Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
GERARD HOGAN
apresentadas em 19 de novembro de 2020[1]

Processo C-480/19

E
sendo interveniente:
Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Korkein hallinto-oikeus (Supremo Tribunal Administrativo, Finlândia)]

«Reenvio prejudicial — Livre circulação de capitais — Legislação fiscal — Imposto sobre o rendimento — Lucros distribuídos a uma pessoa singular que reside num Estado-Membro por um organismo de investimento coletivo não residente sob a forma de uma sociedade que reveste a forma estatutária — Diferença de tratamento entre as participações nos lucros distribuídos por organismos de investimento coletivo (UCIT) que assumiram a forma contratual e os dividendos distribuídos por organismos de investimento coletivo que assumiram a forma estatutária — Impossibilidade de os organismos de investimento coletivo residentes assumirem a forma estatutária»

I. Introdução

1. Este pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 63.º e 65.º TFUE. Em particular, levanta novamente a questão de saber o que constitui uma tributação discriminatória para efeitos das regras que regem a livre circulação de capitais.

2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe E à Keskusverolautakunta (Comissão Fiscal Central, Finlândia), a respeito da decisão desta última, de 10 de novembro de 2017, em que considerou que qualquer lucro distribuído a E por uma sociedade de investimento aberto luxemburguesa (SICAV: Société d'investissement à Capital Variable) deveria ser tributado na Finlândia como rendimento profissional.

3. O presente processo ilustra a necessidade de identificar com precisão a medida ou as medidas suscetíveis de serem discriminatórias para esse fim — constituindo assim uma restrição à livre circulação de capitais —, de modo que os Estados-Membros sejam informados das medidas legais que devem ser adotadas para o remediar.

1 Língua original: inglês.

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

4. Atualmente, o direito da União distingue entre dois tipos de veículos de investimento coletivo: organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM) e instituições de investimento coletivo que não podem ser qualificadas de OICVM (fundos de investimento alternativo, ou FIA).

5. Em conformidade com o considerando 4 da Diretiva 2009/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM) (JO 2009 L 302, p. 32) (a seguir «Diretiva OICVM»), o objetivo da presente diretiva consiste em «prever regras mínimas comuns para os OICVM estabelecidos nos Estados-Membros no que diz respeito à sua autorização, supervisão, estrutura e atividade e às informações que deverão publicar». O considerando 83 estabelece que a diretiva não deverá afetar as normas nacionais em matéria de tributação.

6. O artigo 1.º, n.º 3, da referida diretiva prevê:

«OS [OICVM] podem, por força da respetiva lei nacional, assumir a forma contratual (fundos comuns de investimento geridos por uma sociedade gestora) ou de trust (unit trust) ou a forma estatutária (sociedade de investimento).»

B. Direito finlandês

1. Legislação financeira

7. Segundo as informações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio e pelo Governo finlandês, o direito finlandês apenas permite a criação de fundos de investimento que sejam abrangidos pela Sijoitusrahastolaki (48/1999) (Lei Relativa aos Fundos de Investimento n.º 48/1999), que transpôs a Diretiva OICVM, e que revistam a forma contratual, isto é, «fundos comuns» na aceção dessa diretiva. O objetivo de tal restrição é proteger os investidores. Com efeito, quando os fundos não têm uma forma estatutária, e, por conseguinte, não têm personalidade jurídica, os ativos geridos por esses fundos comuns devem ser considerados como sendo diretamente detidos pelos investidores, de modo que, no caso de insolvência das sociedades gestoras, estes ativos não possam ser usados para satisfazer credores [2].

2. Legislação fiscal

8. O direito fiscal finlandês distingue entre rendimento de capital e rendimento profissional. A taxa de imposto aplicável ao rendimento de capital é de 30 %, na medida em que esse rendimento seja inferior a 30 000 euros, ou de 34 %, na medida em que esse rendimento ultrapasse os 30 000 euros. A taxa de imposto aplicável ao rendimento profissional é progressiva, com um escalão final superior a 50 %.

2 Além dos fundos mútuos abrangidos pela Diretiva OICVM, o direito finlandês permite a criação de fundos de investimento alternativos, ou seja, fundos que estão sujeitos não à Diretiva OICVM, mas à Diretiva 2011/61/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2011, relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos e que altera as Diretivas 2003/41/CE e 2009/65/CE e os Regulamentos (CE) n.º 1060/2009 e (UE) n.º 1095/2010 (JO 2011, L 174, p. 1). Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o direito finlandês apenas permite a criação de GFIA que revistam a forma contratual. No entanto, nas suas observações, o Governo finlandês sugere que podem ser criados GFIA que revistam a forma estatutária. Em particular, no n.º 33 da sua resposta ao pedido de esclarecimento do Tribunal de Justiça, esse Governo afirmou: «Por exemplo, se um fundo de retorno nacional assumir a forma de uma sociedade anónima, aplicam-se-lhe as regras em matéria de imposto sobre as sociedades aplicáveis às sociedades anónimas normais […]».

9. Nos termos do artigo 32.º da Tuloverolaki (Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento), com a epígrafe «Rendimento de capital», constituem rendimentos de capital o rendimento dos ativos, o lucro realizado por uma cessão de ativos e outros rendimentos que é possível considerar terem sido gerados por ativos. Constituem, nomeadamente, rendimentos de capital os dividendos, segundo as modalidades previstas nos artigos 33.º-A a 33.º-D da referida lei.

a) Tratamento fiscal do lucro distribuído por uma entidade com personalidade jurídica

10. As sociedades constituídas ao abrigo do direito finlandês estão sujeitas a um imposto sobre os seus lucros a uma taxa de 20 %. Os lucros distribuídos por estas sociedades constituem dividendos e são, por conseguinte, considerados rendimentos de capital [3]. Consoante a sociedade distribuidora esteja ou não cotada num mercado regulamentado, uma parte mais ou menos significativa desses rendimentos está isenta de imposto. O objetivo desta isenção, que é sempre apenas parcial, consiste em atenuar os efeitos da dupla tributação, primeiro, na sociedade e, num segundo momento, quando esses rendimentos são distribuídos aos investidores [4].

11. Em termos mais específicos, o artigo 33.º-A da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento, sob a epígrafe «Dividendos distribuídos por uma sociedade cotada», dispõe que:

«85 % de um dividendo distribuído por uma sociedade cotada é rendimento de capital e 15 % é rendimento não tributável.

[…]»

12. O artigo 33.º-B da referida lei, sob a epígrafe «Dividendos distribuídos por uma sociedade não cotada», prevê o seguinte:

«25 % dos dividendos distribuídos por uma sociedade não cotada constituem rendimentos de capital tributável e 75 % constituem rendimentos não tributáveis, até um montante correspondente a um rendimento anual de 8 % calculado com base no valor matemático da participação no exercício fiscal, cujo valor é fixado na laki varojen arvostamisesta verotuksessa annettu (1142/2005) [Lei sobre a Avaliação dos Ativos para Tributação (1142/2005)]. Na medida em que o montante dos dividendos recebidos pelo contribuinte exceda os 150 000 euros, 85 % dos dividendos constituem rendimentos de capital e 15 % constituem rendimentos não tributáveis.

Na medida em que se exceda o rendimento anual referido acima no primeiro parágrafo, 75 % dos dividendos constituem rendimentos profissionais e 25 % devem constituir rendimentos não tributáveis.

Sem prejuízo de outras disposições relativas à tributação dos dividendos previstas na presente lei, um dividendo deve constituir rendimento profissional se, em conformidade com uma cláusula nos estatutos, uma decisão da assembleia geral, um acordo dos titulares de participações ou qualquer outro acordo, a sua distribuição é a contrapartida de um contributo em trabalho dado pelo beneficiário do dividendo ou uma pessoa pertencente à sua esfera de interesse. O dividendo constitui o rendimento da pessoa que contribuiu com o trabalho em questão.

[…]»

3 Na sequência de uma reforma em 2014, a taxa de imposto sobre as sociedades foi reduzida e a carga fiscal sobre as mesmas foi transferida para os acionistas.

4 Os autos submetidos ao Tribunal de Justiça não especificam as razões pelas quais os dividendos pagos por uma sociedade cotada e os dividendos pagos por uma sociedade não cotada são tributados de forma diferente.

b) Tratamento fiscal do lucro distribuído por fundos de investimento convencionais nacionais

13. Embora não tenham personalidade jurídica, os fundos finlandeses sujeitos à Diretiva OICVM são, no entanto, considerados como tendo estatuto fiscal para efeitos do direito fiscal finlandês [5]. Por conseguinte, estes fundos são abrangidos pelo âmbito de aplicação do imposto finlandês sobre o rendimento das pessoas coletivas, mas a legislação finlandesa isenta-os do mesmo. Assim, os investimentos realizados através destes fundos são tratados da mesma forma, para efeitos fiscais, como se tivessem sido efetuados diretamente por investidores, pelo que estes investimentos são apenas tributados no âmbito desses investidores.

14. No que diz respeito à tributação dos lucros distribuídos por esses fundos, esse rendimento é considerado como participação nos lucros e não como dividendo para efeitos dos investidores individuais, dado que esses fundos carecem de personalidade jurídica. Por conseguinte, os investidores individuais são tributados na totalidade sobre este rendimento a uma taxa de 30 % (ou 34 % quando o rendimento de capital excede os 30 000 euros).

c) Tratamento fiscal dos lucros pagos por sociedades estrangeiras

15. O artigo 33.º-C, n.os 1 a 3, da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento, sob a epígrafe «Dividendos pagos por uma entidade estrangeira», determina:

«Os dividendos distribuídos por uma entidade estrangeira constituem rendimentos tributáveis segundo as modalidades previstas no artigo 33.º-A e no artigo 33.º-B se a entidade em causa for uma sociedade na aceção do artigo 2.º da Diretiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mãe e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes [6], conforme alterada pela Diretiva 2013/13/UE do Conselho, de 13 de maio de 2013 [7], e pela Diretiva 2014/86/UE do Conselho, de 8 de julho de 2014 [8].

Os dividendos distribuídos por uma entidade estrangeira que não é referida no n.º 1 do referido artigo constituem rendimentos tributáveis segundo as modalidades previstas no artigo 33.º-A e no artigo 33.º-B se a entidade em causa for obrigada, sem possibilidade de opção e sem isenção, a pagar, sobre os rendimentos obtidos que foram objeto de uma distribuição de dividendos, uma taxa mínima de imposto de 10 % e:

1) essa entidade tiver a sua sede estatutária, segundo as disposições fiscais de um Estado-Membro do Espaço Económico Europeu [EEE], neste Estado e não, segundo uma convenção destinada a evitar duplas tributações, num Estado terceiro ao [EEE], ou

2) estiver em vigor, para o exercício fiscal em causa, uma convenção destinada a evitar a dupla tributação que vincule o Estado de residência da entidade e a Finlândia e que seja aplicável aos dividendos distribuídos por esta entidade.

Os dividendos distribuídos por uma entidade estrangeira não mencionada nos n.os 1 e 2 do referido artigo constituem rendimentos profissionais tributáveis na íntegra.

5 Saliento que considerar os fundos de investimento nacionais como entidades fiscais ao mesmo tempo que se isentam do imposto sobre o rendimento tem por efeito alterar a natureza do rendimento distribuído, a fim de simplificar o tratamento fiscal das transações em causa. Com efeito, se esses fundos tivessem sido considerados entidades fiscais transparentes, teria sido necessário, para se lhes aplicar o regime correspondente, distinguir entre o rendimento distribuído por esses fundos proveniente de participações de sociedades cotadas e de participações de sociedades não cotadas. Uma vez que esses fundos não são transparentes, todos os rendimentos por eles distribuídos são tributados consoante esses fundos sejam ou não, eles próprios, cotados.

6 JO 2011 L 345, p. 8.

7 JO 2013 L 141, p. 30.

8 JO 2014 L 219, p. 40.

[…]»

16. Segundo o Governo finlandês, o artigo 33.º-C da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento visa aplicar às sociedades estrangeiras o mesmo tratamento que é aplicado às sociedades constituídas ao abrigo do direito finlandês. Uma vez que a redução da base tributável prevista nos artigos 33.º-A e 33.º-B se destina a atenuar os efeitos da dupla tributação dos lucros das sociedades e dos investidores, apenas os dividendos pagos por sociedades que tenham liquidado imposto sobre o rendimento no seu Estado de residência serão abrangidos pelo âmbito de aplicação destas disposições. Por outro lado, se uma sociedade estrangeira não tiver pago qualquer imposto sobre o rendimento, esta encontrar-se-á numa situação diferente, pelo que não haverá qualquer razão para que esta sociedade beneficie deste mecanismo de atenuação da dupla tributação dos lucros. Como veremos em seguida, esta lógica é a chave para compreender o eventual problema da tributação discriminatória no caso em apreço.

C. Direito luxemburguês

17. Para efeitos do presente processo, parece ser apenas necessário salientar que, nos termos da legislação luxemburguesa, o termo SICAV designa fundos de investimento sob a forma de uma sociedade de capital variável e com participações [9]. As sociedades que preenchem as condições para serem assim qualificadas estão isentas do imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas normalmente cobrado sobre os lucros de qualquer sociedade [10]. Uma SICAV regida pelo direito luxemburguês não é necessariamente um OICVM na aceção da Diretiva OICVM, mas pode estar sujeita à Diretiva 2011/61 [11].

III. Matéria de facto no processo principal e questão prejudicial

18. E é uma pessoal singular residente na Finlândia que investiu num compartimento de um fundo de investimento OICVM, regido pelo direito luxemburguês, cujo rendimento realizado era distribuído anualmente aos investidores.

19. Em 20 de junho de 2017, E apresentou um pedido de decisão prévia à Comissão Fiscal Central a fim de saber se, em substância, para efeitos da tributação na Finlândia, o rendimento distribuído por uma SICAV luxemburguesa deve ser tributado enquanto rendimento de capital ou enquanto rendimento profissional.

20. Na sua decisão prévia adotada em 10 de novembro de 2017, a Comissão Fiscal Central considerou que, na Finlândia, o rendimento distribuído por uma SICAV, regida pelo direito luxemburguês, deve ser considerado o pagamento de dividendos e que, para efeitos da tributação de E que aí deve ser efetuada, esse rendimento deve ser tributado enquanto rendimento profissional, em conformidade com o n.º 3 do artigo 33.º-C da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento.

21. Os autos no Tribunal de Justiça revelam, em substância, que a Comissão Fiscal Central considerou que o facto de a SICAV em causa no processo principal ser um OICVM não era relevante para a determinação do regime fiscal aplicável. Pelo contrário, a Comissão Fiscal Central considerou que, à luz das disposições fiscais aplicáveis, o critério relevante é a natureza jurídica, ao abrigo do direito

9 Este termo não designa uma forma particular de sociedade. Por exemplo, uma SICAV pode ser uma «société anonyme» ou uma «commandite par action».

10 No entanto, as sociedades com o estatuto de SICAV são, em princípio, obrigadas a pagar uma taxa de subscrição anual. Esta taxa não é, todavia, baseada nos lucros, mas no valor do ativo líquido do fundo.

11 V. sítio Web da Association of the Luxembourg Fund Industry (associação da indústria de fundos luxemburguesa, ALFI) https://www.alfi.lu/en-GB/Pages/Setting-up-in-Luxembourg/Alternative-investment-funds-legal-vehicles/RAIF-(Luxembourg-Reserved-Alternative-Investment-F

finlandês, do rendimento distribuído, que, por sua vez, dependia da forma jurídica dos fundos. Uma vez que, em conformidade com a legislação aplicável à sua constituição, as SICAV regidas pelo direito luxemburguês têm personalidade jurídica e, por conseguinte, os rendimentos que distribuem constituem dividendos e não participações nos lucros, esses rendimentos devem ser considerados como se fossem distribuídos por qualquer outro organismo que assuma a forma estatutária, sejam ou não fundos de investimento. Assim, a Comissão Fiscal Central entendeu que os lucros distribuídos por esses fundos não deviam ser tratados de forma diferente dos fundos nacionais, visto que serão tributados tal como o seriam se fossem constituídos ao abrigo do direito finlandês.

22. Com base nesta conclusão, afigura-se, embora o pedido de decisão prejudicial não seja talvez muito claro a este respeito, que a Comissão Fiscal Central considerou que uma SICAV regida pelo direito luxemburguês não preenche a condição estabelecida no n.º 1 do artigo 33.º-C da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento, na medida em que este tipo de sociedade não está sujeita ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas no Luxemburgo e não satisfaz a condição prevista no n.º 2 do artigo 33.º-C da referida lei. Por conseguinte, nos termos do n.º 3 do artigo 33.º-C, a Comissão Fiscal Central concluiu que os dividendos pagos por um fundo luxemburguês deveriam ser tributados como rendimento profissional.

23. E recorreu da decisão da Comissão Fiscal Central para o órgão jurisdicional de reenvio, o Korkein hallinto-oikeus (Supremo Tribunal Administrativo, Finlândia).

24. No seu recurso, E alegou que a prática administrativa que consistia em tratar os lucros distribuídos por uma SICAV como rendimento profissional, tributável segundo um sistema progressivo de tributação com base no artigo 33.º-C, n.º 3, da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento, implicaria uma tributação mais elevada do que a aplicável aos lucros distribuídos por um fundo de investimento finlandês, uma vez que este último lucro é tratado como rendimento de capital. E defendeu que esta situação era contrária à livre circulação de capitais consagrada no artigo 63.º TFUE.

25. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio considera que, para se pronunciar sobre a legalidade da decisão da Comissão Fiscal Central, é necessário determinar se é ou não contrário aos artigos 63.º e 65.º TFUE tributar o rendimento pago por uma SICAV ao abrigo do direito luxemburguês como rendimento profissional e não como rendimento de capital, devido à forma jurídica desse organismo de investimento coletivo. Em particular, o órgão jurisdicional de reenvio considera que o caso em apreço necessita de esclarecimento relativamente à questão de saber se o simples facto de uma SICAV, regida pelo direito luxemburguês, constituir um organismo de investimento coletivo na aceção da Diretiva OICVM é relevante para determinar se o lucro distribuído por essa entidade deve ser tratado, para efeitos fiscais, como lucro distribuído por um fundo de investimento finlandês, que assume a forma contratual, que é o único tipo de organismo de investimento coletivo que pode ser criado na Finlândia.

26. Foi neste contexto que o órgão jurisdicional de reenvio decidiu suspender a instância e submeter à apreciação do Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Devem os artigos 63.º e 65.º TFUE ser interpretados no sentido de que se opõem a uma interpretação nacional segundo a qual o rendimento pago a uma pessoa singular residente na Finlândia por um organismo de investimento coletivo que tenha sede noutro Estado-Membro da União e revista a forma estatutária na aceção da Diretiva [OICVM] […], não é, para efeitos da tributação sobre o rendimento, equiparado a um rendimento pago por um fundo de investimento finlandês que reveste a forma contratual na aceção desta diretiva […], pelo facto de a forma jurídica do organismo de investimento coletivo que tenha sede no outro Estado-Membro não corresponder à estrutura jurídica do fundo de investimento nacional?»

IV. Análise

27. Antes de mais, à luz das disposições citadas pelo órgão jurisdicional nacional, parece-me que a decisão impugnada resulta simplesmente da aplicação dessas disposições ao rendimento em causa. Por conseguinte, é a compatibilidade da legislação descrita pelo órgão jurisdicional de reenvio com o direito da União que deve ser analisada no presente caso [12].

28. Neste contexto, importa observar que a tributação direta continua a ser da competência, principalmente, dos Estados-Membros. Em consequência, no estado atual de harmonização do direito fiscal da União, os Estados-Membros têm liberdade para estabelecer o sistema de tributação que considerem mais apropriado, pelo que a aplicação de uma tributação progressiva é do âmbito do poder de apreciação de cada Estado-Membro [13]. Em especial, as liberdades fundamentais não podem ser entendidas no sentido de que um Estado-Membro é obrigado a estabelecer as suas regras fiscais em função das de outro Estado-Membro a fim de garantir, em todas as situações, a eliminação de qualquer disparidade entre diferentes regimes fiscais nacionais, uma vez que as decisões adotadas por uma sociedade para o estabelecimento de estruturas comerciais no estrangeiro podem ou não, dependendo das circunstâncias, ser vantajosas passa essa sociedade [14].

29. No entanto, ainda que os Estados-Membros sejam livres de determinar o alcance, bem como os princípios básicos dos seus regimes fiscais, devem, contudo, exercer a sua competência fiscal no respeito da liberdade de circulação, o que implica que devem abster-se de adotar medidas proibidas pelo artigo 63.º, n.º 1, TFUE [15]. Por outras palavras, as liberdades fundamentais não se destinam a resolver problemas de interoperabilidade entre os diferentes regimes fiscais nacionais. Antes visam assegurar que os Estados-Membros exercem as suas competências de uma forma não discriminatória [16].

30. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, «as medidas proibidas pelo artigo 63.º, n.º 1, TFUE, enquanto restrições aos movimentos de capitais, *incluem* as que são de molde a dissuadir os não residentes de investirem num Estado-Membro ou a dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investirem noutros Estados» [17]. Uma vez que o simples facto de sujeitar uma atividade ou transação a um determinado imposto a torna necessariamente menos atraente, é, portanto, suscetível de dissuadir os nacionais de outros Estados-Membros de investirem nesse Estado. No entanto, para não prejudicar indevidamente a capacidade dos Estados-Membros de cobrarem impostos, o facto de uma medida ter um tal efeito dissuasivo não é, por si só, suficiente para que seja qualificada de restrição neste sentido: tal medida tem igualmente de estabelecer uma discriminação, quer direta quer indireta, em detrimento do investidor transfronteiriço [18].

12 Em especial, a decisão impugnada não se afigura diretamente relacionada com a Convenção entre o Grão-Ducado do Luxemburgo e a República da Finlândia para evitar as duplas tributações em matéria de impostos sobre o rendimento e o património, e seu protocolo, assinada no Luxemburgo em 1 de março de 1982 (Mémorial A 1982, p. 1966).

13 V., por exemplo, Acórdão de 3 de março de 2020, Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139, n.º 49).

14 V., por exemplo, Acórdãos de 28 de fevereiro de 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, n.º 43); de 10 de junho de 2015, X (C-686/13, EU:C:2015:375, n.º 33); e de 27 de fevereiro de 2020, AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2020:127, n.º 32). Dadas as disparidades na legislação nacional dos Estados-Membros, o resultado do exercício destas liberdades pode, portanto, ser mais ou menos vantajoso, ou mesmo desvantajoso, uma vez que o direito da União não garante aos cidadãos da União que o exercício das liberdades de circulação será neutro em matéria fiscal. V., por exemplo, Acórdãos de 15 de julho de 2004, Lindfors (C-365/02, EU:C:2004:449, n.º 34); de 12 de julho de 2005, Schempp (C-403/03, EU:C:2005:446, n.º 45); e de 20 de maio de 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, n.ºs 37 e 62).

15 V., por exemplo, Acórdão de 12 de setembro de 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, n.º 40).

16 Assim, o facto de não existir na legislação nacional de um Estado-Membro um estatuto jurídico equivalente ao estatuto jurídico de uma entidade registada noutro Estado-Membro não obriga o primeiro Estado-Membro a tratar essa entidade da mesma maneira que a entidade que beneficie, ao abrigo dessa legislação, das vantagens mais relevantes, apesar de essa entidade não preencher as características que justificaram a concessão dessas vantagens, mas apenas a aplicar as regras existentes, de uma forma não discriminatória, à referida entidade registada no outro Estado-Membro.

17 V., por exemplo, Acórdão de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o. (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 15). Itálico meu.

18 V., neste sentido, Acórdãos de 6 de dezembro de 2007, Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, n.º 53), e de 26 de maio de 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, n.º 47).

31. Em geral, uma medida deve ser considerada discriminatória quando o seu objeto ou efeito consiste em tratar situações comparáveis de forma diferente ou, inversamente, tratar situações diferentes de forma idêntica [19]. No contexto das liberdades de circulação, uma vez que o seu objetivo consiste na realização do mercado interno, o Tribunal de Justiça recorre geralmente a uma definição mais específica. Com efeito, sempre que a lei proíbe a utilização de um critério específico, ocorre uma discriminação direta quando uma pessoa é expressamente tratada de forma menos favorável com base nesse critério, e ocorre uma discriminação indireta quando o critério é utilizado, no que à primeira vista parece uma maneira neutra, mas na prática coloca as pessoas que preenchem o critério proibido em desvantagem comparativamente a outras pessoas [20].

32. Com base nesta abordagem mais específica, o Tribunal de Justiça classifica, na perspetiva das liberdades fundamentais, uma medida como estabelecendo uma «discriminação direta» quando trata as situações de forma diferente devido à nacionalidade das partes envolvidas [21], e como «discriminação indireta» quando, embora com base noutro critério como a residência, conduz, na prática, ao mesmo resultado [22].

33. É certo que o Tribunal de Justiça considerou, em circunstâncias específicas, que a existência de uma desvantagem podia ser deduzida do facto de os não residentes não serem suscetíveis de satisfazer a condição ou condições exigidas para beneficiar do regime fiscal ou só muito dificilmente o poderem fazer [23]. No entanto, uma vez que segundo jurisprudência assente, «os inconvenientes que podem resultar do exercício paralelo das competências fiscais dos diferentes Estados-Membros, desde que esse exercício não seja discriminatório, não constituem restrições proibidas pelo [direito da UE]» [24], tal circunstância não é, por si só, suficiente para estabelecer a existência de uma restrição [25]. Para que uma medida constitua uma discriminação e, por conseguinte, uma restrição, como resulta do Acórdão Köln-Aktienfonds Deka [26], é necessário que, à luz do objetivo prosseguido por essa medida [27], os nacionais e não nacionais — ou residentes e não residentes — sejam considerados como estando numa situação comparável [28]. Todavia, quando o objetivo de uma medida fiscal não está diretamente relacionado com um dos elementos que caracterizam um fundo OICVM em comparação com qualquer outro fundo, essa distinção é irrelevante. Com efeito, o facto de, para ser qualificada de restrição, uma medida dever ser discriminatória, não implica que «qualquer» distinção seja relevante. No que respeita às liberdades fundamentais, o importante não é a neutralidade económica geral ou a coerência da legislação em causa, que é uma questão de direito nacional, mas sim se essa legislação coloca especificamente em desvantagem as operações transfronteiriças.

19 V., por exemplo, Acórdãos de 13 de março de 2014, Bouanich (C-375/12, EU:C:2014:138, n.º 45), e de 30 de abril de 2020, Société Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, n.ºs 24 e 25).

20 Para mais explicações sobre o teste a realizar, v. as minhas conclusões no processo Autoridade Tributária e Aduaneira (C-388/19).

21 V., por exemplo, Acórdão de 14 de dezembro de 2006, Denkavit Internationaal e Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, n.º 19).

22 V., por exemplo, Acórdãos de 14 de fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, n.º 26), de 20 de janeiro de 2011, Comissão/Grécia (C-155/09, EU:C:2011:22, n.º 45), de 19 de novembro de 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, n.º 29), e de 18 de junho de 2020, Comissão/Hungria (Transparência associativa) (C-78/18, EU:C:2020:476, n.º 62).

23 Tanto quanto sei, esta abordagem específica só em raras ocasiões foi utilizada em matéria fiscal. V. Acórdãos de 3 de fevereiro de 2000, Dounias (C-228/98, EU:C:2000:65, n.º 61), de 30 de janeiro de 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, n.º 62) e, relativamente ao ónus da prova, Acórdão de 28 de janeiro de 2010, Direct Parcel Distribution Belgium (C-264/08, EU:C:2010:43, n.º 35).

24 V., por exemplo, Acórdão de 16 de julho de 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471, n.º 27).

25 V., neste sentido, Acórdão de 18 de dezembro de 2007, Laval un Partneri (C-341/05, EU:C:2007:809, n.ºs 54 e 110).

26 Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51).

27 Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a comparabilidade da situação em causa deve ser apreciada à luz do objetivo prosseguido pela medida em questão. V., por exemplo, Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, X (Sociedades intermediárias estabelecidas em países terceiros) (C-135/17, EU:C:2019:136, n.º 64). O Tribunal de Justiça tem, por vezes, também em conta «o objetivo e [o] conteúdo» [v. Acórdão de 18 de dezembro de 2014, Q (C-133/13, EU:C:2014:2460, n.º 22)], ou o «objeto e o conteúdo» dessa medida [v. Acórdão de 13 de novembro de 2019, College Pension Plan of British Columbia (C-641/17, EU:C:2019:960, n.º 65)].

28 V., por exemplo, Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, n.ºs 74 e 75).

34. Por último, gostaria de relembrar que uma restrição de uma liberdade de circulação pode ser justificada por razões imperiosas de interesse geral e, consequentemente, pode não ser considerada contrária ao direito da União, se for aplicada sem discriminação em razão da nacionalidade, for adequada para garantir a realização do objetivo por ela prosseguido, e se não for além do que é necessário para o alcançar [29].

35. A este respeito, gostaria de observar que, embora num número crescente de acórdãos o Tribunal de Justiça tenha procedido à avaliação da comparabilidade das situações na fase da justificação, acredito que, se, contrariamente ao que sugiro, o Tribunal de Justiça não mantiver o conceito de discriminação aplicável na presença de um critério proibido, mas, em vez disso, tomar em consideração a definição mais ampla de discriminação como referindo-se a qualquer medida que tem como objeto ou efeito o tratamento de situações comparáveis de forma diferente ou, inversamente, de situações diferentes de forma idêntica, essa comparação deverá ser efetuada, explícita ou implicitamente, antes de uma medida poder ser devidamente considerada discriminatória e, por conseguinte, qualificada de restrição [30]. Com efeito, neste caso, resulta dessa definição mais ampla de discriminação que a comparação constitui um elemento que a qualifica.

36. A razão pela qual um grande número de acórdãos avaliou, no entanto, a comparabilidade das situações na fase de justificação e não na fase em que a existência da restrição é avaliada [31] parece estar relacionada com a abordagem adotada em determinados acórdãos, isto é, uma abordagem que apresenta o artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE como estabelecendo uma *derrogação* ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, e que, por conseguinte, deve ser interpretada de forma estrita [32].

37. Além do facto de alguns acórdãos em que se procedeu à avaliação da comparabilidade das situações na fase da justificação respeitarem a liberdades fundamentais diferentes da livre circulação de capitais [33], saliento que a redação do artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE não justifica fazer esta comparação apenas numa fase posterior. Com efeito, este artigo limita-se a determinar que «[o] disposto no artigo 63.º não prejudica o direito de os Estados-Membros [a]plicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido». Neste contexto, a expressão «não prejudica o direito de os Estados-Membros», etc., significa simplesmente que os Estados-Membros estão efetivamente autorizados a tomar em consideração o estatuto de residente dos contribuintes ao elaborarem a sua legislação em matéria de tributação de capitais. Esta expressão não implica a existência de uma exceção, mas sim que os Estados-Membros podem definir regras diferentes para não residentes, em certas circunstâncias em que possa ser relevante fazê-lo.

29 V., neste sentido, Acórdão de 13 de novembro de 2019, College Pension Plan of British Columbia (C-641/17, EU:C:2019:960, n.º 83).

30 V., por exemplo, Acórdão de 13 de março de 2014, Bouanich (C-375/12, EU:C:2014:138, n.ºs 45 a 56) ou Acórdão de 12 de junho de 2003, Gerritse (C-234/01, EU:C:2003:340, n.º 47). V., Lenaerts, K. e Bernardeau, L., «L'encadrement communautaire de la fiscalité directe», *Cahiers de droit européen*, vol. 1, Bruylant, 2007, pp. 19-109, p. 55.

31 Em alguns acórdãos, o Tribunal de Justiça considerou que uma vez qualificada uma medida de restrição, a falta de comparabilidade pode servir de justificação para o seu efeito discriminatório. V., por exemplo, Acórdão de 22 de novembro de 2018, Sofina e o. (C-575/17, EU:C:2018:943, n.º 42). No entanto, noutros acórdãos, o Tribunal de Justiça analisou a comparabilidade das situações como condição para qualificar a medida de restrição. V., por exemplo, Acórdãos de 13 de março de 2014, Bouanich (C-375/12, EU:C:2014:138, n.ºs 45 a 56), ou de 4 de julho de 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, n.ºs 31 a 38). Por último, em certos casos, o Tribunal de Justiça realizou duas vezes essa análise: a primeira vez, para qualificar uma medida de restrição, e a segunda vez na fase de justificação. V. Acórdãos de 17 de setembro de 2015, Miljoen e o. (C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608, n.ºs 57 e 65) ou, em relação à liberdade de estabelecimento, de 17 de maio de 2017, X (C-68/15, EU:C:2017:379, n.ºs 42 e 50). Nestas situações, a primeira análise da comparabilidade centrou-se, em substância, na questão de saber se as pessoas em causa estavam sujeitas ao mesmo tipo de tratamento fiscal (o que, na realidade, equivale a analisar não a comparabilidade de situações, mas o âmbito da medida em causa) e a segunda na comparabilidade de situações tendo em conta o objetivo prosseguido pela legislação fiscal nacional em causa.

32 V. Acórdão de 22 de novembro de 2018, Sofina e o. (C-575/17, EU:C:2018:943, n.º 45).

33 V. Acórdão de 17 de julho de 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, n.º 23).

38. Além disso, se o artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE devesse ser considerado como constituindo, em sentido estrito, uma «derrogação», isto significaria que o teste a aplicar em matéria fiscal para identificar a existência de uma restrição variaria em função da liberdade de circulação em causa, uma vez que, por exemplo, relativamente à liberdade de estabelecimento, está estabelecido que as situações devem ser comparadas antes de uma medida ser classificada como uma restrição neste sentido [34].

39. Em minha opinião, não existe nenhuma razão plausível para que, no contexto da livre circulação de capitais, a falta de comparabilidade de duas situações fiscais seja considerada numa fase diferente. Independentemente de o caso em causa se referir à livre circulação de capitais ou a outra liberdade fundamental, a definição daquilo que constitui uma restrição deve permanecer idêntica.

40. No presente caso, para determinar se o artigo 32.º da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento estabelece uma restrição, as partes debateram principalmente a pertinência do facto de uma SICAV exercer as mesmas atividades que um fundo mútuo.

41. No entanto, como já expliquei, a comparabilidade das situações não pode ser avaliada de forma abstrata. Pelo contrário, essa comparação deve ser efetuada à luz do objetivo prosseguido pela medida em questão, desde que este objetivo não seja, em si mesmo, discriminatório [35]. Assim, fatores como os objetos do ato constitutivo, a forma societária [36], o tipo de conduta empresarial ou as regras aplicáveis às sociedades em questão, não são, em si mesmos, decisivos: é o objetivo prosseguido pela medida fiscal em causa que determinará o critério relevante.

42. Por conseguinte, não se podem retirar quaisquer conclusões específicas para o caso em apreço do facto de que no n.º 50 do Acórdão de 18 de junho de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377), referido por algumas das partes, o Tribunal de Justiça ter declarado que «a circunstância de, no direito finlandês, não haver um tipo de sociedades com uma forma jurídica idêntica à de uma SICAV de direito luxemburguês não pode, *por si só*, justificar um tratamento diferenciado, na medida em que, não estando o direito das sociedades dos Estados-Membros inteiramente harmonizado a nível [da União], a liberdade de estabelecimento ficaria, desse modo, esvaziada de qualquer efeito útil» [37].

43. Como resulta claramente da utilização do termo «por si só», o Tribunal de Justiça não excluiu a possibilidade de esta circunstância ser relevante noutros contextos [38]. No Acórdão Aberdeen Property Fininvest Alpha [39], esta circunstância específica não tinha consequências, visto que, como o Tribunal de Justiça observou, o objetivo prosseguido pela medida em causa consistia em preservar as sociedades-mãe residentes de uma tributação em cadeia dos lucros distribuídos por uma filial residente. Nessa perspetiva, na medida em que as sociedades-mãe estão efetivamente constituídas, a forma societária precisa dessas entidades tributáveis não se afigura relevante para avaliar se estão numa situação comparável.

34 V. Acórdãos de 12 de junho de 2018, Bevola e Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424 n.º 32), e de 9 de fevereiro de 2017, X (C-283/15, EU:C:2017:102, n.º 29). V., relativamente à livre prestações de serviços, Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Anton van Zantbeek (C-725/18, EU:C:2020:54, n.º 26).

35 V., por exemplo, Acórdão de 1 de dezembro de 2011, Comissão/Hungria (C-253/09, EU:C:2011:795, n.º 61). Afirma-se em alguns acórdãos que as situações devem ser «objetivamente comparáveis», o que pode induzir em erro, pois pode sugerir que o que é relevante são as diferenças factuais entre as duas situações, ao passo que, segundo jurisprudência constante, a comparabilidade de uma situação transfronteiriça com uma situação interna no Estado-Membro em causa deve ser examinada à luz do objetivo prosseguido pelas medidas em questão. V. Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, X (sociedades intermediárias estabelecidas em países terceiros) (C-135/17, EU:C:2019:136, n.º 64).

36 Para utilizar a expressão utilizada por algumas partes.

37 Itálico meu.

38 V., por exemplo, Acórdão de 21 de junho de 2018, Fidelity Funds e o. (C-480/16, EU:C:2018:480, n.º 51). Assim, uma medida fiscal pode tratar organismos de investimento coletivo de forma diferente, consoante revistam a forma contratual ou a forma estatutária, caso tal circunstância seja relevante tendo em conta o objetivo prosseguido por essa medida e essa diferença de tratamento seja compatível com as regras da União.

39 Acórdão de 18 de junho de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377).

44. O mesmo se aplica à situação em que a sociedade está sujeita à Diretiva OICVM. É certo que esta diretiva prevê que um OICVM pode revestir a forma contratual ou a forma estatutária, mas este facto só poderia ser relevante para a avaliação da existência de uma restrição se a medida fiscal em questão prosseguir um objetivo, e a realização desse objetivo depender do facto de o fundo ser um OICVM [40]. Por exemplo, se a Finlândia tivesse pretendido tributar os rendimentos distribuídos por fundos OICVM de uma forma específica, esta teria sido obrigada a tratar de forma idêntica as SICAV, regidas pelo direito luxemburguês e abrangidas pelo conceito de OICVM, e os fundos mútuos, regidos pelo direito finlandês e igualmente abrangidos pelo referido conceito.

45. É, pois, importante notar que, em muitos Estados-Membros, o direito fiscal é, de um modo geral, considerado distinto de outros ramos do direito e, como tal, a qualificação jurídica de determinadas situações para efeitos do direito comercial ou do direito civil não é necessariamente transponível para efeitos fiscais. Um dos melhores exemplos disto é, sem dúvida, o facto de que, em matéria fiscal, o conceito de residência poder ser diferente do utilizado, por exemplo, no contexto do direito da família.

46. Como proponho explicar seguidamente, o teste adotado pela Finlândia no artigo 32.º da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento no caso em apreço não é específico nem está relacionado com o facto de saber se a entidade em questão é um OICVM, mas sim com o facto de saber se constitui uma sociedade. Isto não significa, por si só, que a legislação finlandesa não é discriminatória. O fator determinante nessa avaliação é saber se, como resultado da qualificação do rendimento em causa como dividendos, a legislação sujeita transações semelhantes a diferentes resultados fiscais.

47. Por último, recorde-se que uma restrição à livre circulação de capitais só pode ser admitida se se justificar, em caso de discriminação direta, por motivos expressamente previstos no Tratado [41] ou, no caso de discriminação indireta, por razões imperiosas de interesse geral e, nesse caso, se for adequada para garantir a realização do objetivo por ela prosseguido e se não for além do que é necessário para o alcançar [42].

48. No presente processo, o órgão jurisdicional de reenvio e as partes centraram as suas observações na prática da administração tributária finlandesa de tratar as SICAV, regidas pelo direito luxemburguês, como sociedades de direito finlandês para efeitos da tributação dos rendimentos distribuídos. No entanto, observo que a decisão impugnada é resultado da aplicação consecutiva, seguindo uma árvore de decisão, de três disposições, cada qual com o efeito de impedir a aplicação de outros regimes fiscais nomeadamente:

– Artigo 32.º da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento, na medida em que distingue entre dividendos e participações nos lucros;

– Artigo 33.º-C, n.os 1 e 2, da referida lei, na medida em que esta disposição exclui da aplicação dos artigos 33.º-A e 33.º-B as sociedades que não preenchem as condições do n.º 1 ou do n.º 2 do artigo 33.º-C;

– Artigo 33.º-C, n.º 3, da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento, na medida em que esta disposição qualifica os lucros distribuídos por determinadas sociedades estrangeiras como rendimento profissional.

40 Isto é tanto mais assim quanto o considerando 83 da Diretiva OICVM dispõe que a presente diretiva não deverá afetar as normas nacionais em matéria de tributação. Em todo o caso, as liberdades fundamentais aplicam-se apenas na medida em que uma matéria não esteja totalmente harmonizada. V., por exemplo, Acórdão de 14 de março de 2013, Comissão/França (C-216/11, EU:C:2013:162, n.º 27).

41 V., relativamente às medidas fiscais, Conclusões do advogado-geral A. Tizzano no processo SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:437, n.º 55) ou, em termos mais gerais, Acórdãos de 7 de maio de 1997, Pistre e o. (C-321/94 a C-324/94, EU:C:1997:229, n.º 52), e de 1 de outubro de 2009, Woningstichting Sint Servatius (C-567/07, EU:C:2009:593, n.º 25).

42 V., por exemplo, Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, X (Sociedades intermediárias estabelecidas em países terceiros) (C-135/17, EU:C:2019:136, n.º 70).

49. Neste contexto, entendo que estas disposições devem ser consideradas separadamente [43].

A. Quanto à existência de uma restrição devido à distinção feita pelo artigo 32.º da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento entre os lucros distribuídos que constituem dividendos e os que constituem participações

50. E alega que a decisão impugnada tratou os rendimentos distribuídos por SICAV estrangeiras que assumiram a forma de uma SICAV luxemburguesa da mesma maneira que os rendimentos distribuídos pelas sociedades anónimas nacionais, o que resultou numa tributação mais elevada para os seus titulares de participações do que para os fundos de investimento finlandeses e os seus investidores.

51. Contudo, aceita-se que esta distinção não se baseia na lei substantiva nacional aplicável aos fundos. Com efeito, os fundos de investimento estrangeiros sem personalidade jurídica são tratados exatamente da mesma forma que os fundos nacionais sem qualquer personalidade jurídica. Por conseguinte, não é possível estabelecer qualquer discriminação direta.

52. No que se refere à existência de uma eventual discriminação indireta, é verdade que o direito finlandês só permite a criação de organismos de investimento coletivo que revestem a forma contratual. No entanto, esse facto não é, por si só, suficiente para determinar a existência de uma discriminação indireta. Como já expliquei, para que tal discriminação indireta se produza, o critério utilizado deve ter como efeito colocar em desvantagem não nacionais ou não residentes, mesmo que essa disposição seja na sua redação indistintamente aplicável.

53. No caso em apreço, a diferença de tratamento entre as SICAV regidas pelo direito luxemburguês em comparação com os fundos mútuos regidos pelo direito finlandês é consequência da distinção feita pela legislação finlandesa entre participações nos lucros e dividendos. Independentemente do facto de esta ser uma distinção frequentemente feita pelas legislaturas nacionais, não é possível, creio eu, deduzir facilmente do simples facto de que o direito finlandês não permite a criação de fundos de investimento que revistam a forma de uma sociedade que a legislatura finlandesa pretendia, assim, dar preferência aos fundos de investimento nacionais.

54. Em todo o caso, observo que, se o Tribunal de Justiça considerou que a comparabilidade deve ser avaliada à luz do objetivo prosseguido pela medida em causa, também decidiu — é certo que no contexto da discriminação em razão do sexo, mas não vislumbro qualquer razão para que o teste de não discriminação seja diferente no presente contexto — que, para avaliar a existência de uma diferença de tratamento, todas as pessoas sujeitas à legislação nacional, na qual a diferença de tratamento tem origem, devem ser tomadas em consideração, visto que, em princípio, é o âmbito de aplicação da legislação em causa que determina o círculo de pessoas suscetíveis de serem incluídas na comparação [44].

55. Assim sendo, uma vez que no presente processo a distinção que a legislação finlandesa faz entre participações e dividendos dos lucros não se aplica aos lucros distribuídos por qualquer entidade tributável, pode presumir-se que o objetivo prosseguido por esta distinção e, consequentemente, o quadro de referência para avaliar a comparabilidade das situações, se encontra a este nível.

43 Pode ser tentador fazer uma avaliação global do efeito combinado destas três disposições, mas tal abordagem cria um risco se se concluir que existe uma restrição, que as disposições que dão origem à restrição não são identificadas de forma precisa, com o resultado de o Estado-Membro alterar a sua legislação além do necessário.

44 V., neste sentido, Acórdãos de 6 de dezembro de 2007, Voß (C-300/06, EU:C:2007:757, n.os 40 e 41) e de 3 de outubro de 2019, Schuch-Ghannadan (C-274/18, EU:C:2019:828, n.º 47). Do mesmo modo, no domínio dos auxílios de Estado, o Tribunal de Justiça analisa a existência de uma vantagem seletiva tendo em conta um quadro de referência. V., neste sentido, as minhas Conclusões nos processos apensos UNESA e o. (C-105/18 a C-113/18, EU:C:2019:395, n.º 80).

56. Embora incumba ao órgão jurisdicional nacional apreciar qual é exatamente o objetivo desta distinção, é possível deduzir-se das disposições em causa que o artigo 33.º-C, n.os 1 e 2 visa, pelo menos em parte, excluir do âmbito de aplicação dos artigos 33.º-A e 33.º-B os rendimentos que, pelo menos aparentemente, podem considerar-se como não tendo sido sujeitos a dupla tributação [45].

57. Assim, à luz deste objetivo, os lucros pagos pelas SICAV regidas pelo direito luxemburguês podem ser considerados diferentes dos lucros distribuídos por um fundo mútuo regido pelo direito finlandês, uma vez que este último não é tributado na fonte.

58. É, em todo o caso, possível observar que ao qualificar os lucros pagos pelas SICAV luxemburguesas de dividendos — uma qualificação que também existe ao abrigo do direito luxemburguês — a legislação finlandesa em causa pode revelar-se mais vantajosa para investidores, uma vez que como resultado os investidores podem ter direito à aplicação dos artigos 33.º-A e 33.º-B da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento, cujo objetivo é atenuar a dupla tributação dos lucros. Com efeito, só nesta condição esses lucros podem estar sujeitos aos mecanismos previstos nessas disposições [46].

59. Tendo em conta o que precede, considero que uma disposição como o artigo 32.º da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento não cria, por si só, uma restrição à liberdade de circulação. Se houver discriminação em detrimento das SICAV luxemburguesas, essa discriminação não é atribuível ao disposto no artigo 32.º, resultando antes das disposições que criam uma exceção à aplicação deste regime a certas sociedades. Como passarei a explicar, essa discriminação ocorre numa fase posterior da aplicação das disposições pertinentes.

B. Quanto à medida que consiste na exclusão de sociedades que não preenchem as condições do n.º 1 ou do n.º 2 do artigo 33.º-C do âmbito de aplicação dos artigos 33.º-A e 33.º-B da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento

60. Nos termos do artigo 33.º-C, n.os 1 e 2, da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento, os dividendos recebidos de uma sociedade estrangeira estão excluídos da aplicação dos artigos 33.º-A e 33.º-B, exceto se essa empresa se tratar de uma sociedade na aceção do artigo 2.º, da Diretiva 2011/96 ou não tiver sido obrigada a pagar pelo menos 10 % do imposto sobre os rendimentos a partir dos quais os dividendos foram distribuídos [47] e se, cumulativamente, essa sociedade não tiver a sua sede num Estado pertencente ao EEE ou se não existir qualquer convenção destinada a evitar a dupla tributação dos dividendos distribuídos.

45 De facto, na ausência de personalidade jurídica, uma entidade não pode, em princípio, estar sujeita a obrigações. No entanto, isto não é necessariamente verdade. Com efeito, uma vez que o direito fiscal é geralmente considerado um ramo autónomo do direito na maioria dos Estados-Membros, não se pode excluir que, em alguns desses Estados, entidades sem personalidade jurídica possam estar sujeitas a um imposto sobre o rendimento, como na Finlândia, mas diferentemente do que acontece neste Estado-Membro, tais entidades não estejam isentas. Por conseguinte, a participação no lucro distribuído por tais entidades poderá ser objeto uma dupla tributação e, portanto, do ponto de vista do objetivo prosseguido pelos mecanismos destinados a limitar os efeitos da dupla tributação, estas entidades devem ser consideradas como encontrando-se numa situação comparável à das sociedades. Assim, deste ponto de vista, o artigo 32.º da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento pode suscitar algumas preocupações quanto à questão de saber se esta equivalência é discriminatória, mas tais preocupações são antes consequência da utilização, como critério, da ausência de personalidade jurídica da entidade em causa e não do facto de não serem uma entidade tributável. No entanto, uma vez que no presente caso, i) esta questão não foi levantada pelo órgão jurisdicional de reenvio, ii) não é certo que existam Estados-Membros que procedam desta forma, e iii) os rendimentos em causa foram considerados como tendo sido distribuídos por uma entidade com personalidade jurídica, não examinarei esta questão.

46 Pelo contrário, se as autoridades fiscais tivessem aplicado o regime fiscal aplicável aos dividendos aos lucros distribuídos por uma entidade estrangeira sem personalidade jurídica, este tratamento poderia ter constituído uma discriminação e, portanto, uma restrição a uma liberdade fundamental, uma vez que, dessa forma, os investidores teriam perdido todas as possibilidades de beneficiar das disposições previstas nos artigos 33.º-A e 33.º-B da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento.

47 Embora as disposições em questão não o especifiquem, depreende-se dos autos que o termo «imposto» se refere neste caso apenas a impostos baseados nos lucros obtidos por uma entidade fiscal.

61. Na medida em que o artigo 33.º-C, n.os 1 e 2 prevê que estas condições se aplicam apenas a sociedades estrangeiras, esta disposição estabelece uma diferença de tratamento em razão da nacionalidade [48]. Além disso, uma vez que as sociedades regidas pelo direito finlandês e as regidas por uma legislação estrangeira podem ambas estar sujeitas a dupla tributação, as situações assim diferenciadas devem ser consideradas, à luz do objetivo desta medida, como comparáveis [49]. Nestas circunstâncias, a conclusão de que o artigo 33.º-C, n.os 1 e 2 estabelece uma discriminação direta em razão da nacionalidade e, por conseguinte, uma restrição à livre circulação de capitais, é inevitável.

62. Uma vez que a discriminação é direta, só pode ser justificada por um motivo enunciado nos Tratados, desde que a medida seja adequada a garantir a realização desse motivo.

63. A este respeito, pode observar-se que o artigo 65.º, n.º 1, alínea b), TFUE dispõe que «o disposto no artigo 63.º [TFUE] não prejudica o direito de os Estados-Membros […] [t]omarem todas as medidas indispensáveis para impedir infrações às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal e de supervisão prudencial das instituições financeiras».

64. No presente processo, pode presumir-se que o objetivo prosseguido pelo artigo 33.º-C, n.os 1 e 2 consiste em assegurar que apenas os rendimentos distribuídos por entidades fiscais estrangeiras, já tributados na fonte, possam beneficiar dos mecanismos que limitam os efeitos da dupla tributação. Tal objetivo pode ser considerado abrangido pelas considerações previstas no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), TFUE relativas à a prevenção de infrações à legislação fiscal, o que, obviamente, inclui a obtenção de vantagens indevidas [50].

65. Além disso, esta distinção parece ser adequada para garantir a realização desse objetivo e não ultrapassa o que é necessário para o atingir [51]. Chego a esta conclusão pelas razões seguintes.

66. Em primeiro lugar, as disposições previstas no artigo 33.º-C, n.os 1 e 2, da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento não excluem uma sociedade estrangeira do benefício dos mecanismos estabelecidos nos artigos 33.º-A e 33.º-B dessa lei, sendo antes o seu objetivo estabelecer condições para garantir que apenas os lucros já tributados podem beneficiar deste mecanismo.

67. Em segundo lugar, estas disposições mantêm uma taxa de imposto de 10 % para uma sociedade não abrangida pelo artigo 2.º da Diretiva 2011/96, cuja taxa é inferior à taxa de imposto aplicável às sociedades finlandesas.

68. Por conseguinte, a medida que consiste na exclusão de determinadas sociedades estrangeiras do âmbito dos artigos 33.º-A e 33.º-B, embora constituindo uma discriminação direta, parece justificar-se com base num motivo previsto no próprio TFUE e ser adequada à realização do mesmo. Nestas circunstâncias específicas esta medida deve ser considerada compatível com o direito da União, desde que, contudo, esse mecanismo de redução vise unicamente corrigir esta diferença nas várias fases de tributação desses lucros, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

48 Dado que, formalmente, o artigo 33.º-C, n.os 1 e 2, da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento se refere a sociedades estrangeiras, parece-me excluir-se que a distinção feita por esta disposição seja entre as sociedades que pagaram um imposto e as que não pagaram.

49 V., neste sentido, Acórdão de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 55).

50 V., por exemplo, Acórdão de 11 de outubro de 2007, ELISA (C-451/05, EU:C:2007:594, n.º 81).

51 V., neste sentido, Acórdão de 9 de março de 2017, Piringer (C-342/15, EU:C:2017:196, n.º 53).

C. Quanto à medida que consiste em qualificar os dividendos distribuídos por certas sociedades estrangeiras como rendimento profissional

69. Nos termos do artigo 33.º-C, n.º 3, da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento, os lucros distribuídos por uma sociedade estrangeira que não preenche as condições previstas no artigo 33.º-C, n.ºs 1 e 2, da mesma lei são tributados não como rendimento de capital, mas sim como rendimento profissional. Como a Comissão salientou, esta disposição introduz uma forma de discriminação direta em relação às sociedades estrangeiras, uma vez que apenas se aplica a essas entidades.

70. O Governo finlandês não deu qualquer explicação sobre um possível motivo para esta classificação, não sendo tão-pouco evidente que tipo de motivo, retirado dos Tratados, poderia justificar a significativa diferença de tratamento que daí resulta. Mesmo que exista um motivo, para que tal distinção se justifique a medida aplicada teria de ser proporcional ao objetivo prosseguido.

71. É obviamente compreensível que seja necessário que o Estado-Membro garanta que o benefício dos mecanismos destinados a atenuar os efeitos da dupla tributação apenas se aplique ao rendimento afetado por esta problemática. Não obstante, para ser proporcionado, o incumprimento das condições de aplicação dos mecanismos cujo objetivo é limitar os efeitos da dupla tributação dos lucros deve logicamente ser sancionado com a perda do benefício desses mecanismos e, por conseguinte, o rendimento deve ser tributado na totalidade.

72. Isto não aconteceu no caso em apreço porque a causa das diferentes classificações do lucro para efeitos fiscais — rendimento profissional como sendo distinto do rendimento de capital — se baseia unicamente na identidade e no estatuto de residência da entidade estrangeira e não na questão de saber se esses lucros correriam, de outra forma, o risco de dupla tributação. Não é possível dizer realisticamente que os rendimentos que não satisfazem estas condições deveriam automaticamente ser reclassificados como rendimento profissional. Tanto assim é que, em conformidade com o artigo 32.º da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento, os dividendos pagos pelas sociedades constituem, em princípio, rendimento de capital.

73. Embora o artigo 33.º-C, n.º 3, da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento diga respeito a rendimentos distribuídos por entidades fiscais que não foram objeto de tributação na fonte, de modo que, à luz do objetivo prosseguido por essa medida, os fundos mútuos regidos pelo direito finlandês e as SICAV regidas pelo direito luxemburguês devem ser considerados como estando numa situação idêntica, os lucros que estes distribuem são, todavia, tratados de forma diferente. Os lucros das entidades finlandesas são tratados como rendimento de capital, ao passo que os dividendos pagos por uma SICAV são considerados como rendimento profissional e, como vimos, estão sujeitos a uma tributação progressiva a um nível mais elevado.

74. Por conseguinte, parece claro que ao tributar os dividendos pagos por uma SICAV regida pelo direito luxemburguês como rendimento profissional unicamente com base no facto de que não preenchem as condições para beneficiar do mecanismo previsto nos artigos 33.º-A e 33.º-B da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento, o direito fiscal finlandês estabeleceu uma restrição nos termos do artigo 65.º TFUE, que não pode ser proporcional a nenhuma razão imperiosa de interesse geral.

75. A este respeito, saliento que a existência de tal discriminação não pode afetar a validade da medida que consiste numa diferença de tratamento dos dividendos e das participações nos lucros. É certo que a discriminação pode resultar dos efeitos de uma disposição. No entanto, no presente caso, o facto de os rendimentos distribuídos terem sido tratados pela decisão impugnada como dividendos não conduz, necessariamente, à conclusão de que toda a legislação finlandesa é discriminatória. Esta discriminação ocorre unicamente porque a Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento prevê que, quando uma

sociedade não preenche as condições fixadas no artigo 33.º-C, n.os 1 e 2, o rendimento distribuído deve ser tratado como rendimento profissional (distinto do rendimento do capital). Portanto, só o artigo 33.º-C, n.º 3, da Lei Relativa ao Imposto sobre o Rendimento deve ser considerado incompatível com o direito da União.

V. Conclusão

76. Por conseguinte, tendo em conta o que precede, proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão prejudicial do seguinte modo:

Os artigos 63.º e 65.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional, segundo a qual o rendimento pago a uma pessoa singular residente na Finlândia por um organismo de investimento coletivo que tenha sede noutro Estado-Membro da União Europeia e assuma a forma estatutária na aceção da Diretiva 2009/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM) deve ser tributado como dividendo e não como uma participação nos lucros. Estas disposições devem igualmente ser interpretadas no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional que exclui a aplicação de mecanismos para reduzir os efeitos da dupla tributação, quando esses lucros são distribuídos por sociedades que foram tributadas noutro Estado-Membro a uma taxa inferior à prevista nesta legislação, desde que esse mecanismo de redução se destine unicamente a corrigir esta diferença nas várias fases de tributação desses lucros, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar. No entanto, estas disposições devem ser também interpretadas no sentido de que se opõem a que essa mesma legislação requalifique os dividendos pagos por essas sociedades como rendimentos profissionais, embora essa mesma legislação indique que os dividendos constituem, em princípio, rendimento de capital.