

# ELETRÔNICOS

## Direito Internacional sem Fronteiras

### EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS INSTRUMENTOS DE COMBATE E PREVENÇÃO AO BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS NA UNIÃO EUROPEIA

*Historical evolution of the fighting instruments and prevention of money laundering in the European Union*

Luís Felipe Borges TAVEIRA 

Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto/São Paulo, Brasil.

**Resumo:** As fraudes financeiras, nomeadamente o branqueamento de capitais e enriquecimento ilícito, ferem os objetivos europeus relativos ao controle de capitais em seus fundos e ao zelo pela cooperação leal entre os Estados-membros. Ao mesmo passo que os tratados constitutivos europeus preveem a livre circulação de capitais, também preveem que é possível restringi-la em casos específicos, dentre eles, fraudes e branqueamento de capitais. Desta forma, para melhor reger essa aparente antinomia, normas foram criadas e aprimoradas. O objeto da pesquisa é, portanto, o histórico de mudanças nas Convenções PIF e demais instrumentos normativos utilizados no combate ao branqueamento de capitais na União Europeia.

**Palavras-Chave:** Branqueamento de capitais; Fraudes financeiras; Direito Financeiro; Direito da União Europeia.

**Abstract:** Financial fraud, in particular money laundering and illicit enrichment, violates European objectives regarding the control of capital in its funds and the zeal for loyal cooperation between Member States. While European constitutive treaties provide for the free movement of capital, they also provide that it is possible to restrict it in specific cases, including fraud and money laundering. Thus, in order to better rule this apparent antinomy, standards were created and improved. The object of the research is, therefore, the history of changes in the PFI Conventions and other normative instruments used in the fight against money laundering in the European Union.

**Keywords:** Money laundering; Financial fraud; Financial law; European Union law.

## 1 INTRODUÇÃO

No vigente direito penal, a tipificação de uma conduta tem também um caráter preventivo. O caráter preventivo da pena tem duas faces: i) a preventiva - que pode objetivar reforçar o poder cogente do Direito Penal ou fortalecer o “poder intimidativo estatal”; ii) a especial - que reflete o caráter de ressocialização e reeducação que a pena possui (NUCCI, 2009, p. 57).

Isto é, cada norma penal assegura uma pena correspondente à conduta, mas também atribui um limitador psicológico no potencial sujeito ativo daquele tipo penal, de modo que a máquina pública também se move nesse sentido privativo da pena.

Tais pressupostos são exemplificados na relação entre a tipificação de crimes contra as finanças públicas, tal como o desvio de verbas, e a criação de forças policiais investigativas específicas, bem como a criação de varas especializadas em julgar tais condutas.

Acontece que esse julgamento deve observar o princípio do devido processo legal. Desse modo, a conduta deve corresponder fielmente à descrição do texto legal. Essa exigência é denominada “tipicidade” (HUNGRIA, 1978, p. 20). Diante deste quadro, aquelas condutas que devem ser reprimidas, devem estar tipificadas através de um texto legal que corresponda exatamente à descrição desta conduta.

Uma destas condutas, especialmente focadas pelas autoridades europeias, é a prática de branqueamento de capitais, que comprometem os interesses financeiros europeus<sup>1</sup>. Alguns cidadãos, para proteger seu patrimônio ou sua renda oriunda de práticas ilícitas, transferem bens ou simulam transferências, inclusive entre pessoas coletivas ou singulares residentes nos Estados-Membros, conferindo uma aparente legalidade àquela renda ou patrimônio.

Estas transações, a princípio, encontrariam respaldo legal nas cinco liberdades fundamentais previstas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: liberdade de estabelecimento (artigo 49º), livre circulação de capitais (artigo 63º e seguintes), produtos (artigo 28º e seguintes), serviços (artigo 56º e seguintes) e de trabalhadores (artigo 45º).

---

<sup>1</sup> O artigo 2º, nº 1 da Directiva 2017/1371, define o que são os interesses financeiros da União: “[...] todas as receitas, despesas e ativos cobertos por adquiridos através de ou devidos a: i) o orçamento da União, ii) os orçamentos das instituições, dos órgãos e dos organismos da União criados nos termos dos Tratados, ou os orçamentos por eles geridos e controlados direta ou indiretamente”.

Ora, se os capitais podem circular livremente pelo território da União Europeia, a transferência não pode ser proibida, à primeira vista. Todavia, o próprio Tratado, em seu artigo 65º, elenca as possibilidades de restrição dessas transferências. Importa a esse trabalho, a alínea “b” do artigo, que determina que os Estados-Membros podem proibir a circulação de capitais e restringir o direito de estabelecimento, caso haja infração às suas leis e regulamentos. A partir deste dispositivo, combinado com o artigo 325º do TFUE<sup>2</sup>, encontra-se respaldo jurídico para a criação de instrumentos normativos, sob o arcabouço do direito penal, que limitam a circulação de capitais.

Porém, antes do início da vigência do TFUE, foi editada a Convenção dos instrumentos PIF, em 1995, e protocolos subsequentes, em 1996 e 1997, que estabeleciam alguns mecanismos comuns, tanto de tipificação penal e sanção ao branqueamento de capitais, quanto de formas de prevenção comum a todos os países que os subscreveram.

O problema da aplicação destes instrumentos, é que os Estados-Membros precisam aplicá-los conjuntamente, a fim de evitar um descompasso entre o direito penal e a vigilância aos casos de fraude e branqueamento de capitais que ocorrem via transferência de capitais<sup>3</sup>.

Obviamente que o pressuposto básico na prevenção e punição às condutas supramencionadas, é de que cada Estado é o responsável pela definição de normas penais, e sua consequente aplicação. Todavia, a nível europeu, a preocupação passa a ser transnacional, de modo que o princípio da cooperação leal entre Estados-Membros e da transparência podem ficar comprometidos caso algum país não cumpra a Convenção e seus protocolos.

Esta questão ficou evidenciada quando os Estados-Membros demoraram para subscrever os referidos documentos jurídicos, de forma que estes somente entraram em vigor em 2002. Essa demora introduziu prejuízos aos interesses financeiros da União. (EUROPEAN COMMISSION, 2012, p. 1).

---

<sup>2</sup> “TFUE” neste e em qualquer outra menção no decorrer deste Trabalho, refere-se ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

<sup>3</sup> A doutrina aponta a dimensão do problema: “Dezenas de milhares de milhões de euros continuam em jurisdições offshore, muitas vezes não declarados e não tributados, o que diminui as receitas fiscais nacionais. Face à amplitude deste fenómeno, a intensificação da luta contra a fraude e a evasão fiscais é uma questão não só de receitas, mas também de equidade” (RODRIGUES, 2014, p. 23) .

Com a elaboração do Tratado de Lisboa, em 2007, a luta contra a fraude passou a ficar explícita no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em seu artigo 325º. Este artigo, aplicado em harmonia com as demais disposições dos Tratados, em especial com o artigo 65º, número 1, alínea “b”, nos remete à uma luta comum contra o branqueamento de capitais em toda a União.

Contudo a aplicação desta disposição se mostra muito difícil na prática, uma vez que a cooperação entre os Estados-membros ficava apenas vinculada aos princípios da cooperação leal e transparência, apesar de o Parlamento Europeu estar legitimado a intervir (MONTE e WHYTE, 2016, p. 420). Um pressuposto frágil, principalmente se houver critérios muito heterogêneos entre os Estados-Membros ou atitudes em discrepância com o regime jurídico vigente na União Europeia, favorecendo o “law shopping”.

Para tentar superar essa dificuldade, foi editada a Directiva 2017/1371, em julho de 2017, a qual estabelece conceitos comuns, penas mínimas sancionatórias e prazos mínimos e máximos de prescrição para crimes relacionados aos interesses financeiros da União. No entanto tal Directiva pressupõe uma troca de informações entre o Estado-membro originário e destinatário da transferência de capitais, ou seja, remete, da mesma forma, ao necessário intercâmbio de informações entre países.

Isso, por sua vez, pressupõe a observância completa do princípio da cooperação leal. Contudo, alguns autores apontam que nem sempre os Estados-Membros o adotam completamente: “No entanto, os Estados têm mantido a defesa dos seus interesses internos nas instituições europeias, e não se prevê que estejam dispostos a ceder na sua defesa em prol de uma vontade hegemónica” (BARROSO, 2015, p. 18).

Este trabalho tem, portanto, como escopo, delimitar a evolução histórica do combate ao branqueamento de capitais, que lesa os interesses financeiros europeus, sob a luz dos instrumentos normativos europeus que almejam criar critérios mínimos comuns a todos os Estados-Membros, a partir do advento do Tratado de Maastricht.

O fim desta discussão, partindo de um método hipotético-dedutiva, é investigar se a falta de normatização mínima comum entre os Estados-Membros é pernicioso para ocorrer a

troca de informações sobre condutas que prejudicam o interesse financeiro da União, que é o pressuposto básico dos atuais dispositivos normativos na União Europeia.

Ademais, objetiva-se estudar se a harmonização dos instrumentos sancionatórios dos Estados-Membros deve ser encarada como o instrumento adequado para combater o branqueamento de capitais, a evasão fiscal e outras maneiras de fraude financeira aos mecanismos privados e públicos.

## **2 PRIMEIROS INSTRUMENTOS DE COMBATE AO BRANQUEAMENTO DE CAPITALS**

O combate ao branqueamento de capitais está relacionado com os interesses financeiros da União Europeia, sendo um constante foco de atenção dos instrumentos normativos transnacionais. Entendeu-se que as práticas prejudiciais aos fundos europeus, tais como fraude, branqueamento de capitais e enriquecimento ilícito, deveriam ser coibidas, com instrumentos preventivos, e punidas, com meios sancionatórios.

A partir disso, estas práticas foram objeto da edição da Convenção relativa à Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades (Convenção PIF), de 1995, na qual foram criados os instrumentos de proteção aos interesses financeiros da Comunidade Europeia. Esta Convenção seria, posteriormente, atualizada através dos Protocolos de 1996 e 1997, expondo a instauração de meios preventivos e punitivos através do direito penal. Entretanto, entraram em vigor apenas em 17 de outubro de 2002, com a subscrição dos 15 Estados-membros.

Os meios para a aplicação destas disposições estão relacionados com os princípios da cooperação leal e da transparência, uma vez que ficou determinado que o combate às fraudes seria realizado através da definição de conceitos comuns para infrações, regras comuns no tocante à responsabilidade, sanções comuns e cooperação com a União.

Apesar desta Convenção ter sido criada apenas em 1995, o Relatório COM (2004) 709 da Comissão Europeia, adverte que a proteção aos interesses financeiros, através do direito penal, é uma prioridade desde os anos 70 na Europa. Esses interesses, contudo, não têm sido plenamente acomodados pela Convenção PIF:

[...] nomeadamente a Convenção relativa à Protecção dos Interesses Financeiros das Comunidades (Convenção PIF), de 1995, relativa à fraude, e os protocolos sobre corrupção e o branqueamento de capitais. No entanto, estes instrumentos têm sido insuficientes para atingir a protecção desejada, uma vez que apenas abrangem uma parte limitada dos comportamentos ilegais lesivos dos interesses financeiros da UE, deixando de fora muitos fenómenos relevantes. Acresce que as diferenças de legislação nos Estados-Membros têm um impacto negativo sobre a eficácia das políticas da UE (COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS, DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS, 2012, p. 2).

A Convenção de 1995 trata de definições importantes, tais como a definição de fraude lesiva dos interesses financeiros da Comunidade Europeia, a obrigação dos Estados-Membros sancionarem essas fraudes lesivas, de preverem a sua competência, segundo o princípio da territorialidade, de cooperarem, centralizarem os procedimentos penais e facilitarem as extradições, e preverem a responsabilidade penal dos dirigentes de empresas.

Já o Primeiro Protocolo de 1996 abrange definição de corrupção lesiva dos interesses financeiros da Comunidade Europeia e a obrigação dos Estados-Membros a sancionarem.

Por último, o Segundo Protocolo de 1997, adiciona a obrigação dos Estados-Membros sancionarem o branqueamento de capitais e preverem a responsabilidade das pessoas colectivas, além de preverem a apreensão e perda dos instrumentos e do produto destas infrações e também estabelecerem regras relativas à cooperação entre a Comissão e os Estados-Membros e à protecção dos dados intercambiados entre esses Estados.

Todavia, seja por conta da demora em ter sido plenamente subscrita e entrado em vigor, seja pelos motivos acima apontados pelo Relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdade e Garantias, a Convenção e seus Protocolos não foram suficientes para extinguir estes problemas.

A crítica do Relatório supramencionado, nos remete tanto à dinamicidade da inovação nos métodos que os criminosos utilizam para branquear capitais e praticar outras maneiras de fraude, quanto à incapacidade de harmonização nas legislações dos Estados-Membros sobre estes assuntos. São essas as razões que reduzem a eficácia da Convenção.

A doutrina admite quatro níveis de concretização das harmonizações legislativas: i) a simples coordenação normativa ou política, que abrange apenas o nível da cooperação política;

ii) a aproximação de legislação, a qual abarca a cooperação jurídica internacional dos Estados; iii) a harmonização *stricto sensu*, que reflete a homogeneização das soluções adotadas nas leis dos países, procurando extinguir as diferenças existentes, preservado, entretanto, o exercício da competência legislativa nacional; iv) a unificação, que representa a total homogeneidade, sem qualquer diferença normativa entre os Estados (NABAIS, 2005, p. 193). Sempre que este trabalho mencionar "harmonização", referir-se-á ao item 2 das supracitadas definições.

Reiterando a necessidade de harmonização, antes do relatório português, a Comissão Europeia publicou um relatório em 25 de outubro de 2004, sob a denominação COM (2004) 709. Neste relatório consta que o objetivo da Convenção era de "[...] criar uma base comum para a protecção penal dos interesses financeiros das Comunidades Europeias."

Visando avaliar os impactos dessas medidas, então, a Comissão examinou a execução da Convenção pelos Estados-Membros. Inicialmente, o Relatório destaca que os Instrumentos PIF estão relacionados com o objetivo previsto no número 3 do artigo 280º do Tratado CE<sup>4</sup>.

Foi a partir desta disposição normativa, que a Convenção encontrou respaldo jurídico para englobar definições normativas comuns e instituir o direito penal como meio de prevenção à fraude e branqueamento de capitais.

O Relatório supramencionado avalia que o conceito mínimo de fraude está mais semelhante na União:

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. [...]. 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.

Todavia, o próprio Relatório admite que há de serem definidos conceitos comuns de

---

<sup>4</sup> Os objetivos previstos são: "3. Sem prejuízo de outras disposições do presente Tratado, os Estados-Membros coordenam as respectivas acções no sentido de defender os interesses financeiros da Comunidade contra a fraude. Para o efeito organizam, em conjunto com a Comissão, uma colaboração estreita e regular entre as autoridades competentes."

“fraude” e seus elementos constitutivos, para que hajam resultados melhores na União.

Faz-se necessário que os Estados-Membros adotem medidas para combater a fraude transfronteiriça e da União, com as mesmas medidas que utilizam para combater fraudes que prejudiquem seus próprios interesses financeiros. A partir disso, a Comissão concluiu que a Convenção e seus Protocolos não estão sendo suficientes para atender ao objetivo de proteção penal aos interesses financeiros da União, motivo pelo qual sugerem que sejam promovidas alterações e que seja instituída uma Procuradoria Europeia sobre assuntos financeiros:

Embora tenha apontado que a Convenção não é suficiente, a Comissão decidiu tentar utilizar os mecanismos previstos na própria Convenção, a fim de que seja possível melhorar o nível proteção aos interesses financeiros da União. Para tanto, recomendou ao Conselho que convidasse 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.

Posteriormente, com a subscrição do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a luta contra a fraude também ficou embasada pelo artigo 65º, b):

O disposto no artigo 63.o não prejudica o direito de os Estados-Membros [...] b) Tomarem todas as medidas indispensáveis para impedir infracções às suas leis e regulamentos, nomeadamente em matéria fiscal e de supervisão prudencial das instituições financeiras, preverem processos de declaração dos movimentos de capitais para efeitos de informação administrativa ou estatística, ou tomarem medidas justificadas por razões de ordem pública ou de segurança pública.

Essa disposição, em consonância com o artigo 325º do TFUE deu munição normativa

suficiente para que novos métodos de prevenção, punição e definição de crimes financeiros fossem definidos.

### 3 DO ADVENTO DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

A crítica da falta de legislação comum mínima em matéria penal entre os Estados-Membros é uma necessidade que acompanha a criação da Convenção PIF e seus Protocolos:

Quase seis anos após a elaboração da Convenção PIF (Protecção dos interesses financeiros da Comunidade), toda a área da protecção dos interesses financeiros da UE continua a ser prejudicada pela inexistência de normas mínimas de protecção no âmbito do direito penal, susceptíveis de serem aplicadas em toda a União Europeia (EUROPEAN COMMISSION, 2001).

Estas normas mínimas serviriam como um método de normatização que consistiria na destituição do “law shopping”, de modo que em qualquer Estado-Membro, os fraudadores teriam que se submeter às sanções mínimas previstas para seus atos lesivos.

Isto é possível atualmente, uma vez que o advento do TFUE, em seu artigo 325, nº 4<sup>5</sup>, possibilita a atuação da União para adotar medidas necessárias para combater e prevenir fraudes às finanças da União Europeia.

Não há que se falar, neste caso, em desconformidade com o princípio da subsidiariedade, tendo em vista que a eficácia do combate aos meios fraudulentos, pela via do direito penal, está vinculada a uma atuação da União Europeia no sentido de que sejam estabelecidos conceitos, penas e mecanismos mínimos de troca de informação entre os Estados-membros. E isso está previsto logo no Tratado Constitutivo da União.

Cada Estado-Membro continua a ter plenas atribuições penais nas matérias penais. O único detalhe é que passariam a ter conceitos e penas mínimos que esses Estados-Membros deveriam observar.

---

<sup>5</sup> O referido número possui o seguinte texto: "O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Tribunal de Contas, adoptarão as medidas necessárias nos domínios da prevenção e combate das fraudes lesivas dos interesses financeiros da União, tendo em vista proporcionar uma protecção efectiva e equivalente nos Estados-Membros, bem como nas instituições, órgãos e organismos da União."

É interessante notar que, a construção dos conceitos de “evasão fiscal” e outras fraudes ao interesse financeiro da União Europeia refletem a necessidade da concretização da harmonização supramencionada. Nesse contexto, as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia adquirem especial importância para que seja introduzido o tema da harmonização normativa e decisória no âmbito europeu.

Como ilustração desta importância, o Tribunal referido proferiu o Acórdão de 15 de novembro de 2011, no processo C-539/09, em que ficou decidido que a fraude às receitas no IVA (Imposto sobre Valor Acrescentado) dos Estados-Membros, em última análise, prejudica também as receitas da União (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2011).

Além do exemplo acima explicitado, o qual serve para dar os contornos relativos à ideia de proteção dos interesses financeiros da União, também destaca-se o processo C-352/08, de 16 de Julho de 2009. Neste caso, a Advogada-Geral Julian Kokott, esclareceu quais são os elementos da evasão fiscal:

A mera circunstância de, para concretizar um projecto empresarial legítimo, um sujeito passivo optar, entre várias possibilidades legalmente admissíveis, por aquela que lhe é mais vantajosa em termos fiscais não pode fundamentar, por si só, a acusação de evasão fiscal na acepção do artigo 11.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 90/434. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2009).

Evidencia-se, portanto, que, para além das tradicionais funções do Tribunal de Justiça da União Europeia, este Poder também possui notória importância na harmonização das construções normativas na União e da proteção de seus interesses financeiros.

Contudo, o Tribunal não é o único Poder que preocupava-se com a questão: a melhor resposta para o Relatório de 2012 da Comissão Europeia, veio neste mesmo ano, com a proposta de Directiva 2012/0193 (COD), apresentada pelo Parlamento Europeu e Conselho em 11 de julho de 2012. Nesta proposta, as recomendações da Comissão são abordadas integralmente, inclusive no que tange às diferenças normativas nos Estados-Membros sobre fraudes.

Outro ponto destacado na proposta é de que os prazos prescricionais são divergentes e isso causa prejuízos. Essa mesma conclusão havia sido exposta no relatório português

(COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS, DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS, 2012, p. 2).

Para solucionar esses problemas, a Comissão preparou a Proposta de Directiva, de modo que esta pudesse abarcar fatores originadores de fraudes ou incumprimento do objetivo sancionatório proposto no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

A proposta cita a necessidade de serem definidas quais são as condutas fraudulentas a serem criminalizadas nos Estados-Membros. Esta definição passa tanto por uma conceituação dos crimes, quanto do nível das sanções, o que permitiu espaço para imposição de penas mínimas e prazos de prescrição mínimos em todos os Estados-Membros. Além disso, é abordado o combate às fraudes nas adjudicações de contratos públicos, branqueamento de capitais e desvio de fundos ou bens para fins contrários ao objetivo previsto.

O instrumento penal seria aplicável tanto às pessoas singulares quanto às coletivas, em sua devida proporcionalidade e sem possibilidade de alternatividade entre elas. Ainda há menção expressa à criminalização também da tentativa, instigação ou auxílio à fraude.

Há que se mencionar que essa proposta é um complemento aos instrumentos baseados no direito administrativo que a União Europeia introduziu para proteger os fundos públicos das atividades ilícitas<sup>6</sup>.

Pela sua completude e por abranger vários focos de potenciais fraudes, essa proposta é o instrumento necessário para que os combates às fraudes transfronteiriças sejam combatidos de forma eficaz.

A proposta foi convertida em Directiva cinco anos após este projeto, sob o número 2017/1371. Na sua principal vitória, os prazos mínimos de tempo de prisão e prescrição, foram

---

<sup>6</sup> Para maiores aprofundamentos, ver: EUROPEAN COMMISSION. **Study on the legal framework for the protection of EU financial interest by criminal law.** RS 2011/07, de 4 de abril de 2012.

adicionados no artigo 12<sup>o7</sup>.

A partir do estabelecimento desta nova directiva, os Estados-Membros ficarão livres para estabelecer as formas e meios pelos quais perseguirão estas determinações, atendendo ao artigo 288<sup>o</sup> do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia. Entretanto, o objetivo preconizado no artigo 325<sup>o</sup> também será cumprido, comprovando que não há conflito de normas neste caso concreto, mantendo-se a soberania penal dos Estados-Membros ao mesmo passo em que protege o interesse financeiro da União Europeia.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A boa conduta financeira a nível europeu, com a manutenção relativizada da soberania penal dos países membros, pressupõe o estabelecimento de conceitos e definições comuns de fraude, branqueamento de capitais e evasão fiscal, fundamentados no artigo 65<sup>o</sup>, 1 b e artigo 325<sup>o</sup>, 4 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

De acordo com estes artigos, a União deve tomar medidas para impedir fraudes e combatê-las através de mecanismos comuns. O primeiro passo para atingir este objetivo, é definir conceitos comuns destes crimes, uma vez que o direito penal exige que o texto legal abarque exatamente a conduta lesiva. Neste sentido, utilizar a ferramentaria normativa comunitária pode ser a solução, a fim de que sejam estabelecidos estes conceitos comuns a todos os Estados-Membros.

Atendendo a isso, a proposta de Directiva 2012/0193 (COD) veio dizer o que são estes

---

<sup>7</sup> Consoante se depreende do texto: "1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para prever um prazo de prescrição que permita proceder à investigação, à ação penal e ao julgamento das infrações penais referidas nos artigos 3.o, 4.o e 5.o, e proferir a decisão judicial sobre as mesmas, durante um período suficiente após a sua prática, a fim de que essas infrações penais possam ser combatidas com eficácia. 2. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias que permitam proceder à investigação, à ação penal e ao julgamento das infrações penais referidas nos artigos 3.o, 4.o e 5.o, puníveis com uma pena máxima de, pelo menos, quatro anos de prisão, e proferir a decisão judicial sobre as mesmas, durante um período mínimo de cinco anos a contar do momento em que a infração foi cometida. 3. Em derrogação do n.o 2, os Estados-Membros podem estabelecer um prazo de prescrição inferior a cinco anos, mas não inferior a três anos, desde que esse prazo possa ser interrompido ou suspenso em função da ocorrência de determinados atos. 4. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a execução de: a) Uma pena superior a um ano de prisão; ou, em alternativa b) Uma pena de prisão em caso de infração penal punível com uma pena máxima de, pelo menos, quatro anos de prisão, imposta na sequência de condenação definitiva por uma infração penal referida nos artigos 3.o, 4.o ou 5.o, durante, pelo menos, cinco anos a contar da data da condenação definitiva. Esse período pode incluir prorrogações do prazo de prescrição decorrentes da interrupção ou da suspensão."

conceitos e quais atitudes os Estados-membros devem executar para que o combate aos crimes supramencionados seja feito de maneira eficaz e perene. Essa directiva está em perfeita harmonia com os objetivos e limites estabelecidos pelo Tratado sobre Funcionamento da União Europeia, sendo capaz de congrega o princípio da subsidiariedade e os interesses financeiros europeus.

Todavia a dificuldade incipiente na aplicação desta norma entre os Estados-membros decorre da necessidade de troca de informações, inclusive dados fiscais nacionais e dados privados sobre transferências de capitais. Ora, se é pautado na soberania de cada país, a adoção destas normas fica submissa à ação das autoridades nacionais responsáveis por esse intercâmbio de informações.

Essa autoridade, todavia, deve se atentar ao fato de que, segundo o relatório de 2010 da Comissão sobre a proteção dos interesses financeiros da União<sup>8</sup>, os casos de fraude presumida nas receitas e despesas representam anualmente cerca de seiscentos milhões de euros. Isto significa um alcance pecuniário com potencial de causar mudanças significativas nas receitas da União, tendo mais capital para promover seus outros objetivos econômicos e sociais.

Essa preocupação é tão presente nas discussões sobre o tema, que a própria Comissão Europeia cogitou criar uma Procuradoria Europeia, a fim de que seja realizada a persecução penal a nível europeu.

O cerne da questão não é o tempo homogêneo de prescrição ou de pena, mas sim uma grande diferença entre os países. A fim de evitar o “law shopping”, os Estados-Membros precisam convergir para tempos de pena e de prescrição razoavelmente próximos uns dos outros. Desse modo, o estabelecimento de prazos mínimos a nível europeu é a ferramenta adequada para iniciar o processo de aproximação das normas internas.

A legislação europeia, com a Directiva 2017/1371, tratou de proceder com a definição de prazos mínimos e conceitos comuns, fornecendo esse empurrão em direção à aproximação das normas internas dos Estados-Membros.

---

<sup>8</sup> De acordo com o Documento COM (2011) 595 final e documentos de trabalho dos serviços da Comissão que o acompanham SEC(2011) 1107, SEC(2011) 1108 final e SEC(2011) 1109 final.

Do ponto de vista do texto normativo, esta Directiva está harmonizada com os demais objetivos e princípios estabelecidos nos Tratados constitutivos da União. A operabilidade desta Directiva fica vinculada à cooperação leal, de modo que a Comissão deve se manter vigilante a fim de garantir que os interesses europeus possam ser observados em cada um dos Estados-Membros, contribuindo, assim para a constituição e fomento à cidadania europeia.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Nuno Filipe da Silva. **A política fiscal da União Europeia: diagnóstico e desafios - o caso da Taxa sobre transações financeiras (TFF)**. Braga: Repositório da Universidade do Minho, 2015. Dissertação de Mestrado. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/40756/1/Nuno%20Filipe%20da%20Silva%20Barroso.pdf>. Acesso em 30 de março de 2020.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Relatório sobre as Perspectivas da Convergência dos Sistemas Fiscais**. Luxemburgo: Ofício das publicações oficiais das Comunidades Europeias, 1983. ISBN 92-825-3572-X.

COMISSÃO DE ASSUNTOS CONSTITUCIONAIS, DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS. **Relatório. COM (2012) 363 final - Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal**. Lisboa: Assembleia da República, 2012. Disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d52793942636e463161585a765132397461584e7a595738765357357059326c6864476c3259584d6c4d6a424664584a766347567059584d765130394e4a5449774d6a41784d6955794d444d324d7935775a47593d&fich=COM+2012+363.pdf&Inline=true>. Acesso em 11 de janeiro de 2020.

CRUZ, Paulo Márcio - **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI**. Itajaí : UNIVALI, 2011. ISBN 978-85-7696-081-2.

CUNHA, Patrícia Noiret; VASQUES, Sérgio. **Jurisprudência Fiscal Comunitária Anotada, vol. 1**. Lisboa: Almedina, 2002. ISBN 972-40-1692-7.

CUNHA, Patrícia Noiret. **A Tributação Directa na Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 972-32-1394-X.

DOURADO, Ana Paula - **Lições de Direito Fiscal Europeu: Tributação Directa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-1783-4.

EUROPEAN COMMISSION. **A Comissão deseja proteger os fundos da UE através do direito penal.** Bruxelas: Press Release Database, 2001. Disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-01-741\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-741_pt.htm). Acesso em 11 de Janeiro de 2020.

EUROPEAN COMMISSION. **Study on the legal framework for the protection of EU financial interest by criminal law.** RS 2011/07, de 4 de abril de 2012. Disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4a829079-0d8e-40e6-90b0-06e1ef3d9bb6>. Acesso em 23 de maio de 2020.

FERNANDES, Sophie Perez. Administração Pública. In: SILVEIRA, Alessandra et al - **Direito da União Europeia : elementos de direito e políticas da União.** Coimbra : Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6143-6.

HITIRIS, Theo; VALLÉS, José - **Economía de la Unión Europea.** Madrid: Person Educación, 1999. ISBN 8483220512, 9788483220511.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Volume I. Tomo 2. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978. CDU - 343 (81) (094 46) [341.5].

MAESTRI, Hugo Cruz. **Função social da empresa, responsabilidade social e sustentabilidade: um enfoque jurídico sobre a tríade social que integra as sociedades empresariais.** Dissertação de Mestrado. Disponível em <http://www.mcampos.br/u/201503/hugmaestrifuncaosocialdaempresa.pdf>. Acesso em 30 de março de 2020.

MENDES, Artur José - **Harmonização da fiscalidade directa na UE, evolução e perspectivas: a directiva da poupança.** Dissertação de Mestrado. Lisboa: Repositório IPL ICAL, 2011. Disponível em <http://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/3473/1/Direito%20Fiscal%20Europeu-Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20FINAL.pdf>. Acesso em 30 de março de 2017.

MONTE, Mário Ferreira; WHYTE, Joana. Cooperação Judiciária e Policial em Matéria Penal. In: SILVEIRA, Alessandra et al. **Direito da União Europeia : elementos de direito e políticas da União.** Coimbra : Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6143-6.

NABAIS, José Casalta. **Por um Estado Fiscal Suportável: Estudos de Direito Fiscal.** Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-2502-5.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** 3ª ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RIBEIRO, João Sérgio. Fiscalidade. In: SILVEIRA, Alessandra et al. **Direito da União Europeia : elementos de direito e políticas da União.** Coimbra : Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6143-6.

RODRIGUES, Joana Margarida Figueiredo - **A troca de informações fiscais entre os Estados-membros da União Europeia**. Porto: Repositório da Universidade do Porto, 2014. Dissertação de Mestrado. Disponível em [https://sigarra.up.pt/fcnaup/pt//pub\\_geral.pub\\_view?pi\\_pub\\_base\\_id=33918](https://sigarra.up.pt/fcnaup/pt//pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=33918). Acesso em 30 de março de 2020.

SANTOS, Norma Lúcia da Silva. **O controlo financeiro da Administração pública**. Porto: Repositório aberto da Universidade do Porto, 2015. Dissertação de Mestrado. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/81459/2/37237.pdf>. Acesso em 30 de março de 2020.

ROCHA DA SILVA, Ricardo. **Paraísos Fiscais**. Lisboa: Repositório da ISCAL, 2012. Dissertação de Mestrado. Disponível em [http://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/3519/1/Tese%20PARA%20FISCAIS\\_Final.pdf](http://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/3519/1/Tese%20PARA%20FISCAIS_Final.pdf). Acesso em 30 de março de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal (Grande Secção) de 15 de novembro de 2011. Comissão Europeia contra República Federal da Alemanha. Disposições fiscais – Harmonização das legislações – Sistema comum de intercâmbio de informações – Cooperação administrativa no domínio do imposto sobre o valor acrescentado – Competência de fiscalização do Tribunal de Contas – Alcance (Artigo 248.º, n.os 1 a 3, CE; Regulamento n.º 1798/2003 do Conselho). **Processo C-539/09**. Luxemburgo: TJUE, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Opinion of advocate general Kokot, de 16 de julho de 2009. C-352/08. *Modehuis A. Zwijnenburg BV contra Staatssecretaris van Financiën*. Directive 90/434/EEC – Common tax system applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares – Supererogatory transposition of directives – Tax avoidance – Prohibition of abuse – Proportionality. **Processo C-352/08**. Luxemburgo: TJUE, 2009.

UNIÃO EUROPEIA. **Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Luxemburgo, Jornal Oficial n.º C 326 de 26/10/2012 p. 0001 - 0390.

#### DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

Recebido em: 29 de maio de 2020;  
 Controle de plágio: 01 de junho de 2020;  
 Decisão editorial preliminar: 22 de outubro de 2021;  
 Retorno rodada de correções: 30 de outubro de 2020; 22 de março de 2021\*  
 Decisão editorial final: 28 de março de 2021.

Editor: ABRANTES, V. V.  
 Correspondente: TAVEIRA, L. F. B.