

Edição provisória

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)

16 de dezembro de 2021 (\*)

«Reenvio prejudicial – Livre circulação de capitais – Fundos comuns de investimento fechados – Fundos comuns de investimento abertos – Investimentos em bens imóveis – Impostos hipotecários e de registo – Benefício fiscal reservado apenas aos fundos imobiliários fechados – Diferença de tratamento – Comparabilidade das situações – Critérios objetivos de diferenciação»

Nos processos apensos C-478/19 e C-479/19,

que têm por objeto pedidos de decisão prejudicial apresentados, nos termos do artigo 267.º TFUE, pela Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália), por Decisões de 21 de dezembro de 2018, que deram entrada no Tribunal de Justiça em 19 de junho de 2019, nos processos

**UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH**

contra

**Agenzia delle Entrate,**

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

composto por: A. Arabadjiev, presidente da Primeira Secção, exercendo funções de presidente da Segunda Secção, I. Ziemele, T. von Danwitz, P. G. Xuereb (relator) e A. Kumin, juízes,

advogado-geral: G. Hogan,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH, por S. Ricci, na qualidade de agente, assistido por M. Serpieri, avvocato,
- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por P. Gentili, avvocato dello Stato,
- em representação da Comissão Europeia, por W. Roels e F. Tomat, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 25 de fevereiro de 2021,

profere o presente

**Acórdão**

1 Os pedidos de decisão prejudicial têm por objeto a interpretação dos artigos 43.º e 56.º CE (que passaram, após alteração, a artigos 49.º e 63.º TFUE).

2 Estes pedidos foram apresentados no âmbito de litígios que opõem a UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH (a seguir «UBS Real Estate») à Agenzia delle Entrate (Administração Fiscal, Itália), a respeito da limitação do benefício da redução dos impostos hipotecários e de registo apenas aos fundos de investimento fechados, com exclusão dos abertos.

## **Direito italiano**

### ***Decreto Legislativo n.º 347, de 31 de outubro de 1990***

3 O decreto legislativo n.º 347 – Approvazione del testo unico delle relative disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale (Decreto Legislativo n.º 347, Relativo à Aprovação do Texto Único das Disposições Respeitantes aos Impostos Hipotecários e de Registo), de 31 de outubro de 1990 (suplemento ordinário ao GURI n.º 277, de 27 de novembro de 1990), na sua versão aplicável aos litígios nos processos principais, prevê, por um lado, que as formalidades de transcrição, registo de hipotecas, renovação e averbamento no registo predial estão sujeitas a imposto hipotecário (*imposta ipotecaria*). A base tributável deste imposto é constituída pelo valor do imóvel transmitido ou doado e a taxa de imposto está fixada em 1,6 %.

4 Por outro lado, o imposto de registo (*imposta catastale*) é igualmente regulado por este Decreto Legislativo n.º 347, de 31 de outubro de 1990, e é aplicado à transmissão, ou seja, à mudança do nome do titular do direito de propriedade ou de outro direito real sobre um bem imóvel inscrito no registo predial. Este imposto, cuja taxa é de 0,4 %, é proporcional ao valor desse bem imóvel.

### ***Decreto Legislativo n.º 58/1998***

5 O decreto legislativo n.º 58 – Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n.º 52 (Decreto Legislativo n.º 58, Texto Único das Disposições Legislativas em Matéria de Intermediação Financeira, nos Termos dos Artigos 8.º e 21.º da Lei de 6 de fevereiro de 1996, n.º 52), de 24 de fevereiro de 1998 (suplemento ordinário ao GURI n.º 71, de 26 de março de 1998), na versão aplicável aos litígios nos processos principais (a seguir «Decreto Legislativo n.º 58/1998», indicava, no seu artigo 1.º, sob a epígrafe «Definições»:

«1. Para efeitos do presente decreto legislativo, entende-se por:

[...]

(k) “fundo aberto”: fundo comum de investimento no qual os participantes têm o direito de pedir, a qualquer momento, o reembolso das participações de acordo com as regras de funcionamento do fundo;

(l) “fundo fechado”: fundo comum de investimento no qual os participantes apenas têm direito ao reembolso das participações em prazos predefinidos [...]

[...]»

6 Nos termos do artigo 36.º deste decreto legislativo, sob a epígrafe «Fundos comuns de investimento»:

«1. O fundo comum de investimento é gerido pela sociedade de gestão de carteiras que o constituiu ou por outra sociedade de gestão de carteiras. Esta última gere tanto fundos criados pela própria como fundos criados por outras sociedades.

[...]

3. A participação no fundo comum de investimento é regida pelo regulamento do fundo. A Banca d'Italia [(Banco de Itália)], após consultar a [Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB) (Comissão Nacional para as Sociedades e a Bolsa, Itália)], estabelece os critérios gerais aplicáveis à elaboração do regulamento do fundo, bem como o conteúdo mínimo deste último, em complemento do disposto no artigo 39.º

[...]

6. Cada fundo comum de investimento, ou cada subfundo do mesmo fundo, constitui uma carteira independente, separada para todos os efeitos legais dos ativos da sociedade de gestão da carteira e de cada participante, bem como de quaisquer outros ativos geridos pela mesma sociedade. [...]»

7 Em conformidade com o artigo 37.º do referido decreto legislativo:

«O ministro da Economia e Finanças estabelece, através de um regulamento adotado após consulta ao Banco de Itália e à CONSOB, os critérios gerais que os fundos comuns de investimento devem cumprir em matéria de:

- a) objetivo do investimento;
- b) categorias de investidores a quem a oferta de participações se destina;
- c) termos de participação em fundos abertos e fechados, nomeadamente a frequência de emissão e do reembolso de participações, o limiar mínimo de subscrição, se aplicável, e os procedimentos a seguir;
- d) duração mínima e máxima, se aplicável;

d?bis) os termos e condições aplicáveis às aquisições ou às entradas de bens, tanto no momento da constituição do fundo como posteriormente, no que respeita aos fundos que invistam exclusiva ou principalmente em imobiliário, em direitos imobiliários e em participações em sociedades imobiliárias.

[...]

2?bis. O regulamento referido no n.º 1 fixa igualmente as matérias a propósito das quais os participantes em fundos fechados se reúnem em assembleia para adotar decisões vinculativas para a sociedade de gestão de carteiras. A assembleia decide ainda sobre a substituição da sociedade de gestão de carteiras, sobre o pedido de admissão à cotação quando esta não está prevista e sobre as alterações às políticas de gestão. [...]»

8 Nos termos do artigo 39.º do mesmo decreto legislativo, sob a epígrafe «Regulamento do fundo»:

«1. Cada fundo comum de investimento possui um regulamento que define as suas características, rege o seu funcionamento, designa a sociedade promotora, o gestor, quando este

não é a sociedade promotora, e o banco depositário, fixa a repartição de tarefas entre estes últimos e regula as relações existentes entre os mesmos e os participantes.

2. O regulamento prevê, nomeadamente:

a) o nome e a duração do fundo;

b) as modalidades de participação no fundo, os prazos e condições da emissão e extinção de certificados, assim como a subscrição e o reembolso de participações, bem como os termos de liquidação do fundo;

c) os organismos competentes para a escolha dos investimentos e os critérios de afetação destes investimentos;

d) o tipo de bens, instrumentos financeiros e outros títulos nos quais é possível investir os ativos do fundo;

[...]»

### **Decreto?Lei n.º 223/2006**

9 O artigo 35.º, sob a epígrafe «Medidas de combate à fraude e à evasão fiscal», do Decreto Legge n.º 223 — Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale (Decreto?Lei n.º 223, 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), de 4 de julho de 2006 (GURI n.º 153, de 4 de julho de 2006), na sua versão aplicável aos litígios nos processos principais (a seguir «Decreto?Lei n.º 223/2006»), convertido em lei após as alterações introduzidas pela legge n.º 248 – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto?legge 4 luglio 2006, n.º 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale (Lei n.º 248, que Converte em Lei, com Alterações, o Decreto?Lei n.º 223, 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), de 4 de agosto de 2006 (suplemento ordinário ao GURI n.º 186, de 11 de agosto de 2006), prevê, no seu n.º 10?ter,

«Relativamente às cessões prediais e às transcrições relativas a cessões de ativos imobiliários para utilização profissional, referidas no artigo 10.º, primeiro parágrafo, ponto 8?ter, do decreto del presidente della Repubblica n.º 633, istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto (Decreto n.º 633 do Presidente da República, Relativo à Criação e Regulamentação do Imposto sobre o Valor Acrescentado), de 26 de outubro de 1972 [(suplemento ordinário ao GURI n.º 292, de 11 de novembro 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 [Decreto Legislativo n.º 58/1998] e alterações posteriores, e pelo artigo 14.º?bis da legge n.º 86 – Istituzione e disciplina dei fondi comuni di investimento immobiliare chiusi [Lei n.º 86, Relativa à Criação e Regulamentação dos Fundos de Investimento Imobiliário Fechados], de 25 de janeiro de 1994 [(suplemento ordinário ao GURI n.º 29, de 5 de fevereiro de 1994)], ou empresas de locação financeira, ou bancos e intermediários financeiros [...], 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 enunciada

no período anterior produz efeitos a partir de 1 de outubro de 2006.»

### **Decreto Ministerial n.º 228/1999**

10 O decreto ministeriale n.º 228 – Regolamento recante norme per la determinazione dei criteri generali cui devono essere uniformati i fondi comuni di investimento (Decreto Ministerial n.º 228 – Regolamento que Estabelece Normas para Determinar os Critérios Gerais que os Fundos Comuns de Investimento Devem Cumprir), de 24 de maio de 1999 (GURI n.o 164, de 15 de julho de 1999), na sua versão aplicável aos litígios nos processos principais (a seguir «Decreto Ministerial n.º 228/1999»), dispõe, no seu artigo 1.º, n.º 1, alínea d?*bis*):

«Os fundos imobiliários [são] fundos que investem exclusiva ou principalmente em imobiliário, direitos imobiliários e participações em sociedades imobiliárias.»

11 Nos termos do artigo 12.º?*bis*, n.º 1, do Decreto Ministerial n.º 228/1999:

«Os fundos imobiliários são criados sob forma fechada.»

### **Litígios nos processos principais e questão prejudicial**

12 A UBS Real Estate, uma sociedade de gestão de carteiras de fundos comuns de investimento com sede na Alemanha e uma sucursal em Itália, assegura a gestão, nomeadamente, de dois fundos de investimento imobiliário abertos, constituídos ao abrigo do direito alemão, a saber, UBS (D) 3 Setor Real Estate Europe [anteriormente UBS (D) 3 Kontinente Immobilien] e UBS (D) Euroinvest Immobilien Real Estate Investment Fund (a seguir, em conjunto, «fundos UBS»).

13 Em 4 de outubro de 2006, esta sociedade de gestão adquiriu, por conta dos fundos UBS, dois complexos imobiliários para utilização profissional, situados em San Donato Milanese (Itália), pelos quais, por ocasião do registo, teve de pagar à Administração Fiscal o imposto hipotecário e o imposto de registo, cujo montante total ascendia, respetivamente, por cada um desses complexos imobiliários, a 802 400 euros e a 820 900 euros.

14 Posteriormente, a referida sociedade de gestão tomou conhecimento de que o Decreto?Lei n.º 223/2006 tinha entrado em vigor antes das aquisições assim efetuadas, ou seja, em 1 de outubro de 2006, e que este decreto?lei previa, no seu artigo 35.º, n.º 10?*ter*, uma redução para metade do imposto hipotecário e do imposto de registo sobre aquisições imobiliárias, efetuadas por ou por conta de fundos imobiliários fechados, regulados pelo artigo 37.º do Decreto Legislativo n.º 58/1998.

15 Considerando que os fundos de investimento abertos tinham igualmente o direito de beneficiar dessa redução, a mesma sociedade de gestão pediu à Administração Fiscal o reembolso de metade dos montantes pagos a título desses impostos, relativamente aos dois complexos imobiliários que tinha adquirido por conta dos fundos UBS.

16 Na falta de resposta da Administração Fiscal, a UBS Real Estate interpôs recurso destas duas decisões de indeferimento tácito na Commissione tributaria provinciale di Milano (Comissão Tributária Provincial de Milão, Itália). Por Decisões de 21 de dezembro de 2009 (n.os 282/05/09 e 283/05/09), esse órgão jurisdicional negou provimento aos recursos, considerando que, através do Decreto?Lei n.º 223/2006, o legislador italiano tinha pretendido limitar o benefício da redução do imposto hipotecário e do imposto de registo apenas à categoria dos fundos de investimento fechados.

17 A UBS Real Estate interpôs recurso destas duas decisões na Commissione Tributaria

Regionale per la Lombardia (Comissão Tributária Regional da Lombardia, Itália). Por Decisões de 3 de abril de 2012, esse órgão jurisdicional negou provimento a esses recursos, sustentando, em substância, que, devido às diferenças consideráveis existentes entre os fundos de investimento fechados, reconhecidos e que operam em Itália, e os abertos, reconhecidos e que operam na Alemanha, não havia que declarar a violação, nomeadamente, do direito da União, com base numa diferença de tratamento, dado que situações diferentes podiam estar sujeitas a regimes fiscais diferentes.

18 Entendendo que o órgão jurisdicional de recurso tinha considerado erradamente que o artigo 35.º, n.º 10ªter, do Decreto-Lei n.º 223/2006 era compatível com o disposto nos artigos 12.º, 43.º e 56.º CE (que passaram, após alteração, a artigos 18.º, 49.º e 63.º TFUE), a UBS Real Estate interpôs recursos de cassação na Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação, Itália), o órgão jurisdicional de reenvio. Em apoio dos seus recursos, alega, nomeadamente, que, uma vez que tinha sido considerado em sede de recurso que os dois tipos de fundos de investimento mencionados no número anterior correspondiam a situações diferentes que podiam ser tratadas de maneira diferente, embora essas diferenças não fossem pertinentes à luz da *ratio legis* do artigo 35.º, n.º 10ªter, do Decreto-Lei n.º 223/2006, as disposições dos Tratados relativas à livre circulação de capitais e à liberdade de estabelecimento tinham sido violadas.

19 O órgão jurisdicional de reenvio sublinha, antes de mais, que o regime fiscal italiano dos fundos comuns de investimento imobiliário fechados foi objeto de várias intervenções do legislador nacional nos últimos anos. Estas intervenções foram inspiradas por duas finalidades diferentes, a saber, favorecer o desenvolvimento de um instrumento especial de gestão de carteiras e limitar a sua utilização para efeitos de contornar a legislação fiscal.

20 Em seguida, o órgão jurisdicional de reenvio presta esclarecimentos sobre as características específicas dos dois tipos de fundos de investimento em causa. A este respeito, explica, por um lado, que a legislação italiana relativa aos fundos comuns de investimento prevê, para os fundos de investimento fechados, o reembolso, pela sociedade gestora de carteiras que os criou, apenas das participações subscritas no decurso de períodos específicos. Por conseguinte, estes fundos são caracterizados por um número de participações preestabelecido, que não varia no tempo. Uma vez que o património, de natureza fixa, dos referidos fundos lhes é atribuído no momento da sua constituição, só é possível subscrever esses instrumentos de investimento coletivo no decurso de um determinado período preestabelecido e a restituição do capital assim investido só pode ser pedida na data de vencimento dos mesmos fundos ou após o decurso de um certo número de anos após o seu estabelecimento. Fora destes períodos, as participações de um fundo de investimento fechado só podem ser adquiridas e vendidas na Bolsa. Como a duração desse fundo varia entre 10 e 30 anos, o seu património é dividido no seu termo pelos diferentes participantes ou, no caso de ser vendido, o eventual lucro é distribuído por estes últimos.

21 Por outro lado, resulta da legislação italiana aplicável que os fundos de investimento abertos se caracterizam pela natureza variável do seu património, que pode aumentar ou diminuir numa base diária, em função de novas subscrições ou pedidos de reembolso de participações. Seria assim possível subscrevê-lo a qualquer momento, assim como obter o reembolso, total ou parcial, do capital investido. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio precisa que, embora o investidor de um fundo fechado que pretenda se desfazer do seu investimento não tenha outra opção senão ceder as suas participações a um terceiro, o detentor das participações de um fundo aberto dispõe, em contrapartida, da possibilidade de pedir, a este último fundo, a restituição do montante correspondente às suas participações.

22 Por último, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que o eventual desencadeamento de uma crise do mercado, que poderia ocorrer na sequência de uma queda dos preços no mercado imobiliário, seria suscetível de incentivar vários participantes nos fundos de investimento abertos a pedir o reembolso antecipado das suas participações, o que teria como consequência a absorção das «reservas de liquidez» desses fundos. Estes últimos seriam, assim, obrigados a vender uma parte dos imóveis adquiridos abaixo do seu valor normal, a fim de poderem responder a esses pedidos de reembolso. Nesta ótica, o objetivo do legislador italiano subjacente à limitação da redução dos impostos hipotecários e de registo apenas aos fundos de investimento fechados pode ter consistido em promover e favorecer a criação de fundos de investimento que não resultem de «intenções altamente especulativas e incertas». Contudo, esta abordagem não está isenta de críticas, na medida em que criaria, de facto, um obstáculo aos investimentos provenientes de outros Estados?Membros, uma vez que os fundos de investimento abertos, originários desses Estados, seriam dissuadidos de adquirir bens imóveis para utilização profissional em Itália.

23 Nestas condições, a Corte suprema di cassazione (Supremo Tribunal de Cassação) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial, que está formulada em termos idênticos nos processos C?478/19 e C?479/19:

«O direito [da União] — em especial as disposições [dos Tratados] em matéria de liberdade de estabelecimento e de livre circulação de capitais, conforme interpretadas pelo Tribunal de Justiça — [obsta] 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)?»

24 Por Decisão do presidente do Tribunal de Justiça de 22 de julho de 2019, os processos C?478/19 e C?479/19 foram apensados para efeitos das fases escrita e oral, bem como do acórdão.

### **Quanto à questão prejudicial**

25 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se os artigos 43.º e 56.º CE (que passaram, após alteração, a artigos 49.º e 63.º TFUE) devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa nos processos principais, que limita o benefício da redução dos impostos hipotecários e de registo apenas aos fundos imobiliários fechados, com exclusão dos fundos abertos.

### **Quanto à liberdade de circulação aplicável**

26 A título preliminar, no que se refere à aplicabilidade das disposições do Tratado FUE e à argumentação do Governo italiano segundo a qual, em substância, a resposta à questão prejudicial submetida em cada um dos processos apensos se deve basear nas disposições pertinentes da 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), basta observar que esta diretiva não era aplicável à data dos factos que deram origem aos litígios nos processos principais.

27 Feita esta precisão, uma vez que esta questão prejudicial se refere simultaneamente às disposições do Tratado FUE relativas à liberdade de estabelecimento e à livre circulação de capitais, há que determinar a liberdade aplicável nos litígios nos processos principais (Acórdão de 6 de março de 2018, SEGRO e Horváth, C?52/16 e C?113/16, EU:C:2018:157, n.º 52 e

jurisprudência referida).

28 A este respeito, resulta de jurisprudência assente que, para determinar se uma legislação nacional está abrangida por uma ou outra das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado FUE, há que ter em conta o objeto da legislação em causa (v., neste sentido, Acórdãos de 21 de junho de 2018, *Fidelity Funds e o.*, C?480/16, EU:C:2018:480, n.º 33 e jurisprudência referida, e de 3 de março de 2020, *Tesco?Global Áruházak*, C?323/18, EU:C:2020:140, n.º 51 e jurisprudência referida).

29 Há que recordar também que, segundo jurisprudência constante, as medidas nacionais que regulamentam as operações através das quais os não residentes efetuam investimentos imobiliários no território de um Estado?Membro podem estar abrangidas tanto pelo artigo 43.º CE (que passou, após alteração, a artigo 49.º TFUE), relativo à liberdade de estabelecimento, como pelo artigo 56.º CE (que passou, após alteração, a artigo 63.º TFUE), relativo à livre circulação de capitais (v., neste sentido, Acórdão de 1 de junho de 1999, *Konle*, C?302/97, EU:C:1999:271, n.º 22).

30 Ora, o direito de adquirir, explorar e alienar bens imóveis no território de outro Estado?Membro, que constitui o complemento necessário da liberdade de estabelecimento, gera, quando é exercido, movimentos de capitais (v., neste sentido, Acórdãos de 25 de janeiro de 2007, *Festersen*, C?370/05, EU:C:2007:59, n.º 22 e jurisprudência referida, e de 11 de outubro de 2007, *ELISA*, C?451/05, EU:C:2007:594, n.º 58 e jurisprudência referida).

31 Com efeito, os movimentos de capitais incluem as operações pelas quais os não residentes efetuam investimentos imobiliários no território de um Estado?Membro, como resulta da nomenclatura dos movimentos de capitais que figura no anexo I da Diretiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de junho de 1988, para a execução do artigo 67.º do Tratado (JO 1988, L 178, p. 5), conservando essa nomenclatura o valor indicativo que já tinha para definir o conceito de movimentos de capitais (Acórdão de 6 de março de 2018, *SEGRO e Horváth*, C?52/16 e C?113/16, EU:C:2018:157, n.º 56 e jurisprudência referida).

32 No caso em apreço, a legislação nacional em causa nos processos principais tem por objeto a redução dos impostos hipotecários e de registo relativos às cessões de bens imóveis para utilização profissional de que são partes, designadamente, fundos imobiliários fechados.

33 Embora esta legislação seja, *a priori*, suscetível de estar abrangida tanto pelo artigo 43.º CE como pelo artigo 56.º CE (que passaram, após alteração, a artigos 49.º e 63.º TFUE), não é menos verdade que, no contexto que caracteriza os litígios nos processos principais, as eventuais restrições à liberdade de estabelecimento decorrentes da referida legislação constituem uma consequência inevitável da restrição à livre de circulação de capitais e não justificam, por conseguinte, uma apreciação autónoma da mesma legislação à luz do artigo 43.º CE (v., neste sentido, Acórdão de 6 de março de 2018, *SEGRO e Horváth*, C?52/16 e C?113/16, EU:C:2018:157, n.º 55 e jurisprudência referida).

34 Além disso, como salientou o advogado?geral, em substância, no n.º 44 das suas conclusões, resulta dos autos de que dispõe o Tribunal de Justiça que a aquisição dos dois complexos imobiliários em causa só foi efetuada pela UBS Real Estate, por conta dos fundos UBS, enquanto investimento passivo, com o único objetivo de realizar um investimento financeiro e não para aí estabelecer uma atividade económica.

35 Atendendo a todas as considerações precedentes, há que examinar a medida nacional em causa nos processos principais exclusivamente à luz das disposições do direito primário relativas à livre circulação de capitais, ou seja, o artigo 56.º CE (que passou, após alteração, a artigo 63.º

TFUE).

### **Quanto à existência de uma restrição à livre circulação de capitais**

36 Importa salientar que, segundo jurisprudência constante, as medidas proibidas pelo artigo 56.º, n.º 1, CE (que passou, após alteração, a artigo 63.º, n.º 1, TFUE), enquanto restrições aos movimentos de capitais, incluem as que são suscetíveis de dissuadir os não residentes de investirem num Estado-Membro ou de dissuadir os residentes desse Estado-Membro de investirem noutros Estados (v., nomeadamente, Acórdãos de 2 de junho de 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek*, C-252/14, EU:C:2016:402, n.º 27 e jurisprudência referida, e de 30 de janeiro de 2020, *Köln-Aktienfonds Deka*, C-156/17, EU:C:2020:51, n.º 49 e jurisprudência referida).

37 No presente processo, uma vez que a questão submetida no âmbito dos litígios nos processos principais é a de saber se as diferenças existentes entre os fundos de investimento fechados e os abertos são suscetíveis de permitir que estes dois tipos de fundos sejam tratados de maneira diferente do ponto de vista fiscal, há que examinar se o critério relativo ao tipo «aberto» ou «fechado» do fundo imobiliário pode constituir uma restrição, proibida, em princípio, pelo artigo 56.º, n.º 1, CE (que passou, após alteração, a artigo 63.º, n.º 1, TFUE).

38 A este respeito, importa salientar que o critério relativo à forma do fundo imobiliário não constitui, por si só, uma diferença de tratamento entre os fundos imobiliários residentes e não residentes.

39 Contudo, uma legislação nacional indistintamente aplicável aos operadores residentes e aos não residentes pode constituir uma restrição à livre circulação de capitais. Com efeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que mesmo uma diferenciação assente em critérios objetivos pode, de facto, desfavorecer as situações transfronteiriças (Acórdão de 30 de janeiro de 2020, *Köln-Aktienfonds Deka*, C-156/17, EU:C:2020:51, n.º 55 e jurisprudência referida).

40 É o que acontece quando uma legislação nacional indistintamente aplicável aos operadores residentes e aos não residentes reserva a concessão de um benefício fiscal às situações em que um operador cumpre requisitos ou obrigações que, pela sua natureza ou de facto, são próprios do mercado nacional, de modo que só os operadores presentes no mercado nacional os podem cumprir e os operadores não residentes com características comparáveis geralmente não os cumprem (Acórdão de 30 de janeiro de 2020, *Köln-Aktienfonds Deka*, C-156/17, EU:C:2020:51, n.º 56 e jurisprudência referida)

41 A este respeito, resulta dos autos de que dispõe o Tribunal de Justiça que, nos termos do artigo 12.º *bis* do Decreto Ministerial n.º 228/1999, os fundos imobiliários só podem ser criados, em Itália, como fundos de investimento fechados.

42 Ora, como salientou o advogado-geral nos n.os 75 e 76 das suas conclusões, uma vez que só os fundos imobiliários regulados pelo direito de outros Estados-Membros diferentes da República Italiana podem ser constituídos sob a forma de fundos de investimento abertos e, por conseguinte, podem ser privados do benefício fiscal conferido pelo artigo 35.º, n.º 10 *ter*, do Decreto-Lei n.º 223/2006, a aplicação do critério de distinção baseado na natureza «aberta» ou «fechada» dos fundos de investimento leva ao desfavorecimento dos fundos imobiliários regulados pelo direito de outros Estados-Membros diferentes da República Italiana, criando assim uma diferença de tratamento em seu detrimento.

43 Por conseguinte, há que considerar que, como sustenta o órgão jurisdicional de reenvio, esta diferença de tratamento é suscetível de dissuadir os fundos de investimento abertos

regulados pelo direito de outros Estados?Membros diferentes da República Italiana de adquirirem bens imóveis para utilização profissional no território deste último Estado e constitui, deste modo, uma restrição à livre circulação de capitais proibida, em princípio, pelo artigo 56.º CE (que passou, após alteração, a artigo 63.º TFUE).

44 Não obstante, por força do artigo 58.º, n.º 1, alínea a), CE [que passou, após alteração, a artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE], o artigo 56.º CE (que passou, após alteração, a artigo 63.º TFUE) não prejudica o direito de os Estados?Membros aplicarem as disposições pertinentes do seu direito fiscal que estabeleçam uma distinção entre contribuintes que não se encontrem em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o seu capital é investido.

45 Esta disposição, enquanto derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, deve ser objeto de interpretação estrita. Por conseguinte, não pode ser interpretada no sentido de que qualquer direito fiscal que comporte uma distinção entre os contribuintes em função do lugar onde residam ou do Estado em que invistam o seu capital é automaticamente compatível com os Tratados. Com efeito, a derrogação prevista no artigo 58.º, n.º 1, alínea a), CE [que passou, após alteração, a artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE] é ela própria limitada pelo disposto no artigo 58.º, n.º 3, CE (que passou, após alteração, a artigo 65.º, n.º 3, TFUE), que prevê que as disposições nacionais a que se refere o n.º 1 deste artigo 58.º (que passou, após alteração, a artigo 65.º TFUE) «não devem constituir um meio de discriminação arbitrária, nem uma restrição dissimulada à livre circulação de capitais e pagamentos, como definida no artigo [56.º CE (que passou, após alteração, a artigo 63.º TFUE)]» [v., neste sentido, Acórdão de 29 de abril de 2021, Veronsaajien oikeudenvallontayksikkö (Rendimentos pagos pelos OICVM), C?480/19, EU:C:2021:334, n.º 29 e jurisprudência referida].

46 Por conseguinte, o Tribunal de Justiça também declarou que há que distinguir entre as diferenças de tratamento autorizadas nos termos do artigo 58.º, n.º 1, alínea a), CE [que passou, após alteração, a artigo 65.º, n.º 1, alínea a), TFUE] e as discriminações proibidas pelo artigo 58.º, n.º 3, CE (que passou, após alteração, a artigo 65.º, n.º 3, TFUE). Ora, para que uma legislação fiscal nacional possa ser considerada compatível com as disposições dos Tratados relativas à livre circulação de capitais, é necessário que a diferença de tratamento daí decorrente respeite a situações que não sejam objetivamente comparáveis ou se justifique por uma razão imperiosa de interesse geral [v., neste sentido, Acórdão de 29 de abril de 2021, Veronsaajien oikeudenvallontayksikkö (Rendimentos pagos pelos OICVM) (C?480/19, EU:C:2021:334, n.º 30 e jurisprudência referida)].

### ***Quanto à existência de situações objetivamente comparáveis***

47 Decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a comparabilidade de uma situação transfronteiriça com uma situação interna do Estado?Membro deve ser examinada tendo em conta o objetivo prosseguido pelas disposições nacionais em causa (v., nomeadamente, Acórdão de 30 de abril de 2020, Société Générale, C?565/18, EU:C:2020:318, n.º 26 e jurisprudência referida), bem como o objeto e o conteúdo destas últimas (v., nomeadamente, Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C?252/14, EU:C:2016:402, n.º 48 e jurisprudência referida).

48 Por outro lado, apenas os critérios de distinção pertinentes estabelecidos pela legislação em causa devem ser tidos em conta para efeitos de apreciar se a diferença de tratamento resultante dessa legislação reflete uma diferença objetiva entre as situações (v., neste sentido, Acórdão de 2 de junho de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C?252/14, EU:C:2016:402, n.º 49 e jurisprudência referida).

49 A este respeito, como indicou o advogado?geral no n.º 78 das suas conclusões, há que salientar, em primeiro lugar, que, para examinar se existe uma diferença objetiva entre a situação dos fundos imobiliários abertos e a dos fundos fechados, a principal dificuldade reside no facto de o órgão jurisdicional de reenvio não expor, de maneira clara, a razão pela qual o benefício fiscal em causa nos processos principais foi previsto no direito italiano.

50 Com efeito, no que diz respeito ao objetivo do benefício fiscal conferido pela legislação nacional, o órgão jurisdicional de reenvio apenas utilizou termos genéricos para indicar que, nos últimos anos, o regime fiscal dos fundos comuns de investimento imobiliário fechados foi objeto de várias intervenções por parte do legislador que se inspiraram em duas finalidades opostas, a saber, favorecer o desenvolvimento de um instrumento especial de gestão de carteiras e limitar a sua utilização para contornar a legislação. O referido órgão jurisdicional observou que o eventual desencadeamento de uma crise no mercado imobiliário, que pode ocorrer na sequência de uma queda dos preços, poderia incentivar vários participantes nos fundos de investimento abertos a pedir o reembolso antecipado das suas participações, o que teria por consequência a absorção das «reservas de liquidez» desses fundos. Estes últimos seriam, assim, obrigados a vender uma parte dos bens imóveis adquiridos abaixo do seu valor normal, a fim de poderem responder a esses pedidos de reembolso. Nestas condições, o órgão jurisdicional de reenvio indica que o objetivo do legislador italiano subjacente ao benefício fiscal conferido pelo artigo 35.º, n.º 10<sup>ter</sup>, do Decreto?Lei n.º 223/2006 aos fundos imobiliários fechados pode consistir em promover e favorecer a criação de fundos de investimento que não resultem de intenções altamente especulativas e incertas.

51 Em segundo lugar, há que salientar que as posições expressas pelas diferentes partes que apresentaram observações escritas divergem consideravelmente quanto ao objetivo do benefício fiscal conferido pelo artigo 35.º, n.º 10<sup>ter</sup>, do Decreto?Lei n.º 223/2006, que consiste numa redução de 50 % da taxa dos impostos hipotecários e de registo pelas aquisições de bens imóveis efetuadas por ou por conta de fundos fechados regulados pelo artigo 37.º do Decreto Legislativo n.º 58/1998.

52 Antes de mais, a UBS Real Estate contesta o pressuposto em que o órgão jurisdicional de reenvio se baseia e alega que a *ratio legis* de uma disposição como a que está em causa nos processos principais, que reduz para metade o montante a pagar a título de impostos de registo predial, reside na necessidade de evitar que operadores que realizam frequentemente operações de compra e venda imobiliárias a título profissional sejam penalizados por essa atividade, pagando duas vezes os mesmos impostos, ou seja, tanto no momento da aquisição de um imóvel como no momento da sua venda, o que é confirmado designadamente por um estudo do Consiglio nazionale del Notariato (Conselho Nacional de Notários, Itália) e por uma circular da Associazione fra le società italiane per azioni (Assonime) (Associação de Sociedades por Ações Italianas).

53 Em seguida, o Governo italiano considera que as diferenças de ordem funcional e estrutural que existem entre os fundos imobiliários fechados e os abertos, seja no que se refere aos procedimentos de subscrição e às modalidades de resgate das participações ou às características de cada um desses tipos de fundos, comprovam que os fundos imobiliários abertos não estão numa situação objetivamente comparável à dos fundos fechados. Além disso, esta conclusão é corroborada pela génese da disposição nacional, da qual resulta que o legislador italiano quis reservar esse benefício fiscal apenas aos investimentos de natureza efetivamente imobiliária, com exclusão dos investimentos de natureza mobiliária, mesmo que estes últimos sejam valorizados através da aquisição temporária de bens imóveis, e essa legislação visa, em substância, favorecer o estabelecimento, em Itália, de fundos fechados que efetuam investimentos

imobiliários.

54 Por último, a Comissão Europeia salienta que o direito italiano impõe um único regime material aplicável a todos os fundos comuns de investimento, mas confere um tratamento fiscal favorável à aquisição de bens imóveis para utilização profissional por fundos imobiliários fechados sob a forma de redução dos impostos hipotecários e de registo. Ora, sendo o objetivo principal, tanto dos fundos fechados como dos fundos abertos, o de dar ao subscritor a possibilidade de realizar um investimento financeiro, há uma comparabilidade perfeita entre os fundos imobiliários fechados e abertos. Além disso, tomando em consideração o objetivo do fundo, que consiste em adquirir bens imóveis para os revender em seguida, os fundos imobiliários fechados e os fundos imobiliários abertos são igualmente comparáveis.

55 Neste contexto, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio, que tem competência exclusiva para interpretar o direito nacional, tendo em conta todos os elementos da legislação fiscal em causa nos processos principais e o regime fiscal nacional no seu conjunto, determinar o principal objetivo prosseguido por esta disposição (v., neste sentido, Acórdão de 30 de janeiro de 2020, Köln?Aktienfonds Deka, C?156/17, EU:C:2020:51, n.º 79).

56 A este respeito, embora o órgão jurisdicional de reenvio tenha chegado à conclusão de que o objetivo do artigo 35.º, n.º 10<sup>ter</sup>, do Decreto?Lei n.º 223/2006 visa evitar que um fundo seja penalizado por uma dupla tributação aquando da aquisição de bens imóveis e posterior revenda, há que considerar que, tendo em conta este objetivo e como salientou o advogado?geral no n.º 81 das suas conclusões, os fundos abertos e os fechados se encontram em situações objetivamente comparáveis.

57 Em contrapartida, o órgão jurisdicional de reenvio poderia concluir que os objetivos prosseguidos pela legislação nacional em causa nos processos principais visam promover e favorecer a criação de fundos fechados, que não resultem de intenções altamente especulativas e incertas, e limitar os riscos sistémicos no mercado imobiliário, e que tais considerações constituem, assim, o fundamento com base no qual os fundos abertos estão excluídos do benefício fiscal conferido pelo artigo 35.º, n.º 10<sup>ter</sup>, do Decreto?Lei n.º 223/2006. Ora, importa salientar que as considerações desta natureza não incidem especificamente sobre as razões que diferenciam os fundos abertos dos fundos fechados face ao benefício fiscal em questão.

58 Há que acrescentar, no que diz respeito ao objeto e ao conteúdo dessa legislação, que estes consistem em prever uma redução de 50% da taxa dos impostos hipotecários e de registo pelas aquisições de bens imóveis efetuadas por ou por conta de fundos fechados regulados pelo artigo 37.º do Decreto Legislativo n.º 58/1998 e que, relativamente a esse benefício fiscal, os fundos fechados e os fundos abertos, na medida em que ambos realizam a atividade que consiste em adquirir e posteriormente revender bens imóveis sujeita a dupla tributação, parecem encontrar?se numa situação comparável.

59 Nestas condições, há que examinar se a diferença de tratamento instituída por este artigo 37.º pode ser justificada por razões imperiosas de interesse geral.

***Quanto à existência de uma razão imperiosa de interesse geral***

60 Importa recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, uma restrição à livre circulação de capitais pode ser admitida se se justificar por razões imperiosas de interesse geral, for adequada para garantir a realização do objetivo por ela prosseguido e não for além do necessário para alcançar esse objetivo [v., neste sentido, Acórdão de 29 de abril de 2021, Veronsaajien oikeudenvallontayksikkö (Rendimentos pagos pelos OPCVM), C?480/19, EU:C:2021:334, n.º 56 e jurisprudência referida].

61 No caso em apreço, há que constatar que, embora o órgão jurisdicional de reenvio não tenha invocado essas razões nos pedidos de decisão prejudicial, explicou, como foi salientado no n.º 50 do presente acórdão, as finalidades que inspiraram as intervenções do legislador no domínio do tratamento fiscal dos fundos imobiliários fechados, ou seja, favorecer o desenvolvimento de um instrumento especial de gestão de carteiras, limitar a sua utilização para efeitos de contornar a legislação, bem como promover e favorecer a constituição de fundos fechados, que não resultem de intenções altamente especulativas e incertas, tendo estas várias intervenções legislativas sido orientadas por considerações relativas à necessidade de limitar os riscos sistémicos no mercado imobiliário. Além disso, a Comissão e o Governo italiano invocaram perante o Tribunal de Justiça diversos motivos de justificação, a saber, respetivamente, o combate à fraude e à evasão fiscal e a preservação da coerência do regime fiscal em causa nos processos principais.

62 Antes de mais, no que diz respeito ao combate à fraude e à evasão fiscal, importa recordar que o Tribunal de Justiça declarou que uma medida nacional que restrinja a livre circulação de capitais pode ser justificada pela necessidade de prevenir a fraude e a evasão fiscal quando vise especificamente os expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, cujo único objetivo seja elidir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades exercidas no território nacional do Estado-Membro em causa [Acórdão de 26 de fevereiro de 2019, X (Sociedades intermediárias estabelecidas em países terceiros), C?135/17, EU:C:2019:136, n.º 73 e jurisprudência referida]. Consequentemente, uma presunção geral de evasão ou fraude fiscal não basta para justificar uma medida fiscal que afete os objetivos dos Tratados (Acórdão de 11 de outubro de 2007, ELISA, C?451/05, EU:C:2007:594, n.º 91 e jurisprudência referida).

63 Ora, a este respeito, basta salientar que, na medida em que a legislação nacional exclui do benefício fiscal todos os fundos imobiliários abertos, não cumpre manifestamente as exigências enunciadas no número anterior e não pode, por conseguinte, ser justificada pela necessidade de prevenir a fraude e a evasão fiscal.

64 Em seguida, o Governo italiano sustenta que a diferença de tratamento instituída pelo artigo 35.º, n.º 10<sup>ter</sup>, do Decreto-Lei n.º 223/2006 se justifica pela necessidade de preservar o equilíbrio e a coerência do sistema nacional, dado que o direito italiano reconhece unicamente os fundos de investimento fechados como categoria de fundos que podem realizar aquisições imobiliárias.

65 A este respeito, há que recordar que é certo que o Tribunal de Justiça já declarou que a necessidade de preservar a coerência do regime fiscal pode justificar uma legislação suscetível de restringir as liberdades fundamentais (v., neste sentido, Acórdãos de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o., C?338/11 a C?347/11, EU:C:2012:286, n.º 50 e jurisprudência referida, e de 13 de março de 2014, Bouanich, C?375/12, EU:C:2014:138, n.º 69 e jurisprudência referida).

66 No entanto, para que um argumento baseado em tal justificação possa proceder, é necessário, segundo jurisprudência constante, que se demonstre a existência de um nexo direto

entre o benefício fiscal em causa e a compensação desse benefício através da cobrança de determinado imposto, devendo o caráter direto deste nexo ser apreciado à luz do objetivo da legislação em causa (Acórdãos de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIC e o., C?338/11 a C?347/11, EU:C:2012:286, n.º 51 e jurisprudência referida, e de 13 de março de 2014, Bouanich, C?375/12, EU:C:2014:138, n.º 69 e jurisprudência referida).

67 Ora, no caso em apreço, a República Italiana não demonstrou que o benefício fiscal concedido aos fundos italianos fechados era compensado através da cobrança de determinado imposto, justificando assim a exclusão dos fundos imobiliários regulados pelo direito de outros Estados?Membros diferentes da República Italiana desse benefício.

68 Por último, quanto à necessidade de favorecer o desenvolvimento de um instrumento especial de gestão de carteiras, à constituição de fundos fechados, que não resultem de intenções altamente especulativas e incertas, bem como à necessidade de limitar os riscos sistémicos no mercado imobiliário, importa salientar, em primeiro lugar, no que respeita à necessidade de favorecer o desenvolvimento de um instrumento especial, que este objetivo parece alcançado através da legislação nacional que autoriza apenas a criação de fundos fechados.

69 Contudo, um tratamento fiscal desfavorável dos fundos de outro tipo, criados segundo o direito de outro Estado?Membro, leva, em substância, a privilegiar sistematicamente os fundos nacionais.

70 Por outro lado, em conformidade com jurisprudência constante, um objetivo de natureza puramente económica não pode justificar uma restrição a uma liberdade fundamental garantida pelos Tratados (Acórdão de 25 de fevereiro de 2021, Novo Banco, C?712/19, EU:C:2021:137, n.º 40 e jurisprudência referida).

71 Em segundo lugar, à semelhança do advogado?geral nos n.os 88 e 89 das suas conclusões, há que referir que a natureza aberta ou fechada de um fundo não parece estar ligada ao nível de especulação dos investimentos efetuados por esse fundo nem à natureza mais ou menos certa das intenções criadas a este respeito e a característica de fundos fechados não obriga esse fundo a deter o bem que adquiriu durante mais tempo do que se fosse um fundo aberto.

72 Por conseguinte, mesmo admitindo que a necessidade de prevenir a especulação imobiliária possa ser considerada uma razão imperiosa de interesse geral suscetível de justificar uma restrição à livre circulação de capitais, não pode ser invocada nos processos principais, na medida em que a aplicação de um benefício fiscal apenas aos fundos fechados, com exclusão dos fundos abertos, não parece adequada para alcançar o objetivo prosseguido.

73 Em terceiro lugar, como salientou o advogado?geral nos n.os 90 e 91 das suas conclusões, o objetivo de limitar os riscos sistémicos no mercado imobiliário é suscetível de constituir uma razão imperiosa de interesse geral. No entanto, para que uma restrição à livre circulação de capitais possa ser justificada pela necessidade de limitar os riscos sistémicos no mercado imobiliário, a legislação nacional que confere um benefício fiscal apenas aos fundos imobiliários fechados deve ser adequada para garantir a realização do objetivo invocado e não ir além do necessário para alcançar o mesmo, o que caberá ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

74 Atendendo a todas as considerações precedentes, há que responder à questão submetida que o artigo 56.º CE (que passou, após alteração, a artigo 63.º TFUE) deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado?Membro que limita o benefício da redução dos impostos hipotecários e de registo apenas aos fundos imobiliários fechados, com

exclusão dos fundos abertos, desde que essas duas categorias de fundos se encontrem em situações objetivamente comparáveis, a menos que essa diferença de tratamento seja justificada pelo objetivo que visa limitar os riscos sistémicos no mercado imobiliário.

### **Quanto às despesas**

75 Revestindo o processo, quanto às partes nas causas principais, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Segunda Secção) declara:

**O artigo 56.º CE (que passou, após alteração, a artigo 63.º TFUE) deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro que limita o benefício da redução dos impostos hipotecários e de registo apenas aos fundos imobiliários fechados, com exclusão dos fundos abertos, desde que essas duas categorias de fundos se encontrem em situações objetivamente comparáveis, a menos que essa diferença de tratamento seja justificada pelo objetivo que visa limitar os riscos sistémicos no mercado imobiliário.**

Assinaturas

\* Língua do processo: italiano.