



COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

Bruxelas, 25.10.2004
COM(2004) 709 final

RELATÓRIO DA COMISSÃO

Execução pelos Estados-Membros da Convenção relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias e respectivos protocolos

Artigo 10.º da Convenção

{SEC(2004) 1299}

1. INTRODUÇÃO

A protecção dos interesses financeiros pelo direito penal começou a ser considerada uma grande prioridade para a Comunidade Europeia nos anos 70, mas os primeiros instrumentos adoptados com este objectivo foram a Convenção relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades de 26.07.1995¹, o Primeiro Protocolo de 27.9.1996², o Protocolo TJCE de 29.11.1996³ e o Segundo Protocolo de 19.6.1997⁴ (a seguir denominados instrumentos PIF), todos eles adoptados no âmbito do Título VI do Tratado UE. Os instrumentos PIF têm como objectivo criar uma base comum para a protecção penal dos interesses financeiros das Comunidades Europeias. A Convenção PIF, o Primeiro Protocolo e o Protocolo TJCE entraram em vigor em 17.10.2002, após ratificação pelos 15 Estados-Membros de então. O Segundo Protocolo deve ainda ser ratificado pela Itália, o Luxemburgo e a Áustria.

Uma vez que o Conselho ainda não adoptou uma posição comum sobre a proposta de directiva relativa à protecção penal dos interesses financeiros da Comunidade com base no artigo 280.º do Tratado CE⁵, a Comissão considera ter chegado o momento de examinar as medidas nacionais de execução e de avaliar o impacto dos instrumentos PIF. O presente relatório destina-se a verificar se o objectivo de proporcionar uma protecção efectiva e equivalente dos interesses financeiros da Comunidade já foi alcançado em todos os Estados-Membros. A identificação das lacunas que subsistem na execução dos instrumentos PIF deverá contribuir para fazer avançar o processo legislativo relativo à proposta de directiva ou, consoante os casos, para incitar ao recurso aos procedimentos de resolução de litígios no âmbito destes instrumentos.

Um relatório sobre a execução dos instrumentos PIF é actualmente necessário para fazer um balanço da evolução da situação no que diz respeito à protecção dos interesses financeiros das Comunidade Europeias pelo direito penal nacional, ainda que nem todos os Estados-Membros tenham ratificado todos os instrumentos PIF. A adesão dos novos Estados-Membros abre um novo capítulo no processo de acompanhamento da execução, que deverá ser tratado separadamente.

¹ Convenção relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades, JO C 316 de 27.11.1995, p. 49.

² Protocolo da Convenção relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, JO C 313 de 23.10.1996, p. 2.

³ Protocolo relativo à interpretação a título prejudicial pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias da Convenção relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias, JO C 151 de 20.5.1997, p. 2.

⁴ Segundo Protocolo da Convenção relativa à Protecção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias, JO C 221 de 19.7.1997, p. 12.

⁵ COM (2001) 272 final de 23.5.2001: JO C 240 E de 28.8.2001, p. 125, com a última redacção que lhe foi dada pelo documento COM (2002) 577 final de 16.10.2002: JO C 71 E de 25.3.2003, p. 1.

2. ANTECEDENTES

2.1. Objectivo

O principal objectivo do presente relatório consiste em avaliar a forma como os Estados-Membros deram cumprimento aos instrumentos PIF. O relatório é também o instrumento adequado para verificar se é necessário lançar o procedimento de resolução de litígios previsto no artigo 8.º da Convenção PIF.

Embora se insiram no terceiro pilar, os instrumentos PIF prosseguem objectivos que também são exigidos pelo artigo 280.º do Tratado CE:

- As medidas tomadas em conformidade com o n.º 1 do artigo 280.º do Tratado CE e com os instrumentos PIF devem ser dissuasivas e proporcionar uma protecção efectiva dos interesses financeiros da CE nos Estados-Membros.
- O n.º 2 do artigo 280.º do Tratado CE impõe aos Estados-Membros que adoptem, para combater a fraude lesiva dos interesses financeiros da Comunidade, medidas análogas às que tomarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses. Este princípio da assimilação estava subjacente aquando da elaboração dos instrumentos PIF.
- Tanto o n.º 3 do artigo 280.º do Tratado CE como os instrumentos PIF se destinam a promover a colaboração entre os Estados-Membros, bem como entre estes e a Comissão.
- Os instrumentos PIF são medidas tomadas nos domínios da prevenção e da luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da CE, que deverão garantir uma protecção equivalente nos Estados-Membros, como previsto no n.º 4 do artigo 280.º do Tratado CE. Os instrumentos PIF contribuem para a consecução do princípio da equivalência.

O artigo 10.º da Convenção PIF exige aos Estados-Membros que comuniquem à Comissão o texto das disposições que transponham os instrumentos PIF para o seu direito interno. Por conseguinte, o presente relatório também servirá para divulgar as informações recebidas neste contexto⁶.

2.2. Método

O relatório centra-se nos 15 Estados-Membros anteriores à adesão de 1 de Maio de 2004. Interessa-se sobretudo pelas disposições dos instrumentos PIF relativas ao direito penal ou ao direito processual. Em contrapartida, não tem em conta as disposições que não requerem execução, como por exemplo as relativas à cooperação e à protecção de dados.

Uma vez que a maior parte dos Estados-Membros ratificou o Segundo Protocolo, justifica-se uma análise da situação no que diz respeito à sua execução. Passaram já

⁶ O ponto 4.1.1 do Relatório Anual de 2002 relativo à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias (COM(2003) 445 final de 4.12.2003) anuncia uma análise da forma como os Estados-Membros respeitaram as obrigações que lhes incumbem por força dos instrumentos PIF.

sete anos desde a sua adopção. A Áustria e o Luxemburgo estão a preparar um projecto legislativo para executar as disposições em matéria de responsabilidade das pessoas colectivas. A Itália já adoptou a maior parte das medidas de execução correspondentes. Os principais elementos, como o branqueamento de capitais e a perda, estão estreitamente ligados ao acervo existente.

A fim de avaliar a execução dos instrumentos PIF, deverão ser utilizados os mesmos critérios já estabelecidos para avaliar a execução das directivas do primeiro pilar e as decisões-quadro do terceiro pilar.

Todavia, os critérios de avaliação a utilizar deverão ser, em primeiro lugar, as disposições dos próprios instrumentos PIF. Para avaliar o grau de protecção penal dos interesses financeiros da Comunidade alcançado graças às medidas nacionais, é necessário verificar a execução de cada artigo em cada Estado-Membro com base numa análise de direito comparado. Seguidamente é apresentado um resumo da avaliação. A avaliação pormenorizada consta de um documento de trabalho dos serviços da Comissão associado ao presente relatório.

3. AVALIAÇÃO

3.1. Infracções penais

Fraude lesiva dos interesses financeiros da Comunidade (artigos 1.º e 2.º da Convenção PIF)

O objectivo inicial da Convenção PIF consistia em colmatar lacunas e eliminar incompatibilidades no que diz respeito à fraude lesiva dos interesses financeiros da Comunidade.

Graças ao princípio da equivalência (igualmente previsto no n.º 4 do artigo 280.º do Tratado CE), a criminalização dos comportamentos fraudulentos tornou-se mais homogénea em toda a UE.

No entanto, no que diz respeito à fraude lesiva das despesas comunitárias, só a Dinamarca, a Grécia, a Espanha e a Irlanda deram total cumprimento às disposições da Convenção. Além disso, a legislação da Itália e dos Países Baixos parece também evitar os vazios e as lacunas que poderiam permitir a impunidade da fraude em matéria de despesas. Em contrapartida, a legislação da Bélgica, Alemanha, Luxemburgo, Áustria, Portugal, Finlândia e Suécia poderá não estar inteiramente conforme com a definição de fraude, uma vez que são exigidos elementos adicionais para certos tipos de fraude. Em França e no Reino Unido, parece existir o risco de certos tipos de fraude relativos às despesas comunitárias não serem criminalizados. Em França, por exemplo, a fraude cometida através da não comunicação de informações requer um exame mais aprofundado, enquanto no Reino Unido a legislação deixa pairar uma grande incerteza no que diz respeito ao desvio de fundos.

A panorâmica global é mais favorável no que diz respeito à fraude que afecta as receitas comunitárias, já que a Alemanha, a Espanha, a Itália, os Países Baixos, a Áustria, Portugal e a Finlândia deram cumprimento ao disposto na Convenção PIF. O âmbito da protecção penal dos recursos próprios provenientes do IVA não é

totalmente claro na Dinamarca, Grécia, França, Irlanda e Luxemburgo. Sob reserva de uma análise mais aprofundada da prática dos tribunais, afigura-se necessário alterar certos textos legislativos, a fim de colmatar as potenciais lacunas relativamente a certos tipos de fraudes ligados ao desvio de vantagens legalmente obtidas, na Suécia e no Reino Unido, e ao elemento de dolo na legislação aduaneira, na Bélgica. Por último, afigura-se que, no Reino Unido, apenas é criminalizada a fraude dirigida contra as suas próprias autoridades e que a fraude no âmbito do IVA ou dos direitos aduaneiros requer elementos subjectivos adicionais, a saber, o facto de participar com conhecimento na evasão fiscal fraudulenta ou na sua preparação. Na Bélgica, em França e na Áustria, as sanções previstas para certas formas de fraude fiscal não parecem ser proporcionadas ou dissuasivas, não incluindo penas de prisão suficientes.

Esta ausência persistente de uma definição comum nos Estados-Membros dos elementos constitutivos de fraude lesiva dos interesses financeiros da Comunidade pode dificultar as acções penais contra a fraude transfronteiras e a cooperação a nível da UE.

A criminalização da elaboração intencional de declarações falsas, inexactas ou incompletas, exigida pelo n.º 3 do artigo 1.º da Convenção PIF, parece existir na Dinamarca, Grécia, Espanha, Itália, Irlanda, Países Baixos e Suécia. Relativamente aos restantes Estados-Membros, não podem ser extraídas conclusões definitivas nesta fase.

Corrupção (artigos 2.º a 5.º do Primeiro Protocolo)

De uma forma geral, a execução em matéria de corrupção activa e passiva encontra-se num estágio mais avançado, em parte graças ao facto de outras convenções internacionais imporem obrigações análogas aos Estados-Membros. Aparentemente, todos os Estados-Membros prevêem crimes de corrupção. Todavia, na Alemanha, Grécia, Irlanda, Áustria e Suécia, esta noção pode ter um âmbito restritivo. A Espanha, a Suécia e o Reino Unido não apresentaram argumentos convincentes de que estes delitos também se aplicam aos funcionários da Comunidade. No que diz respeito à assimilação do pessoal das instituições europeias, na Bélgica, Dinamarca, Espanha, Países Baixos e Portugal, a observância total parece depender da interpretação que os tribunais dão à legislação pertinente.

Branqueamento de capitais (artigo 2.º do Segundo Protocolo)

O grau de observância do Segundo Protocolo por parte dos Estados-Membros no que diz respeito ao branqueamento de capitais é muito elevado. A Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Irlanda, Itália, Países Baixos, Portugal e Reino Unido parecem observar totalmente o disposto no Protocolo, ao passo que a Espanha o faz apenas no que diz respeito às formas graves de fraude. No que diz respeito à Suécia, não é seguro que a fraude fiscal e aduaneira constituam infracções principais. No Luxemburgo, a fraude só é uma infracção principal se for cometida por uma organização criminosa. Na Alemanha e na Áustria, as infracções principais não incluem a fraude fiscal, a menos que esta seja cometida de forma organizada. Na Grécia, a fraude relativa ao IVA também parece não constituir uma infracção principal.

3.2. Conceitos gerais de direito penal

Responsabilidade penal dos dirigentes de empresas (artigo 3.º da Convenção PIF)

O artigo 3.º da Convenção PIF prevê a responsabilidade penal dos dirigentes de empresas em caso de fraude, corrupção ou branqueamento de capitais lesivo dos interesses financeiros das Comunidades Europeias praticados por um membro do pessoal que lhes esteja subordinado, por conta da empresa.

Só os Países Baixos parecem prever expressamente a responsabilidade penal dos dirigentes de empresas. O âmbito da responsabilidade penal dos dirigentes de empresas continua a ser pouco claro na Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Itália, Luxemburgo, Áustria e Suécia, onde o regime geral relativo à participação é invocado para contestar a necessidade de adoptar regras específicas. Não existem certezas quanto ao impacto global das regras de participação. São necessárias explicações suplementares para avaliar se o resultado visado pelo artigo 3.º da Convenção PIF é efectivamente alcançado, nomeadamente através de exemplos extraídos da jurisprudência em vigor (França). A Irlanda parece não ter introduzido o conceito de responsabilidade penal dos dirigentes de empresas, exigindo a presença de “dolo” em todos os casos.

A Comissão nota que os Estados-Membros mostraram uma certa relutância em examinar pormenorizadamente os seus sistemas nacionais no que diz respeito ao conceito de responsabilidade penal dos dirigentes de empresas. São necessárias informações suplementares, dado que os Estados-Membros se baseiam unicamente no que já é previsto pelas suas legislações nacionais. A Comissão está convicta de que a referência a disposições nacionais já existentes não é suficiente, considerando que continuam a subsistir incompatibilidades, uma vez que os dirigentes são considerados responsáveis em diferentes circunstâncias, consoante o país em causa. Poderá revelar-se necessária uma acção legislativa por parte dos Estados-Membros no sentido de introduzir regras específicas relativas à responsabilidade penal dos dirigentes de empresas.

Responsabilidade das pessoas colectivas (artigos 3.º e 4.º do Segundo Protocolo)

Exceptuando o Luxemburgo e a Áustria, os Estados-Membros prevêem a responsabilidade das pessoas colectivas. Três deles parecem não prever a responsabilidade das pessoas colectivas relativamente a todas as infracções previstas nos instrumentos PIF, omitindo, por exemplo, a corrupção activa e o branqueamento de capitais (Portugal), a fraude fiscal e aduaneira (França) ou a fraude não considerada “grave” (Espanha). No que diz respeito à Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Suécia e Reino Unido, não é certo que estes Estados prevejam a existência de responsabilidade nos casos em que a falta de supervisão ou de controlo tornou possível cometer a infracção ou em que a infracção foi cometida por um subordinado.

A análise revela que os Estados-Membros progrediram consideravelmente no que diz respeito à aplicação de um tratamento análogo às empresas e às pessoas singulares

culpadas dos mesmos crimes. Mesmo o Luxemburgo⁷ e a Áustria⁸, que ainda não ratificaram o Segundo Protocolo, parecem dispostos a reconhecer a responsabilidade das pessoas colectivas. A Comissão nota também que o conceito de responsabilidade das pessoas colectivas se impôs entretanto em instrumentos recentes da UE e a nível internacional.

Perda (artigo 5.º do Segundo Protocolo)

No que diz respeito à cláusula relativa à perda, os instrumentos comunitários e internacionais já existentes que prevêem medidas similares contribuíram para um resultado positivo. A Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Irlanda, Países Baixos, Portugal e Finlândia parecem observar o disposto no artigo 5.º do Segundo Protocolo. Os restantes Estados-Membros parecem não dispor das disposições relativas à apreensão e à perda ou à privação da livre disposição dos instrumentos (Reino Unido), ou de bens de valor correspondente (Espanha), ou parecem ter essencialmente omitido a fraude fiscal (Grécia, Suécia) ou outras formas de fraude (França).

3.3. Elementos complementares relativos ao processo penal

Competência (artigo 4.º da Convenção PIF e artigo 6.º do Primeiro Protocolo)

De uma forma geral, todos os Estados Membros prevêem a competência baseada no princípio da territorialidade no que diz respeito à fraude, à corrupção e ao branqueamento de capitais. A França, a Áustria e o Reino Unido parecem não prever uma competência territorial plena nos casos de fraude fiscal, de participação neste tipo de fraude e de tentativa cometida só em parte no seu território mas que seja da competência da autoridade de outro Estado-Membro. A Bélgica parece não estabelecer a competência relativamente a algumas categorias de participação em actos de fraude ou de branqueamento de capitais no estrangeiro, ao passo que o Reino Unido parece debater-se com dificuldades processuais que tornam praticamente impossível agir penalmente contra infracções cometidas no estrangeiro; por exemplo, a Escócia poderá não ter competência no que diz respeito à participação neste tipo de fraude ou à sua instigação.

Alguns Estados-Membros utilizaram a possibilidade oferecida pelos instrumentos PIF de emitir reservas quanto à aplicação do princípio da personalidade para efeitos de estabelecimento de competência. As diferenças que subsistem poderão, por conseguinte, permitir que certos delitos não sejam punidos e que a natureza transfronteiras de muitas das actividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da CE seja tratada de modo inadequado.

'Ne bis in idem' (artigo 7.º da Convenção PIF)

Em princípio, a regra '*ne bis in idem*' parece ser reconhecida. No que diz respeito à Dinamarca, Itália, Portugal, Áustria e Suécia, parece possível afirmar que a execução

⁷ Na nota explicativa que acompanha o projecto de lei n.º 5262, o Luxemburgo anunciou um projecto de lei destinado a introduzir a responsabilidade das pessoas colectivas.

⁸ O Ministério Federal da Justiça adoptou recentemente um projecto de lei sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas.

foi assegurada. Contudo, por falta de informações, não se pôde proceder nesta fase a uma avaliação relativamente aos restantes Estados-Membros.

3.4. Avaliação geral

À primeira vista, uma análise das disposições nacionais adoptadas nos Estados-Membros revela que o nível de protecção penal efectiva dos interesses financeiros da Comunidade aumentou. No que se refere à definição das infracções, os sistemas nacionais aproximaram-se e as sanções são geralmente fixadas a um nível suficientemente elevado de modo a não impedirem a assistência mútua.

O princípio da assimilação (que também está previsto no n.º 2 do artigo 280.º do Tratado CE) foi objecto de um certo reconhecimento nos Estados-Membros. Em especial, os instrumentos PIF incitaram os Estados-Membros a adoptar, para combaterem a fraude lesiva dos interesses financeiros da CE, medidas análogas às que adoptam para lutar contra as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros.

Não obstante, a análise da Comissão leva a concluir que nenhum dos Estados-Membros considerados parece ter tomado todas as medidas necessárias para dar plenamente cumprimento ao disposto nos instrumentos PIF. Subsistem vazios e lacunas na lei que permitem que alguns crimes não sejam punidos. O conjunto de regras contidas nos instrumentos PIF não pode ser considerado separadamente, dado que a aplicação parcial ou a não aplicação de um artigo tem repercussões sobre as disposições que, consideradas isoladamente, parecem estar em conformidade com o disposto nos instrumentos PIF. As diferenças consideráveis existentes entre os Estados-Membros no que diz respeito às sanções penais levam também a colocar a questão de saber se as sanções impostas respeitam sempre os critérios do Tribunal de Justiça, que afirma que estas devem ser efectivas, proporcionadas e dissuasivas⁹.

Uma vez que o objectivo da harmonização ainda não foi totalmente alcançado, a Comissão considera que o nível de protecção ainda não é suficientemente elevado para excluir qualquer risco de impunidade ou de não dissuasão de todos os comportamentos lesivos dos interesses financeiros da CE que devem ser criminalizados. As obrigações dos Estados-Membros no que diz respeito ao seu compromisso no sentido de reprimir este tipo de crime ainda não foram totalmente cumpridas.

A Comissão considera que muitas das razões que a levaram a apresentar uma proposta de directiva relativa à protecção penal dos interesses financeiros da CE continuam a ser válidas, e julga ser útil relançar as negociações no Conselho sobre a proposta alterada com vista a chegar a uma posição comum.

Neste contexto, a Comissão assinala que a Convenção PIF e os seus Protocolos, elaborados com base nos instrumentos disponíveis no âmbito do Tratado de Maastricht, não dão uma resposta adequada à necessidade específica de protecção penal dos interesses financeiros da CE. Por conseguinte, a Comissão continuará a examinar as possíveis abordagens oferecidas pelas alterações subsequentes do

⁹ Na acepção do processo 68/88 *Comissão/Grécia*, Col. 1989, p. 2965 e do processo C-352/92 *Milchwerke Köln/Wuppertal eG*, Col. 1994, p. I-3385.

Tratado, tais como a proposta de directiva baseada no novo artigo 280.º do Tratado CE, bem como os meios previstos pelo projecto de Tratado Constitucional, incluindo a possibilidade última de instituir uma Procuradoria Europeia no domínio financeiro.

4. RECOMENDAÇÕES

Tendo em conta o que precede, a Comissão recomenda ao Conselho que:

- convide os Estados-Membros:
 - a intensificarem os seus esforços para reforçar a legislação penal nacional destinada a proteger os interesses financeiros das Comunidades, nomeadamente com vista à completa criminalização dos comportamentos fraudulentos e à responsabilidade penal no contexto empresarial;
 - a reconsiderarem as reservas que emitiram aquando da ratificação dos instrumentos PIF;
 - (aqueles que ainda o não fizeram) a executarem e ratificarem o Segundo Protocolo sem demora, dado que já passaram mais de sete anos desde a sua assinatura;
- dê prioridade ao objectivo da aplicação integral dos instrumentos PIF, de modo a evitar que seja dado início a procedimentos ao abrigo do artigo 8.º da Convenção PIF;
- envide esforços com vista à adopção de uma posição comum relativa à proposta alterada de directiva relativa à protecção penal dos interesses financeiros da Comunidade, com base no artigo 280.º do Tratado CE.

Assim que todos os Estados-Membros notificarem a sua ratificação e/ou a adesão a todos os instrumentos PIF, a Comissão tenciona apresentar um relatório de acompanhamento da execução dos mesmos nos novos Estados-Membros e da execução do Segundo Protocolo pela Itália, o Luxemburgo e a Áustria.