinar-se ao nível de cada um dos titulares das “partes” de tais fundos, a quem os rendimentos ou mais-valias se reputam diretamente atribuídos sendo irrelevante a localização da entidade pela qual “transitam”*”. XAVIER, Alberto, *Direito Internacional*, Direito Internacional, Coimbra, 1993.

⁹⁶ Cf. alínea i) da conclusão do CAAD na Decisão proferida no âmbito do processo 96/2019-T.

Assim, embora a decisão tenha sido contrária ao sujeito passivo, não foi determinado se o próprio sistema de tributação seria contrário ao direito comunitário, questão posteriormente resolvida pelo acórdão TJUE AllianzGI-Fonds AEVN, cuja análise cumpre realizar.

b. O Acórdão TJUE AllianzGI-Fonds AEVN

O elevado grau de litigiosidade que este assunto gerou no seio do tribunal arbitral português e a incerteza interpretativa que este regime suscita, levou a que fosse apresentado um pedido de reenvio prejudicial no âmbito do processo CAAD 93/2019 tendo o TJUE proferido a sua decisão a 17 de Março de 2022, através do Acórdão AllianzGI-Fonds AEVN, proferido no âmbito do processo C-545/19.

A situação em causa contemplava um OIC aberto, constituído ao abrigo da legislação alemã, com sede na Alemanha e cuja entidade gestora também se situava nesse território, não operando em Portugal através de um estabelecimento estável. Em virtude da sua residência fiscal e pela aplicação do normativo nacional alemão, o sujeito passivo estava isento de imposto sobre o rendimento das sociedades o que impedia, desde logo, a recuperação do imposto pago no estrangeiro. Não obstante, a AllianzGI-Fonds AEVN detinha participações sociais em sociedades residentes em Portugal tendo os dividendos que delas recebeu sido tributados à taxa de 25%, taxa essa reduzida, posteriormente, para 15% de modo a cumprir o disposto na Convenção para Evitar a Dupla Tributação celebrada entre Portugal e a Alemanha. Descontente com esta tributação, a AllianzGI-Fonds AEVN apresentou reclamação graciosa requerendo a anulação dos atos de retenção e consequente restituição do imposto indevidamente pago, por violação do Direito da União. A mesma foi indeferida o que motivou o pedido de pronúncia arbitral que deu origem ao reenvio prejudicial em análise.

O sujeito passivo alegava que o sistema fiscal português era discriminatório, por referência à proteção dada pelo TFUE à liberdade de circulação de capitais, porquanto isentava os OIC residentes sujeitando, no entanto, os não residentes a tributação por retenção na fonte às taxas normais, ainda que as mesmas pudessem ser reduzidas nos termos das convenções para evitar a dupla tributação.

O governo português alegava, em suma, que as situações não eram comparáveis uma vez que ainda que os rendimentos auferidos pelos OIC beneficiassem da isenção de retenção na fonte, encontravam-se sujeitos quer à verba 29 TGIS, quer às taxas de tributação autónoma previstas no n.º 11.º do artigo 88.º CIRC. Para além disso, apontava igualmente a lógica de tributação à saída adotada pelo legislador nacional que transfere o peso do imposto para os participantes. Assim, o governo português avançava que a tributação destas entidades tinha uma “*natureza compósita*”⁹⁷ derivada da conjugação entre os diversos impostos presentes na sua ordem jurídica.

Para além disso, considerava ainda que o sujeito passivo se autoexcluía de qualquer comparação com os OIC residentes quando optava livremente por não operar no território nacional através de um estabelecimento estável. A comparação deveria então ser feita, no entender do estado português, com as “*demais entidades não residentes e cujos dividendos auferidos em Portugal são sempre tributados a taxas não inferiores a 25%*”⁹⁸

Face ao exposto, o CAAD pretendeu ver respondidas 5 questões fundamentais: 1) saber se o artigo 63.º TFUE se opunha a uma legislação nacional que previsse a retenção na fonte com carácter liberatório sobre os dividendos pagos por sociedades portuguesas e recebidos por OIC não residentes ao passo que essas mesmas entidades beneficiavam de isenção de retenção na fonte se fossem constituídas ao abrigo da legislação nacional, tal como estatui o artigo 22.º EBF; 2) determinar se a hipótese de isenção de retenção na fonte, acessível apenas aos sujeitos passivos residentes, consubstanciava um tratamento desfavorável, aos olhos do direito comunitário; 3) perceber se deve ser tida em conta a tributação geral dos rendimentos dos OIC, incluindo os seus participantes, para efeitos de análise do carácter discriminatório desta medida; 4) aferir da admissibilidade da diferença de tratamento entre OIC residentes e não residentes considerando que os detentores das participações são, via de regra, sujeitos e não isentos de tributação e; 5) apreciar a possibilidade de se incluir, na análise da eventual discriminação, outros tributos e técnicas fiscais que não apenas o imposto sobre o rendimento.

Ou seja, conforme avança a Advogada Geral, “*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 noutra Estado-Membro é conforme com a*

⁹⁷ Cf. Ponto 46 do Acórdão TJUE AllianzGI-Fonds AEVN.

⁹⁸ Cf. Ponto 48 do Acórdão TJUE AllianzGI-Fonds AEVN.

*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*⁹⁹.

O Tribunal começa então por determinar a liberdade de circulação aplicável analisando o objetivo da legislação nacional em causa. Nessa medida, visto que o tema subjacente a este litígio diz respeito à retenção na fonte dos dividendos pagos a OIC, e, portanto, a não dispensa de retenção na fonte, o Tribunal decidiu estar-se perante uma situação abrangida pela liberdade de circulação de capitais¹⁰⁰.

Consequentemente, o Tribunal procede à análise das situações nas quais se admite a violação desta liberdade fundamental, designadamente, a comparabilidade das situações em causa e, caso essa se confirme, a existência de razões imperiosas de interesse geral que justifique a diferença de tratamento.

Ora, no que concerne à existência de situações objetivamente comparáveis, o Tribunal começa por enunciar os argumentos apresentados pelo governo português relativos à natureza compósita da tributação *“que conjuga estruturalmente os impostos incidentes, por um lado, sobre os OIC residentes, ou seja o imposto do selo e o imposto específico previsto no artigo 88.º, n.º 11 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, bem como, por outro, os incidentes sobre os detentores de participações sociais em tais organismos”*¹⁰¹. Ou seja, no entender do estado português não estaríamos perante situações comparáveis, uma vez que a tributação destas realidades é regulada por técnicas de tributação diferentes.

O Tribunal começa por lembrar que é permitido aos Estados-Membros tratar de forma diferente determinados sujeitos passivos através da aplicação de formas de tributação distintas¹⁰². Todavia, no entender do Tribunal, o caso em análise não se limita a operar diferentes modos de tributação, mas procura onerar apenas os OIC não

⁹⁹ Cf. Ponto 27 das conclusões da Advogada Geral Juliane Kokott no processo C-545/19.

¹⁰⁰ Para densificar esta conclusão, o Tribunal recorre ainda, por analogia, ao Acórdão TJUE Fidelity Funds, proferido no âmbito do processo C-480/16. Cf. Ponto 33 Acórdão AllianzGI-Fonds AEVN

¹⁰¹ Cf. Ponto 46 do Acórdão AllianzGI-Fonds AEVN.

¹⁰² Cf. Pontos 50 e 51 do Acórdão AllianzGI-Fonds AEVN, nos quais o Tribunal refere os acórdãos TJUE Truck Center, proferido no âmbito do processo C-282/07, e TJUE Pensioenfond Metaal en Techniek, proferido no âmbito do processo C252/14.

residentes, não procedendo os argumentos utilizados pelo estado português, pelas razões que ora se densificam.

Em primeiro lugar, e respeitante ao IS, é observado que o mesmo se trata de um imposto sobre o património e não sobre o rendimento pelo que não pode a este ser equiparado. Para além disso, e uma vez que este imposto só incide sobre o capital acumulado, permite-se que os sujeitos passivos residentes não se encontrem sujeitos a tributação caso redistribuam imediatamente os dividendos que auferem, opção que não está contemplada para os organismos não residentes. Ou seja, ainda que se pretenda equiparar as taxas previstas na TGIS a imposto sobre o rendimento, existiria sempre uma válvula de escape através da qual os sujeitos passivos residentes podem escapar à tributação.

Por outro lado, não pode igualmente ser tida em conta a justificação assente na sujeição a tributação autónoma dos OIC residentes porquanto *“este imposto só incide sobre os dividendos recebidos por OIC residentes quando as partes sociais a que respeitam os lucros não tenham permanecido na titularidade do mesmo sujeito passivo, de modo ininterrupto, durante o ano anterior à data da sua colocação à disposição e não venham a ser mantidas durante o tempo necessário para completar esse período”*¹⁰³.

Esta limitação impossibilita a comparação com o modelo de tributação aplicável a entidades não residentes, uma vez que o seu imposto tem um carácter geral.

Quanto ao argumento relativo a uma eventual autoexclusão dos OIC não residentes, aplicando-se antes o regime geral de tributação de entidades não residentes, o Tribunal começa por salientar a liberdade de prestação de serviços, prevista no artigo 56.º TFUE, que inibe os estados de limitar, através de medidas fiscais discriminatórias, o modo de exercício das atividades dos sujeitos passivos independentemente de se tratar do seu estado de residência ou de aí se estabelecerem de forma permanente.

De seguida, é dado ênfase à necessidade de aferir a comparabilidade das situações por referência ao objetivo prosseguido pelas normas nacionais controvertidas, nomeadamente a prevenção de dupla tributação económica dos dividendos e transferência do peso tributário para os detentores das unidades de participação. Ora, tendo em consideração estas finalidades e anteriores decisões no quadro comunitário, designadamente no

¹⁰³ Cf. Ponto 56 do Acórdão AllianzGI-Fonds AEVN.

Acórdão TJUE Fidelity Funds, proferido no âmbito do processo C-480/16, o Tribunal conclui que “*a diferença de tratamento entre os OIC residentes e os OIC não residentes diz respeito a situações objetivamente comparáveis*”¹⁰⁴. Este julgamento deriva do facto de não ser admissível aos Estados-Membros estabelecer como único critério de distinção o local de residência.

Considerando a comparabilidade das situações de tributação entre residentes e não residentes, o Tribunal procede, então, ao teste sobre a existência de razões imperiosas de interesse geral que, ainda assim, permitiriam justificar a diferença de tratamento.

Ora, tal como decidido no Acórdão TJUE Veronsaajien oikeudenvontaylsikkö, proferido no âmbito do processo C-480/19, para que uma restrição se possa justificar por razões imperiosas de interesse geral, a mesma deve ser adequada a garantir a realização do objetivo que prossegue exigindo-se ainda que sejam cumpridos referenciais de proporcionalidade, isto é, que a medida não vá além do necessário para assegurar esse objetivo¹⁰⁵.

Para a prova deste requisito, o governo português baseia o seu entendimento em dois interesses gerais a ser acautelados: 1) a coerência do seu regime fiscal, exigível pela natureza compósita da tributação deste tipo de organismos e 2) a necessidade de repartição equilibrada do poder de tributar entre dois Estados-Membros.

No entanto, nos termos do Acórdão TJUE Comissão/Finlândia, proferido no âmbito do processo C-342/10, citado pelo Tribunal, para que a coerência do sistema fiscal seja aceite enquanto justificação válida para efeitos de restrições de liberdades fundamentais, exige-se a demonstração “*de um nexo direto entre a concessão do benefício fiscal em causa e a compensação desse benefício através de determinada imposição fiscal*”¹⁰⁶. Contudo, observa o Tribunal que, não estando a isenção de retenção na fonte da qual beneficiam os OIC residentes condicionada à redistribuição dos dividendos (assegurando-se, assim a sua efetiva tributação), não pode ser considerado existir essa relação direta¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Cf. Ponto 73 do Acórdão AllianzGI-Fonds AEVN.

¹⁰⁵ Sobre o Acórdão TJUE Veronsaajien oikeudenvontaylsikkö, ver SCHERLEITNER, Moritz. *Case Law Trends: E, Veronsaajien Oikeudenvontaylsikkö C-480/19: A Remarkable Case in Intertax*, Volume 5, Issue 4 (2022), pp. 367-377, Wolter Kluwer, 2022.

¹⁰⁶ Cf. ponto 49 do Acórdão TJUE Comissão/Finlândia, proferido no âmbito do processo C-342/10.

¹⁰⁷ O nexo exigido pela jurisprudência comunitária poderia se o legislador português condicionasse a dispensa de retenção à redistribuição dos dividendos. Com efeito, tal como sugere Ana Paula Dourado: “*Differently to the Danish legislation, where a link has been set up by submitting deemed distribution to withholding tax, the Portuguese legislation does not include such link. If taxation at the level of the*

Quanto à repartição equilibrada dos poderes tributários entre Estados-Membros da União, o Tribunal apoia-se em anteriores decisões¹⁰⁸, de forma decidir pela improcedência desse argumento porquanto não pode essa necessidade ser alegada quando “*um Estado-Membro tenha optado [...] por não tributar os OIC residentes beneficiários de dividendos de origem nacional.*”¹⁰⁹

Face a estas considerações, o Tribunal conclui pela não compatibilidade do regime português, previsto no artigo 22.º EBF, nomeadamente a dispensa de retenção na fonte acessível a OIC residentes, com a liberdade de circulação de capitais, tutelada pelo artigo 63.º TFUE.

A análise do Tribunal centrou-se, assim, na tributação ao nível do fundo de investimento não tendo sido tomado em consideração todo o enquadramento do sistema fiscal português, o que não difere, em substância, de anteriores decisões proferidas. Na verdade, a jurisprudência referente a este tema tem sido aferida ao nível da entidade, não tendo, necessariamente, em consideração o contexto tributário na qual se inserem estas realidades. Com efeito, tome-se como exemplo o Acórdão Emerging Markets Series¹¹⁰, no qual o Tribunal determinou ser contrário ao direito da União, por violação da liberdade de circulação de capitais¹¹¹, uma disposição polaca ao abrigo da qual os dividendos pagos por sociedades estabelecidas na Polónia a um fundo de investimento situado num país terceiro não podiam beneficiar da isenção fiscal prevista para as transações nacionais,

shareholders were to occur both in the case of actual or deemed distribution (deemed distribution would be submitted to a withholding tax covering both resident and non-resident UCIT's), the CJEU might acknowledge the “link”, and therefore the coherence argument”. DOURADO, Ana Paula. *AllianzGI-Fonds AEVN v Autoridade Tributária e Aduaneira (Case C-545/19) (2019/C-399/25) in CJEU – Recent Developments in Direct Taxation 2020. Series on International Tax Law, Volume 127, Linde, 2021.*

¹⁰⁸ Cf. Acórdão TJUE Fidelity Funds, proferido no âmbito do processo C-480/16.

¹⁰⁹ Cf. ponto 83 do Acórdão AllianzGI-Fonds AEVN.

¹¹⁰ Cf. Acórdão Emerging Markets Series, proferido no âmbito do processo C-190/12.

¹¹¹ Nas palavras de Ana Paula Dourado, “*the scope of the fundamental freedoms evolved from a narrow and more or less formalistic perspective related to access to the market to a broader one covering any type of restriction. [...] This broad interpretation of restriction is confirmed in decisions involving free movement of capital and third countries, such as Emerging Markets Series, where the Court stated as follows: That difference in the tax treatment of dividends as between resident and non-resident investment funds may discourage, on the one hand, investment funds established in a non-Member country from investing in companies established in Poland, and, on the other hand, investors resident in Poland from acquiring shares in non-resident investment funds (see, to that effect, Santander Asset Management SGIIC and Others, paragraph 17). It follows that national legislation such as that at issue in the main proceedings is such as to entail a restriction on the free movement of capital which is prohibited, in principle, by Article 63 TFEU.78”* DOURADO, Ana Paula in *The EU Free Movement of Capital and Third Countries: Recent Developments*, Intertax, Volume 45, Issue 3, Kluwer Law, pp. 192 – 203.

ainda que esta medida estivesse integrada na Lei do imposto sobre as sociedades, e por conseguinte, fizesse parte de uma tentativa integrada de tributação societária.

Ora, a alteração operada pelo legislador português que teve em vista a captação de investimento estrangeiro deve ser analisada da forma que foi realizada, integrando-se os diferentes modelos de tributação passíveis de serem utilizados pelos Estados-Membros, ao abrigo da soberania tributária de que dispõem. Esta opção acarretou, inclusivamente, uma importante (e expectável) perda de receita para os cofres do Estado, compensada na altura da distribuição dos dividendos, prática, aliás, frequente no seio da UE¹¹². Tal racional foi adotado pela Advogada Geral, nas conclusões que proferiu neste processo, de seguida, explanadas.

c. Uma abordagem alternativa: as conclusões da Advogada Geral no processo C-545/19

O Acórdão AllianzGI-Fonds AEVN, apresenta uma particularidade interessante que cumpre analisar. Com efeito, as conclusões da Advogada Geral Juliane Kokott, apresentadas no âmbito deste processo, a 6 de Maio de 2021, preconizam uma solução distinta daquela que foi eventualmente adotada pelo Tribunal.

Tal como o Tribunal, a Advogada Geral procede à análise da comparabilidade das situações estabelecendo como pressuposto a consideração de *“todo o contexto fiscal da tributação dos OIC”*¹¹³.

Para a análise da comparabilidade das situações, a Advogada Geral toma igualmente como ponto de partida o objetivo prosseguido pelas disposições nacionais em cheque. Ora, no seu entender, as diferenças atinentes ao tratamento fiscal em causa residem na finalidade específica dos OIC, que reside na possibilidade de se oferecer aos investidores privados um veículo de investimento no mercado dos valores mobiliários que os desonere da elevada carga administrativa que teriam, pagando o correspondente imposto na altura da distribuição dos dividendos. Para a Advogada Geral, esta natureza determina que o objetivo prosseguido pelas tributações seja necessariamente diferente uma vez que num

¹¹² Com efeito, conforme se retira do Relatório da avaliação do regime fiscal dos Organismos de Investimento Coletivo, emitido pelo Gabinete do Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais, de Dezembro de 2020, a maior parte dos países opta por isentar os rendimentos auferidos pelo fundo, sujeitando a tributação os rendimentos que os seus participantes auferem.

¹¹³ Cf. Ponto 42 das conclusões da Advogada Geral Juliane Kokott no processo C-545/19.

caso se pretende a sujeição a imposto da própria entidade e do seu acervo patrimonial¹¹⁴, e, apenas subsequentemente, na distribuição dos dividendos, do investidor, ao passo que no outro a finalidade passa por coletar diretamente os dividendos recebidos nesse ano em território português, enquanto estado da fonte.

Por outro lado, observa a Advogada Geral que a prossecução do objetivo de tributação “à saída”, abrangendo apenas o património dos OIC, não pode ser assegurada relativamente a não residentes uma vez que é vedada a criação de tributos sobre ativos destas entidades que não se encontrem em Portugal.

Por estas razões, conclui não serem comparáveis as situações de OIC residentes e não residentes.

Sem prejuízo de considerar as situações não comparáveis, Juliane Kokott procede ainda assim, a título subsidiário, à destrição de eventuais razões que justificariam a diferença de tratamento, caso o Tribunal julgue em sentido diverso. A esta análise estão subjacentes os mesmos parâmetros posteriormente utilizados pelo Tribunal na decisão, embora as conclusões sejam distintas.

Assim, quanto à justificação assente na salvaguarda da repartição equilibrada do poder tributário, a Advogada Geral reconhece, tal como o Tribunal, que este argumento não pode ser utilizado para justificar a tributação de OIC não residentes quando o Estado-Membro opte por não tributar estas entidades residentes. Porém, tendo em consideração o modo de tributação deste tipo de realidades, observa que essa jurisprudência não é aplicável a esta situação. Com efeito, a Advogada Geral observa que “*os OIC residentes não estão isentos de todo e qualquer imposto em Portugal, apenas são tributados de forma diferente*”¹¹⁵, tratando-se de uma opção do legislador português para atração de investimento que comporta consequências importantes a nível de arrecadação de receitas, e que pretende onerar o valor líquido global destes organismos deixando a tributação dos

¹¹⁴ Juliane Kokott refere ainda que “*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*”. Cf. ponto 76 das conclusões da Advogada Geral no processo C-545/19. Com efeito, esta opção representa uma acentuada quebra na arrecadação de receitas ao nível dos OIC conforme confirmam os dados apresentados nas figuras 14 e 15 do Relatório da avaliação do regime fiscal dos Organismos de Investimento Coletivo, emitido pelo Gabinete do Secretário de Estado Adjunto e dos Assuntos Fiscais, de Dezembro de 2020.

¹¹⁵ Cf. Ponto 89 das conclusões da Advogada Geral Juliane Kokott no processo C-545/19.

dividendos para a sua distribuição. Ora, esse sistema não pôde, nem pode ser aplicado a OIC não residentes uma vez que Portugal não dispõe de direitos tributários sobre patrimónios situados em estados alheios. Ou seja, a tributação deste tipo de realidades terá necessariamente de incidir sobre rendimentos que provenham de território nacional. Este racional leva a Advogada Geral a concluir que a diferença de tratamento se encontra abrangida por esta razão justificativa.

A coerência do sistema fiscal¹¹⁶, surge igualmente como elemento justificador analisado pela Advogada Geral. Tal como foi o caso com o exame do Tribunal, procura-se encontrar umnexo direto entre a vantagem fiscal, no caso a isenção de retenção na fonte a OIC residentes, e a compensação dessa vantagem. Para prova dessa ligação, recorre-se, mais uma vez, à construção e aos objetivos prosseguidos pelo sistema tributário português. Com efeito, nada obsta a que os Estados-Membros articulem os diferentes impostos do seu sistema fiscal com vista à obtenção de uma determinada meta, o que se pretende, porém, é que exista uma compensação da vantagem alcançada. Ora, ao aplicar uma lógica de tributação “à saída”, mas onerando o “*stock de capital no OIC independentemente da obtenção de rendimentos*”¹¹⁷, através do IS, o legislador nacional garante, segundo a Advogada Geral, a existência desse nexos.

Por último, foi realizado o teste de proporcionalidade para aferir se a medida é adequada e não excede o necessário para atingir os objetivos propostos. Sobre este tema, a Advogada Geral considera que o regime em vigor, apresenta uma ligeira desvantagem para os OIC não residentes representada por uma eventual dupla tributação económica dos rendimentos que poderá desincentivar os sujeitos passivos não residentes a investirem em território português. Todavia, avança que essa discriminação para além de ser mitigada pela existência de um imposto complementar sobre o património, apenas aplicável a entidades residentes, deve ser resolvida *prima facie* pela adoção de convenções bilaterais entre os estados.

¹¹⁶ Apesar da posição da Advogada Geral nesta matéria o conceito atribuído, pela jurisprudência, à coerência do sistema fiscal, não tem tido em conta a articulação dos diferentes impostos da ordem jurídica. Com efeito, conforme refere, Joachim Englisch: *The ECJ has subsequently specified that a direct link can only be assumed if the compensation rules involve the same taxpayer and the same tax. This aspect is of particular significance in the context of dividend taxation, since the ECJ has routinely ruled out the cohesion of systems providing a relief for economic double taxation by holding that corporate tax on distributed profits and income tax on dividends are “two separate taxes levied on different taxpayers”* ENGLISCH, Joachim, *Fiscal Cohesion in the Taxation of Cross-Border Dividends (part-Two) in European Taxation 2004*, S.335, 2004.

¹¹⁷ Cf. Ponto 100 das conclusões da Advogada Geral Juliane Kokott no processo C-545/19.

Face ao exposto, a Advogada Geral conclui pela compatibilidade, com a liberdade de circulação de capitais, prevista no artigo 63.º TFUE, com o regime de tributação tutelado pelo artigo 22.º EBF.

Conforme ficou demonstrado, a tributação dos OIC apresenta inúmeros desafios suscetíveis de gerar diferentes interpretações. Por conseguinte, a interpretação dada pelo Tribunal, embora diversa da proposta da Advogada Geral, foi fundamental para clarificar este tema, devolvendo agora a iniciativa ao legislador português para resolver, de uma vez por todas, esta problemática.

A UE representa, para além de um acordo económico, um conjunto de valores e liberdades que devem ser concertados entre todos os seus Estados-Membros. Todavia, e porventura contranatura, os estados continuam a beneficiar de autonomia tributária, podendo livremente determinar as normas tributárias que entenderem, encontrando-se apenas previsto, enquanto limite, a harmonização fiscal no espaço da União. Ou seja, os estados vão poder definir os seus sistemas fiscais dentro de certos limites, algo assumido quer pelo Tribunal, quer pela Advogada Geral, embora pareça darem-lhes importâncias diferentes.

Com efeito, da análise da Decisão e da Opinião, aparenta existir uma diferenciação entre o dever ser e o ser. Isto é, o Tribunal concentra-se naquilo que deve estar subjacente a uma União de valores forte que pretende nivelar todos os seus membros, não permitindo que, pela adoção de medidas fiscais, se criem distorções à concorrência. Por outro lado, a Advogada Geral apoia o seu entendimento naquilo que a União é, aos dias de hoje, e na qual se enquadra a soberania tributária dos Estados-Membros consentindo assim que existam algum tipo de restrições.

Da nossa parte, e seguindo os ensinamentos de Victor Hugo¹¹⁸, não podemos senão concordar com o entendimento do Tribunal.

¹¹⁸ Nomeadamente o proferido no Congrès de la Paix - "*Je voudrais signer ma vie par un grand acte, et mourir. Ainsi, la fondation des États-Unis d'Europe*".

Considerações finais

O elevado número de litígios que a interpretação do artigo 22.º EBF gerou, junto do CAAD, tornaram relevante o tema desta dissertação que se pretendia expositiva de modo a facilitar o trabalho de cada intérprete jurídico. Ainda que, contrariamente, ao anteriormente previsto no Código Civil Português de 1966 já não exista necessidade do intérprete criador¹¹⁹, não deixa de ser crucial reunir os diferentes elementos necessário à compreensão dos problemas em causa para formar uma opinião sobre uma temática complexa que aborda diferentes impostos presentes na ordem jurídica portuguesa e a sua relação com o mundo globalizado, cada vez mais inevitável.

Nessa medida, foi fundamental definir a liberdade de circulação de capitais, percebendo o enquadramento dado pelo TJUE às disposições constantes do TFUE, nomeadamente no que concerne ao carácter não absoluto desta liberdade fundamental, uma vez que só assim seria possível aferir da sua compatibilidade com normas jurídico-tributárias nacionais. Assim, e graças à densificação deste conceito, possível pelo recurso tanto a decisões jurisprudenciais como a doutrina especializada, determinou-se o racional a ser adotado para a realização desse teste, que passa quer pela identificação de situações comparáveis, quer pelo reconhecimento de cenários necessários para impedir a infração de normas internas ou quer pela existência de razões ponderosas de interesse público que assim o justifiquem.

De modo a tratar este tema, foi ainda essencial, compreender o que deve ser entendido por OIC, o seu enquadramento jurídico e tratamento fiscal de forma a perceber se, de facto, esse tratamento apresentava um problema *vis a vis* o direito comunitário. Ora, nesse particular, o ponto fulcral concentrou-se no tratamento dado às transações operadas ao nível destes organismos, consoante se tratasse de residentes ou não residentes em território nacional. Com efeito, o problema em análise residia na aplicabilidade da dispensa de retenção na fonte a OIC residentes, enquanto que os não residentes estariam sujeitos às taxas gerais. Este problema carecia de ser integrado com a reforma operada em 2015 nos termos da qual se pretendeu desonerar os OIC, transferindo-se a carga tributária para os seus participantes, aplicando-se um sistema de tributação “à saída”.

¹¹⁹ Previa o n.º 3 do artigo 10 do Código Civil de 1966 que “*na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.*”

Finalmente, pretendia-se explicar as decisões jurisprudenciais de relevo que surgiram, nos últimos anos junto do CAAD. Contudo, não pôde ser ignorada a Decisão TJUE proferida no Acórdão AllianzGI-Fonds AEVN, uma vez que esta, em substância, resolve o problema subjacente ao litígio ao considerar incompatível com o direito da União a legislação em causa.

Face à diferença entre a Decisão e a Opinião da Advogada Geral, a bola está agora no campo do legislador português, crescendo as expectativas de como irá resolver esta problemática.

Bibliografia citada

AGUIAR, Nina. Códigos Anotados e Comentados – IRS, 2012.

ALVES TARDÃO, Pedro. O regime fiscal aplicável aos organismos de investimento coletivo *in* Vida Judiciária, 2016.

BARNARD, Catherine. The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms. Oxford University Press.

CAETANO FERREIRA, André, A compatibilidade de normas fiscais nacionais com a dimensão externa da liberdade de circulação de capitais *in* Revista Eletrónica da Fiscalidade da AFP, Ano I, número 2, 2019.

CALVÃO DA SILVA, João. OICVM – Organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (Decreto-Lei n.º 63-A/2013) *in* Revista online banca, bolsa e seguros, n.º 1 (2014).

CÂMARA, Paulo. Manual de direito dos valores mobiliários, 4.^a edição, Almedina, 2018.

CÂMARA, Paulo. Os organismos de investimento coletivo em Portugal *in* Revista de direito das sociedades e dos valores mobiliários, edição comemorativa pelos 40 anos da Lei n.º 6404/1976, Almedina, 2016.

CIUYVERS, Armin, East African Community Law: Institutional Substantive and Comparative EU Aspects, Brill, 2017.

Dourado, Ana Paula *in* The EU Free Movement of Capital and Third Countries: Recent Developments, Intertax, Volume 45, Issue 3, Kluwer Law, pp. 192 – 203.

DOURADO, Ana Paula, Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Direta, Coimbra Editora, 2010.

DOURADO, Ana Paula. AllianzGI-Fonds AEVN v Autoridade Tributária e Aduaneira (Case C-545/19) (2019/C-399/25) *in* CJEU – Recent Developments in Direct Taxation 2020. Series on International Tax Law, Volume 127, Linde, 2021.

ENGLISCH Joachim, Fiscal Cohesion in the Taxation of Crosse-Border Dividends (part-Two) *in* European Taxation 2004, S.335, 2004.

ENGRÁCIA ANTUNES, José A. Os valores mobiliários: conceito, espécies e regime jurídico in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Volume 5, Coimbra Editora, 2008.

ENGRÁCIA ANTUNES, José. Os Instrumentos Financeiros, 4.^a edição, Almedina, 2020.

FLYNN, Leo, Coming of age: the free movement of capital case law 1993-2002, 39, *Common Market Law Review*, Issue 4, 2002.

LOPES COURINHA, Gustavo. Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, Almedina, 2019.

MARQUES, Rui. Código do IRC Anotado e Comentado, 2.^a edição revista e aumentada. Almedina, 2020.

MENEZES CORDEIRO, António Barreto, Valor mobiliário: evolução e conceito in *Revista de Direito das Sociedades*, 2, 2016.

MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles, Fundos de investimento in *Revista de direito financeiro e dos mercados de capitais*, Volume 3, n.º 11, 2021.

NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu - O Paradigma da Proporcionalidade. A proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

O'BRIEN, Martha, Taxation and the third country dimension of free movement of capital in EU law: the ECJ's rulings and unresolved issues in *British Tax Review*, Issue 6, 2008.

PALLESI, Niccolò, Application of tax treaties to investment funds in *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 9, pp. 87-154, 2007.

PANAYI, Christiana HJI, *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge University Press, 2021.

POMBO, Miguel Maria Caetano, *Literacia Económica – Um Survey*. Tese Mestrado em Economia da Empresa e da Concorrência – ISCTE, Business School – Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2017.

ROSADO PEREIRA, Paula. Estudos sobre IRS: Rendimentos de Capitais e Mais-Valias (n.º 2 da Coleção), *Cadernos do IDEFF*, Almedina, 2016.

SÁ GOMES, Nuno. Teoria Geral dos Benefícios Fiscais in *Ciência e Técnica Fiscal*, Boletim da Direção-Geral das Contribuições e Impostos, Centro de Estudos Fiscais, 1990.

SALDANHA SANCHES, José Luis e ANSELMO TORRES, Manuel. A incidência de Imposto de Selo sobre o Trespasse de Estabelecimento in *Fiscalidade*, n.º 32.

SALDANHA SANCHES, José Luis. O conceito de rendimento no IRS in *Fiscalidade* n.º 7-8, 2001.

STEIBLYTE, Audrone e TOMKIN, Jonathan in *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis. *Da Democracia na América*, Principia, 2007.

USHER, John A. in *The Evolution of the Free Movement of Capital*. *Fordham International Law Journal*, Volume 31, Issue 5, 2007.

VANISTENDAEL, Frans. *Legal Framework for Taxation in Tax Law Design and Drafting*, Volume 1, International Monetary Fund, 1996.

VASQUES, Sérgio. *Manual de Direito Fiscal*, 2.ª edição, Almedina, 2019.

VIEIRA, Ana Isabel. Organismos de investimento coletivo sob forma societária – um novo tipo societário? in *Revista de direito das sociedades comerciais*, Número 2 (2016).

XAVIER BRITO, Rita e CORDEIRO FERREIRA, Manuel, Apontamentos sobre o regime geral dos organismos de investimento coletivo in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 139-146, 2016.

XAVIER, Alberto, *Direito Internacional*, Direito Internacional, p. 130, Coimbra, 1993.

Decisões Jurisprudenciais citadas

Centro de Arbitragem Administrativa

Decisão CAAD, proferida no âmbito do processo 90/2019-T.

Decisão CAAD, proferida no âmbito do processo 93/2019.

Decisão CAAD, proferida no âmbito do processo 96/2019-T.

Decisão CAAD, proferida no âmbito do processo 256/2019-T.

Decisão CAAD, proferida no âmbito do processo 528/19-T.

Decisão CAAD, proferida no âmbito do processo 11/2020-T.

Decisão CAAD, proferida no âmbito do processo 68/2021-T.

Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão TJUE AllianzGI-Fonds AEVN, proferido no âmbito do processo C-545/19.

Acórdão TJUE Barbier, proferido no âmbito do processo C-364/01.

Acórdão TJUE Bordessa, proferido no âmbito dos processos C-358/93 e C-416/93.

Acórdão TJUE Casati, proferido no âmbito do processo C-203/80.

Acórdão TJUE Comissão v. Países Baixos, proferido no âmbito dos processos C-282/04 e C-283/04.

Acórdão TJUE Église de Scientologie de Paris, proferido no âmbito do processo C-54/99.

Acórdão TJUE Fidelity Funds, proferido no âmbito do processo C-480/16.

Acórdão TJUE Fidium Finanz AG, proferido no âmbito do processo C-452/04.

Acórdão TJUE Hollmann, proferido no âmbito do processo C-443/06.

Acórdão TJUE Leur-Bloem, proferido no âmbito do processo C-28/95.

Acórdão TJUE Nagy, proferido no âmbito do processo C-583/14.

Acórdão TJUE Pensioenfonds Metaal en Techniek, proferido no âmbito do processo C252/14.

Acórdão TJUE Sandoz, proferido no âmbito do processo C-439/97.

Acórdão TJUE Sanz de Lera, proferido no âmbito dos processos C-163/94, C-165/94 e C-250/94.

Acórdão TJUE Schumacker, proferido no âmbito do processo C-279/93.

Acórdão TJUE Truck Center, proferido no âmbito do processo C-282/07.

Acórdão TJUE Trummer e Mayer, proferido no âmbito do processo C-222/97.

Acórdão TJUE VBV – Vorsorgekasse AG, proferido no âmbito do processo C-39/11.

Acórdão TJUE Verkooijen, proferido no âmbito do processo C-35/98.

Acórdão TJUE Veronsaajien oikeudenvallontaylsikkö, proferido no âmbito do processo C-480/19.

Acórdão TJUE X & Y, proferido no âmbito do processo C-200/98.

Acórdão TJUE, proferido no âmbito do processo C-101/05.

Acórdão TJUE, proferido no âmbito do processo C-446/04.