

Processo C-478/19**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

19 de junho de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália)

Data da decisão de reenvio:

21 de dezembro de 2018

Recorrente:

UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH

Recorrida:

Agenzia delle Entrate

Objeto do processo principal

Ação intentada por uma sociedade de direito alemão na sequência do não reembolso pela administração tributária dos impostos hipotecários e de registo pagos em excesso.

Objeto e base jurídica do pedido de decisão prejudicial

O pedido de decisão prejudicial, submetido ao abrigo do artigo 267.º TFUE, visa apurar, à luz do direito da União, se as grandes diferenças existentes entre fundos imobiliários fechados e abertos são relevantes para efeitos fiscais, a ponto de justificarem um tratamento diferente dos fundos italianos e dos fundos de outros Estados-Membros da União.

Questão prejudicial

O direito da União – em especial as disposições do Tratado em matéria de liberdade de estabelecimento e de livre circulação de capitais, conforme

interpretadas pelo Tribunal de Justiça – obstam à aplicação de uma disposição de direito nacional, como a constante do artigo 35.º, n.º 10-ter, do Decreto-Lei n.º 223/2006 (na parte em que limita aos fundos de investimento imobiliário fechados os benefícios em sede de impostos hipotecários e de registo)?

Disposições de direito da União invocadas

Artigo 18.º, primeiro parágrafo, TFUE; artigo 49.º, primeiro parágrafo, primeiro período, TFUE; artigo 63.º, n.º 1, TFUE

Artigo 25.º, n.º 1, da Convenção (concluída em Bona em 18 de outubro de 1989 e que adquiriu força executória em Itália com a Lei de ratificação n.º 459, de 24 de novembro de 1992) entre a República Italiana e a República Federal da Alemanha destinada a evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre o rendimento e sobre o património e evitar a evasão fiscal (a seguir «Convenção»)

Disposições nacionais invocadas

O Decreto-Lei n.º 223/2006 (convertido, com alterações, na Lei de 4 de agosto de 2006, n.º 248, «Conversão em Lei, com alterações, do Decreto-Lei n.º 223, de 4 de julho de 2006, que adota disposições urgentes com vista à dinamização económica e social, à contenção e à racionalização da despesa pública, bem como medidas em matéria de receitas e de combate à evasão fiscal») (a seguir «Decreto-Lei n.º 223/2006») dispõe no seu artigo 35.º, n.º 10-ter, sob a epígrafe «Medidas de combate à evasão e à fraude fiscais», o seguinte:

«Relativamente às cessões prediais e às transcrições relativas a cessões de ativos imobiliários a que se refere o artigo 10.º, primeiro parágrafo, alínea 8-ter), do Decreto do Presidente da República n.º 633, de 26 de outubro de 1972, ainda que sujeitas ao imposto sobre o valor acrescentado, em que participem fundos imobiliários fechados que se regem pelo artigo 37.º do texto único das disposições em matéria de intermediação financeira, a que se refere o Decreto Legislativo n.º 58, de 24 de fevereiro de 1998, e alterações posteriores, e pelo artigo 14.º-bis da Lei n.º 86, de 25 de janeiro de 1994, ou seja, empresas de locação financeira, ou bancos e intermediários financeiros a que se referem os artigos 106.º e 107.º do texto único a que se refere o Decreto Legislativo n.º 385, de 1 de setembro de 1993, apenas no que respeita à aquisição e ao resgate dos bens a ceder ou cedidos em locação financeira, as taxas dos impostos hipotecários e de registo, conforme alteradas pelo n.º 10-bis do presente artigo, são reduzidas para metade. A disposição aplicável ao período anterior produz efeitos a partir de 1 de outubro de 2006.»

No contexto dos fundos comuns de investimento, a legislação italiana prevê, para os **fundos fechados**, o reembolso, pela sociedade de gestão de ativos (SGR) que os instituiu, das unidades de participação que apenas podem ser subscritas em determinados períodos: caracterizam-se, portanto, por um número de unidades de

participação predefinido, que não varia no tempo, e dispõem de um património definido e efetivado no ato da sua constituição. Estes instrumentos de investimento coletivos apenas podem ser subscritos, portanto, durante um certo período e a restituição do capital só pode ser pedida no momento da liquidação do fundo ou após um certo número de anos. Fora desses períodos, as unidades de participação em fundos fechados apenas podem ser adquiridas e vendidas em bolsa. A duração mínima desses fundos é de 10 anos, e a máxima de 30. Quando da sua liquidação, o património é dividido ou, se vendido, procede-se à distribuição do produto da venda.

Os **fundos abertos**, em contrapartida, caracterizam-se pela variabilidade do património (que pode aumentar ou diminuir diariamente em função das novas subscrições ou dos pedidos de reembolso das unidades de participação em circulação). Podem ser subscritos a todo o tempo, e também a todo o tempo é possível obter o reembolso, integral ou parcial, do capital investido.

Uma crise do mercado poderia levar, no caso dos fundos «abertos», muitos investidores a pedir a restituição antecipada de uma parte dos montantes investidos; esse fenómeno poderia absorver as reservas de liquidez dos fundos, obrigados, eventualmente, a vender uma parte dos imóveis abaixo do respetivo valor de balanço para satisfazer os pedidos de reembolso das participações. Nesta perspetiva, pode sustentar-se que o objetivo do legislador é proteger e fomentar a constituição de fundos não movidos por propósitos fortemente especulativos e aleatórios. Esta abordagem, no entanto, leva a que, raciocinando nesses termos, se crie, de facto, um obstáculo à entrada de investimento estrangeiro, em especial porque se desincentivam os fundos abertos estrangeiros a adquirirem ativos em Itália.

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 A Comissão Tributaria Provinciale (Comissão Tributária Provincial) de Milão negou provimento ao recurso interposto pela UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH (a seguir «recorrente»), sociedade gestora do fundo imobiliário de direito alemão UBS (D) 3 Kontinente, com sede no Mónaco, do indeferimento tácito de que foi objeto o pedido de reembolso dos impostos de registo pagos em excesso, no montante global de 802 400,00 euros, quantia paga por ocasião do registo da aquisição pelo fundo de um imóvel «que é por natureza um ativo» sito em San Donato Milanese, Torre Beta. Como fundamento desse indeferimento, a administração fiscal invoca o facto de o Decreto-Lei n.º 223/2006 prever a aplicação da taxa reduzida dos impostos hipotecários e de registo que incide sobre a aquisição de ativos imobiliários por operadores profissionais apenas em benefício dos fundos imobiliários fechados e não também dos fundos imobiliários abertos, como o fundo da recorrente, reconhecido na Alemanha.

- 2 A recorrente interpôs recurso dessa decisão, criticando-a pelo facto de sua fundamentação ser contraditória, dado que, embora tendo reconhecido a existência de uma desigualdade de tratamento entre os dois fundos, a norma interna constante do Decreto-Lei n.º 223/2006, que está em contradição com o TFUE e com o artigo 25.º da Convenção, não deixou de ser aplicada, ou, pelo menos, não foi suspensa a instância, submetendo-se a questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia.
- 3 A administração fiscal sublinhou a diferença existente entre os dois tipos de fundos, uma vez que o legislador, tendo em atenção as características diversas dos fundos imobiliários, através do Decreto-Lei n.º 223/2006, tinha reservado o benefício fiscal aos fundos fechados e que da diversidade das situações em apreço decorria a inexistência de uma violação do TFUE ou da Convenção.
- 4 Por decisão de 3 de abril de 2012, a Comissão Tributaria Regionale (Comissão Tributária Regional) do Lácio (a seguir «CTR») negou provimento ao recurso do contribuinte com base nos seguintes fundamentos:
 - 1) as diferenças entre os dois tipos de fundos imobiliários, o fechado, que opera e é reconhecido em Itália, e o aberto, que opera e é reconhecido na Alemanha, são consideráveis;
 - 2) em virtude dessas diferenças, não se verifica uma violação do TFUE por desigualdade de tratamento (na medida em que a situações diferentes pode corresponder um regime tributário diferente) nem uma violação do artigo 25.º da Convenção (não se existe uma discriminação em razão da nacionalidade);
 - 3) as normas que estabelecem benefícios fiscais são de interpretação restritiva.
- 5 A recorrente interpôs recurso de cassação desta decisão, invocando sete fundamentos. A administração fiscal contestou.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 6 O órgão jurisdicional de reenvio considerou improcedente o primeiro fundamento.
- 7 Através do segundo fundamento, a **recorrente** alega que a CTR não fundamentou o facto de não ter tido em consideração a *ratio* subjacente ao artigo 35.º, n.º 10-ter, do Decreto-Lei n.º 223/2006.
- 8 Através do terceiro fundamento, a recorrente censura a fundamentação insuficiente e/ou contraditória decorrente do facto de a CTR apenas ter apreciado a diferença entre os fundos fechados de direito italiano e os fundos abertos de direito alemão no contexto dos impostos em causa em termos gerais, e de não ter considerado que os critérios distintivos para a sujeição ao imposto, definidos pelos Estados-Membros, devem ser pertinentes.

- 9 Através do quarto fundamento, a recorrente invoca a violação ou a incorreta aplicação do artigo 56.º TCE (atual artigo 63.º TFUE) relativo à «livre circulação de capitais», por a CTR ter entendido que a diferença de tratamento fiscal entre os fundos de investimento fechados e os fundos abertos se justifica por serem situações diversas, quando o juiz nacional deveria não ter aplicado a norma interna discriminatória.
- 10 Através do quinto fundamento, a recorrente censura a violação ou a incorreta aplicação do artigo 43.º TCE (atual artigo 49.º TFUE) sobre a «liberdade de estabelecimento», por a CTR ter entendido que a diferença de tratamento fiscal entre os fundos de investimento fechados e os fundos abertos se justifica por serem situações diversas, embora as diferenças sublinhadas não sejam pertinentes para efeitos da apreciação da comparabilidade no que respeita à aplicação dos benefícios.
- 11 Através do sexto fundamento, a recorrente invoca uma violação ou incorreta aplicação do artigo 12.º TCE (atual artigo 18.º TFUE) sobre a «proibição de discriminação em razão da nacionalidade», não podendo partilhar a afirmação da CTR segundo a qual a diversidade de tratamento fiscal entre os fundos de investimento fechados e os fundos abertos se justificava com base na diversidade das situações.
- 12 Através do sétimo fundamento, a recorrente invoca uma violação ou incorreta aplicação do artigo 25.º, n.º 1, da Convenção, por a CTR não ter considerado que, ao negar os benefícios fiscais aos fundos abertos de origem alemã, se realizava de facto uma discriminação em razão da nacionalidade.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 13 A **Corte di Cassazione** (Tribunal de Cassação) sublinha que até agora nem o Tribunal de Cassação nem o Tribunal de Justiça da União Europeia se pronunciaram sobre o problema em análise e que esta lacuna exige uma intervenção a título prejudicial. Todavia, observa que, em matéria de liberdade de estabelecimento, o Tribunal de Justiça, com o Acórdão de 16 de abril de 2015, C-591/13, Comissão/Alemanha, sublinhou que, por força do artigo 49.º TFUE, devem ser consideradas restrições a essa liberdade todas as medidas que proíbam, dificultem ou tornem menos atrativo o seu exercício (v. igualmente Acórdão de 18 de julho de 2013, Comissão/Dinamarca, C-261/11, EU:C:2013:480, n.ºs 26 e 27, numa situação em que a desigualdade de tratamento – não baseada numa diferença objetiva de situações – no que respeita ao diferimento da recuperação do imposto em causa foi considerada suscetível de dissuadir um sujeito passivo estabelecido em território alemão de exercer a sua atividade através de uma organização estável situada no território de um Estado-Membro diferente da República Federal da Alemanha).
- 14 No que a tal contexto se refere, o Tribunal de Justiça também declarou, no Acórdão de 18 de junho de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07,

EU:C:2009:377), que uma diferença de tratamento fiscal, que implica restrições à liberdade de estabelecimento, proibida, em princípio, pelos artigos 43.º CE e 48.º CE, tem lugar quando se desincentiva o exercício dessa liberdade por sociedades estabelecidas noutros Estados-Membros. No referido contexto, o Tribunal de Justiça enunciou o princípio segundo o qual a circunstância de, no direito nacional, não haver um tipo de sociedades com uma forma jurídica idêntica à de uma SICAV com sede noutro Estado-Membro, 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 comunitário, a liberdade de estabelecimento ficaria, desse modo, privada de efeito útil (v. igualmente, por analogia, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de abril de 1994, *Halliburton Services*, C-1/93, EU:C:1994:127).

- 15 Ainda em matéria de livre circulação de capitais, o Tribunal de Justiça, com o Acórdão de 17 de setembro de 2015, *J.B.G.T. Miljoen e o.* (proferido nos processos apensos C-10/14, C-14/14 e C-17/14, EU:C:2015:608), declarou que as medidas proibidas pelo artigo 63.º, n.º 1, TFUE, incluem as medidas suscetíveis de dissuadir os não residentes (no caso, tratava-se de uma carga fiscal final mais elevada para os não residentes nos Países Baixos) de investirem num Estado-Membro ou de dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investirem noutros Estados (v. igualmente Acórdãos de 25 de janeiro de 2007, *Festersen*, C-370/05, EU:C:2007:59, n.º 24, de 18 de dezembro de 2007, *A*, C-101/05, EU:C:2007:804, n.º 40, e de 10 de fevereiro de 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegei*, C-436/08 e C-437/08, EU:C:2011:61). No Acórdão de 10 de maio de 2012, *Santander Asset Management SGIIC* (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 15 e jurisprudência referida), o Tribunal de Justiça reafirmou o que foi referido *supra* e, no n.º 28, precisou que apenas os critérios de distinção pertinentes estabelecidos pela regulamentação em causa devem ser tidos em conta para efeitos de apreciar se a diferença de tratamento reflete uma diferença de situações objetiva.
- 16 Do mesmo modo, em matéria de livre circulação de capitais, o órgão jurisdicional de reenvio refere os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 9 de outubro de 2014, *van Caster* (C-326/12, EU:C:2014:2269), e de 18 de dezembro de 2014, *Q* (C-133/13, EU:C:2014:2460). Em especial, no segundo, o Tribunal de Justiça declarou (em matéria de sucessões e doações) que a sujeição da concessão de benefícios fiscais à condição de o bem adquirido se situar no território nacional constitui uma restrição à livre circulação de capitais proibida, em princípio, pelo artigo 63.º, n.º 1, TFUE (v. igualmente Acórdãos de 17 de janeiro de 2008, *Jäger*, C-256/06, EU:C:2008:20, n.ºs 28 a 35, e de 22 de abril de 2010, *Mattner*, EU:C:2010:216, n.º 26).
- 17 O órgão jurisdicional de reenvio recorda, no mesmo contexto, tendo também em atenção a legislação contra a dupla tributação, os princípios enunciados no Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de setembro de 2014, *Verest e Gerards* (C-489/13, EU:C:2014:2210), no qual este recordou antes de mais que, na falta de medidas de unificação ou de harmonização adotadas pela União, os

Estados-Membros continuam a ser competentes para determinar os critérios de tributação dos rendimentos e do património, com vista a eliminar, eventualmente por via convencional, a dupla tributação. Neste contexto, os Estados-Membros são livres de fixar, no âmbito de convenções bilaterais destinadas a evitar a dupla tributação, os fatores de conexão para efeitos da repartição da competência fiscal (Acórdão de 12 de dezembro de 2013, Imfeld e Garcet, C-303/12, EU:C:2013:822, n.º 41 e jurisprudência referida). Contudo, esta repartição da competência fiscal não permite aos Estados-Membros aplicarem medidas contrárias às liberdades de circulação garantidas pelo Tratado FUE. Com efeito, no que se refere ao exercício do poder de tributação assim repartido no âmbito de convenções bilaterais destinadas a evitar a dupla tributação, os Estados-Membros são obrigados a respeitar as regras da União (Acórdão Imfeld e Garcet, EU:C:2013:822, n.º 42), entre as quais se incluem as medidas suscetíveis de dissuadir os residentes de um Estado-Membro de fazerem investimentos imobiliários noutros Estados-Membros (Acórdão de 8 de maio de 2013, Libert e o., C-197/11 e C-203/11, EU:C:2013:288, n.º 44).

DOCUMENTO DE TRABALHO