Universidade do Minho
Escola de Direito

Nuno Alexandre Costa Almeida

A EFETIVIDADE DO COMBATE À FRAUDE E CORRUPÇÃO NO ÂMBITO DOS INTERESSES FINANCEIROS DA UNIÃO EUROPEIA

julho de 2021

A EFETIVIDADE DO COMBATE À FRAUDE E CORRUPÇÃO NO ÂMBITO DOS INTERESSES FINANCEIROS DA UNIÃO EUROPEIA

Nuno Alexandre Costa Almeida

UMinho | 2021

Universidade do Minho
Escola de Direito

Nuno Alexandre Costa Almeida

A EFETIVIDADE DO COMBATE À FRAUDE E CORRUPÇÃO NO ÂMBITO DOS INTERESSES FINANCEIROS DA UNIÃO EUROPEIA

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito da União Europeia

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Margarida Santos

julho de 2021

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações
CC BY-NC-ND

https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

Agradecimentos

À Professora Doutora Margarida Santos, deixo aqui o meu agradecimento sincero pela colaboração, disponibilidade e palavras de incentivo que sempre dispensou na orientação da presente dissertação.

A todos os professores do Mestrado de Direito da União Europeia da Universidade do Minho, pelo dedicação e profissionalismo que sempre demonstraram.

À minha família, pelo apoio e, principalmente, pelo tempo que não lhes consegui dispensar. Espero compensar.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

A EFETIVIDADE DO COMBATE À FRAUDE E CORRUPÇÃO NO ÂMBITO DOS INTERESSES FINANCEIROS DA UNIÃO EUROPEIA

Resumo

A presente dissertação aborda a temática da fraude com cariz económico e financeiro, na vertente da utilização indevida de verbas dos programas de apoio disponibilizados pela União Europeia e eventuais práticas conexas de corrupção, tendo como uma base fatual as recomendações e relatórios das entidades europeias com funções de prevenção e controlo, através da identificação dos principais fatores de risco e fragilidades nas diferentes fases procedimentais, entre a fase pré-contratual até à execução do projeto e de que forma podem ser incrementados procedimentos com maior vinculação às regras de transparência, concorrência e não discriminação.

Noutra vertente, analisam-se as principais alterações legislativas ocorridas nos últimos anos relacionadas com os interesses financeiros da União Europeia e a sua eficácia nos ordenamentos jurídicos da União Europeia. De forma complementar, analisam-se os recentes instrumentos jurídicos disponibilizados para esse efeito, suas implicações e eventuais dificuldades de aplicação.

Analisadas as principais alterações legislativas, procede-se à determinação e respetiva articulação entre os principais intervenientes, no plano nacional e europeu, responsáveis pelo controlo, auditoria e investigação da fraude com Fundos Europeus Estruturais e de Investimento.

Por último, procede-se a uma análise reflexiva do ordenamento jurídico português relativamente à problemática da dicotomia entre a prevenção criminal e a eficácia do Direito Penal, dos conflitos de interesses, dos vícios na contratação pública e as suas consequências no plano jurídico-penal e, no âmbito do ordenamento jurídico português, analisa-se o conceito de funcionário para fins penais e eventuais necessidade de reforma legislativa.

Palavras-chave: Corrupção; FEEI; Fraude; Interesses financeiros UE; Subsídios.

THE EFFECTIVENESS OF THE FIGHT AGAINST FRAUD AND CORRUPTION AFFECTING FINANCIAL INTERESTS OF THE EUROPEAN UNION

Abstract

This dissertation addresses the issue of fraud with an economic and financial nature, in terms of the misuse of funds from support programs provided by the European Union and possible related practices of corruption, having as a factual basis the recommendations and reports of the European entities with functions prevention and control, through the identification of the main risk factors and weaknesses in the different procedural stages, from the pre-contractual phase to the execution of the project and how procedures can be increased with greater binding to the rules of transparency, competition and non discrimination.

On the other hand, analysis of the main legislative changes that have taken place in recent years related to the financial interests of the European Union and its effectiveness in the legal systems of the European Union. Complementarily, analyze the recent legal instruments made available for this purpose, their implications and possible difficulties of application.

After analyzing the main legislative changes, proceed to the determination and respective articulation between the main players, at national and European level, responsible for the control, audit and investigation of fraud with European Structural and Investment Funds.

Finally, a reflective analysis of the Portuguese legal system in relation to the problem of the dichotomy between criminal prevention and the effectiveness of Criminal Law, conflicts of interest, defects in public procurement and their consequences in the legal-criminal sphere and, within the scope of Portuguese legal system, analyze the concept of civil servant for criminal purposes and any need for legislative reform.

Keywords: Corruption; ESIFUNDS; financial interests UE; fraud; Subsidies.

Índice

Agradecimentos iii
Resumo v
Abstract vi
Lista de Siglas e Acrónimos ix
Notas introdutórias 1
Capítulo I – A proteção dos interesses financeiros da União Europeia 5
1. A harmonização do Direito Penal na defesa dos interesses financeiros da União Europeia – em especial a Diretiva (UE) 2017/1371 5
2. Princípio da cooperação leal – A efetividade do direito da União e a identidade constitucional dos Estados-Membros 7
3. O princípio da subsidiariedade do direito penal *versus* o recurso à tutela cível ou administrativa. 11
Capítulo II: Instrumentos jurídicos e os interesses financeiros da União Europeia 14
1. Cooperação judiciária internacional – Decisão Europeia de Investigação 14
2. Mecanismos de denúncia - Diretiva (UE) 2019/1937 16
3. Regulamento (EU) 2018/1805 – reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda 18
Capítulo III - Controlo, auditoria e investigação da fraude com Fundos Europeus Estruturais e de Investimento 21
1. Enquadramento legal - Fundos Europeus Estruturais e de Investimento (FEEI) 21
2. Entidades responsáveis pelo controlo, auditoria e investigação da fraude com Fundos Europeus Estruturais e de Investimento 25
3. Avaliação do desempenho das autoridades de gestão dos programas operacionais 26
4. Tribunal de Contas 30
5. Procuradoria Europeia 33
6. Organismo Europeu de Luta Antifraude 35
7. Inspeção-Geral das Finanças (IGF) 39
8. Investigação criminal - Ministério Público e Polícia Judiciária 40
Capítulo IV – Prevenção criminal, fatores de risco e eventual necessidade de reforma legislativa – Análise reflexiva 43
1. Dicotomia prevenção criminal versus eficácia do direito penal 43

2. Contratação Pública e Fundos Estruturais Europeus e Investimento 44
3. Conflitos de interesses - Artigo 61.º do Regulamento (UE, Euratom) 2018/1046 52
4. Conceito de funcionário europeu 55
Considerações finais 58
Referências bibliográficas 60

Lista de Siglas e Acrónimos

AA – Autoridade de Auditoria

AG – Autoridade de Gestão

CE - Comunidade Europeia

COM - Comissão Europeia

CRP - Constituição da República Portuguesa

DCIAP - Departamento Central de Investigação e Ação Penal

DEI – Decisão Europeia de Investigação

EPPO - Procuradoria Europeia

EUROJUST - Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal

EUROPOL - Unidade da União Europeia para a Cooperação Judiciária no Domínio da Ação Penal

FEADER - Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento

FEAMP - Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas

FEDER - Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional

FEEI - Fundos Europeus Estruturais e de Investimento

FSE - Fundo Social Europeu

GRECO - Grupo de Estados Contra a Corrupção do Conselho da Europa

IGF – Inspeção-Geral Finanças

MRR – Mecanismo Europeu de recuperação e Resiliência

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

e Internacionalização

OI – Organismo intermédio

OLAF - Organismo Europeu Luta Antifraude

PRR – Plano de Recuperação e Resiliência

QFP – Quadro Financeiro Plurianual

QREN - Quadro de Referência Estratégica Nacional

RASI - Relatório Anual de Segurança Interna

TCE – Tribunal de Contas Europeu

TFUE - Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

UE - União Europeia

Notas introdutórias

A criminalidade económica, nomeadamente a corrupção e a fraude, têm um impacto negativo na economia e na sociedade, tratando-se de verdadeiros limitadores de desenvolvimento económico e da própria justiça social. De facto, é um problema com o qual a União Europeia se tem deparado, representando "um custo para a economia da União Europeia equivalente a 120 mil milhões de euros por ano"[1], motivo pelo qual estamos perante um verdadeiro desafio para a União Europeia.

No Eurobarómetro (2019)[2], foi possível verificar que mais de 70% dos entrevistados consideraram que a corrupção está disseminada na União Europeia, nas mais diversas instituições locais, regionais e nacionais, sendo agora superior a taxa de perceção da corrupção na sociedade, facto demonstrativo da desconfiança dos cidadãos nas suas instituições. Em suma, trata-se de um verdadeiro problema global, comum a todos os Estados-Membros, divergindo somente na intensidade individual.

A Comissão Europeia, através do Relatório sobre o Estado de Direito na Europa[3], manifestou a sua preocupação relativamente ao combate à corrupção em Portugal, apontando falta de meios na investigação criminal e ausência de eficácia nas medidas implementadas. Segundo o Comissário Europeu da Justiça, Didier Reynders, o enquadramento legal necessário já foi implementado, mas existe uma "falta de recursos e de especialização das autoridades policiais"[4].

No entanto, existe uma preocupação acrescida relacionada com a correta execução dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento, eventualmente justificada por diversas notícias relacionadas com a prática de factos indiciadores da prática do crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção, por vezes, por alguém com responsabilidade da gestão ou fiscalização destes fundos, seja através da viciação da contratação pública, conflitos de interesses, documentação falsa ou mesmo corrupção. De facto, analisados alguns dados estatísticos, é possível constatar alguma regularidade nos casos identificados e com acusação pública. Assim, de acordo com o Relatório Anual de Segurança Interna (RASI2019), foram iniciados 160 inquéritos por prática deste crime, sendo que daqueles, apenas 10 findaram com a dedução de acusação pública e 55 foram arquivados[5]. Por sua vez, em 2020, foram

1 Cf. Comissão Europeia, "A luta da União Europeia contra a fraude e a corrupção", disponível em https://www.norte2020.pt [2.3.2021].
2 Eurobarómetro (dezembro de 2019), disponível em https://www.europarl.europa.eu.[2.3.2021].
3 Comissão Europeia, Relatório de 2020 sobre o Estado de Direito Situação na União Europeia, Capítulo relativo a Portugal, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0321&from=EN [3.3.2021].
4 Jornal Económico, de 2/2/2021, disponível em https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/comissao-europeia-insta-portugal-a-fazer-mais-no-combate-a-corrupcao-696182 [4.3.2021].
5 Relatório Anual de Segurança Interna (RASI2019), disponível em https://www.portugal.gov.pt

iniciados 126 inquéritos, dos quais 40 foram arquivados e 10 com acusação pública[6]. Relativamente ao crime de corrupção, agora num intervalo de tempo mais alargado, podemos verificar que entre 1995, ano em que foram julgados 47 casos de corrupção, e 2016, com 36 julgamentos do mesmo tipo legal de crime[7], não existiu um aumento significativo de processos julgados neste tipo de criminalidade.

Atendendo à atual situação epidemiológica e à necessidade de uma recuperação económica dinamizada por fundos estruturais europeus, nomeadamente o Plano de Recuperação e Resiliência, conjugada com necessidades governamentais de propostas de flexibilização dos procedimentos legais exigidos, por razões de especial urgência, opõem-se exigências de superior escrutínio sobre o uso do apoio financeiro e, principalmente, um reforço no combate à fraude com utilização de fundos europeus.

Consequentemente, o Grupo de Reflexão (Think Tank), criado pela Procuradoria-Geral da República[8], alerta para a "necessidade de adoção de medidas antifraude em todas as entidades intervenientes, com particular enfoque na prevenção do conflito de interesses", apontando à "carência de recursos humanos" como grande obstáculo à "deteção atempada de irregularidades e fraude"[9].

De facto, de forma global, verifica-se nos últimos anos um crescendo do número de casos identificados de infrações criminais no âmbito da fraude ou desvio de subsídios ou subvenções, corrupção ou fraude fiscal[10], facto que afeta seriamente os interesses da União Europeia, motivo pelo qual importa criar, identificar e reforçar os instrumentos de combate a estes ilícitos criminais, através de eventuais aproximações normativas ou harmonização do direito penal e processual europeu, pela criação de novas instituições, como é o caso da Procuradoria Europeia ou pelo reforço das competências e poderes das instituições já existentes.

Atendendo aos factos anteriormente mencionados, verifica-se o aumento de medidas[11] para proteção dos interesses financeiros da União Europeia, com o objetivo de dotar as instituições europeias dos meios necessários para combater a corrupção e a fraude, nomeadamente através do Organismo

6 Relatório Anual de Segurança Interna (RASI2020), disponível em https://www.portugal.gov.pt
7 Cf. Inês Ferreira Leite, "O Regime Geral da Prevenção da Corrupção na Estratégia Nacional Anticorrupção (2020-2024)" *in* Paulo Pinto Albuquerque, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, cit. p. 81.
8 Despacho exarado pela Procuradora-Geral da República, em 28.8.2020, o qual atribui ao Grupo de Reflexão (Think Tank) as seguintes competências: "O Grupo de Reflexão, através da análise, discussão e apreciação multidisciplinar das várias respostas jurídicas, administrativas, económicas e financeiras relacionadas com a matéria, tem como objetivo a identificação preventiva dos seguintes aspetos: 1. Áreas de elevado risco de comportamentos fraudulentos; 2. Linhas orientadoras de prevenção de fraude na gestão e controlo de fundos europeus; 3. Metodologias de ação ajustadas a comportamentos fraudulentos identificados", disponível em https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/despacho_think_tank_final.pdf [01.06.2021].
9 Noticia TSF, de 9 de fevereiro de 2021, disponível em https://www.tsf.pt/portugal/economia/grupo-criado-pela-pgr-pede-mudancas-na-prevencao-de-fraudes-com-a-bazuca-europeia-13331007.html [5.3.2021].
10 Relatórios Anuais de Segurança Interna 2017, 2018, 2019 e 2020, disponíveis em https://www.portugal.gov.pt
11 Diretiva (UE) N.º 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017.

Europeu Luta Antifraude (OLAF)[12], da recente Procuradoria Europeia (EPPO)[13], da Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (EUROJUST)[14] e da Unidade da União Europeia para a Cooperação Judiciária no Domínio da Ação Penal (EUROPOL)[15], instituições com funções distintas, mas que operam em planos convergentes e com objetivo comum de proteger os interesses financeiros da União Europeia.

Nos últimos anos, as alterações legislativas sucedem-se em matéria de defesa dos interesses financeiros da União Europeia. Assim, a título de exemplo, a recente Diretiva (UE) 2019/1937, que ainda não foi transposta para o nosso ordenamento jurídico, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União, que tem como objetivo a determinação de normas mínimas comuns que assegurem uma proteção eficaz dos denunciantes relativamente aos atos em domínios de intervenção para os quais seja necessário reforçar a aplicação da lei. De facto, atendendo ao crime em apreço, cujos factos são de difícil conhecimento das autoridades judiciárias e policiais competentes, dependentes, por vezes, da capacidade de controlo e fiscalização das entidades com estas competências, parece pertinente a implementação de instrumentos jurídicos que permitam a proteção dos denunciantes e, desta forma, incentivar o recurso à denúncia. A Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal, surge com o objetivo de harmonizar o próprio direito penal dos próprios Estados-Membros, como por exemplo, as sanções e os prazos de prescrição penais, em matéria de infrações lesivas dos interesses financeiros da União. De assinalar também, em matéria de contratação pública, através da Diretiva (UE) 2014/24, o reforço de medidas anticorrupção, que visam a transparência e deteção de comportamentos ilícitos ao longo de todo o procedimento. Finalmente, a Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, que tem como ponto mais relevante a admissão do confisco de vantagens, independentemente da existência de uma condenação, transporta para o ordenamento jurídico português através da Lei n.º 30/2017, de 30 de maio e complementarmente, o novo Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda.

A fraude e a corrupção são práticas que lesam os interesses financeiros da União Europeia e que "desvirtuam o pressuposto de cooperação e entreajuda que caracteriza e é a matriz central desta

12 Regulamento (UE) n.º 883/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de setembro de 2013.
13 Regulamento (UE) n.º 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017.
14 Regulamento (UE) n.º 2018/1727 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018.
15 Regulamento (UE) n.º 2016/794 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2016.

organização de Estados da Europa"[16]. Desta forma, na presente dissertação aborda-se a temática da fraude com cariz económico e financeiro, na vertente da utilização indevida de verbas dos programas de apoio disponibilizados pela União Europeia e eventuais práticas conexas de corrupção, tendo como uma base fatual as recomendações do Grupo de Estados Contra a Corrupção do Conselho da Europa (GRECO) e os relatórios das entidades europeias com funções de prevenção e controlo, nomeadamente a Comissão Europeia, o Tribunal de Contas Europeu e o Organismo Europeu Luta Antifraude, através da identificação dos principais fatores de risco e fragilidades nas diferentes fases procedimentais, entre a fase pré-contratual até à execução do projeto e de que forma podem ser incrementados procedimentos com maior vinculação às regras de transparência, concorrência e não discriminação.

Noutra vertente, analisam-se as principais alterações legislativas ocorridas nos últimos anos relacionadas com os interesses financeiros da União Europeia e a sua eficácia nos ordenamentos jurídicos da União Europeia. A título de exemplo, suscita especial complexidade a articulação entre a Procuradoria Europeia e as autoridades judiciárias dos Estados-Membros. De forma complementar, analisam-se os recentes instrumentos jurídicos disponibilizados para esse efeito, suas implicações e eventuais dificuldades de aplicação. Analisadas as principais alterações legislativas, procede-se à determinação e respetiva articulação entre os principais intervenientes, no plano nacional e europeu, responsáveis pelo controlo, auditoria e investigação da fraude com Fundos Europeus Estruturais e de Investimento. Por último, procede-se a uma análise reflexiva relativamente à problemática dos conflitos de interesses, dos vícios na contratação pública e as suas consequências no plano jurídico-penal e, no âmbito do ordenamento jurídico português, dedica-se especial atenção ao conceito de funcionário para fins penais e eventuais necessidade de reforma legislativa.

Em suma, na presente dissertação procede-se a uma análise do atual enquadramento jurídico-normativo da União Europeia no que concerne aos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento, à identificação dos respetivos interpretes e sua articulação, à identificação de eventuais fragilidades na efetividade do combate à fraude e corrupção e, por último, à análise dos principais fatores de risco identificados pelas autoridades competentes e eventual necessidade de reforma legislativa.

16 MAIA, António João, "Fraude e corrupção na atribuição e utilização de apoios financeiros da União Europeia-Algumas lições do passado", *in* António João Maia (Coord.), *Riscos de Fraude e Corrupção no Programa de Financiamento Europeu: Reflexões e Alertas*, Coimbra, Almedina,2021, p. 139.

1. A harmonização do Direito Penal na defesa dos interesses financeiros da União Europeia – em especial a Diretiva (UE) 2017/1371

De acordo com o estabelecido no artigo 83º, nº 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), e segundo um princípio de eficácia, a União tem competência para utilizar o direito penal na defesa dos interesses financeiros da União Europeia, segundo uma visão "funcionalista"[17] com origem nas alterações legislativas do Tratado de Lisboa[18] e com o objetivo de harmonização de medidas mínimas[19] de infrações penais, prescrições[20] e sanções, condicionada pela critério de essencialidade para a execução eficaz de uma politica da União, bem como pelo respeito dos princípios fundamentais do sistema de justiça penal de um Estado-Membro, conforme estabelecido no artigo 83.º, n.º3, TFUE.

Por outro lado, atendendo ao teor do artigo 325º TFUE, "[para]combater as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União, os Estados-Membros tomarão medidas análogas às que tomarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros" é exigido aos Estados-Membros o combate à fraude lesiva dos interesses financeiros, imposto pelo direito primário da União, conforme estabelecido do n. º 1 e n.º 2 do artigo anteriormente mencionado. Assim, em obediência ao princípio da eficácia e do primado, não serão aplicáveis as disposições nacionais contrárias ao Direito da União Europeia, permitindo a criação de normas sancionatórias ou incriminadoras, facto que poderá criar situações de conflito com direitos fundamentais nacionais.

Apesar dos esforços desenvolvidos pela União Europeia, continuam a persistir divergências entre o direito da União Europeia e o regime jurídico de alguns Estados-Membros. O exemplo do caso *Taricco* é fulcral e exemplificativo de possíveis situações complexas, entre o direito da União Europeia e as leis penais nacionais, no caso em apreço, o conflito entre a obediência ao princípio do primado do direito da União Europeia através do cumprimento do estipulado no artigo 325.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o combate às fraudes e quaisquer outras atividades ilegais lesivas dos

17 Cf. Anabela Miranda Rodrigues, Direito Penal Europeu Pós-Lisboa – Um Direito Penal Funcionalista?", Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 146º, nº 4005, julho-agosto, 2017.
18 Relativamente à origem e evolução legislativa da competência penal da União Europeia, vide Anabela Miranda Rodrigues, "O Direito Penal Europeu à luz do princípio da necessidade – o caso do abuso do mercado", Católica Law Review, novembro de 2017, pp. 11-25.
19 Cf. Considerando 16 da Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal.
20 Cf. Considerando 22 da Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal.

interesses financeiros da União, não aplicando, se necessário para o seu cumprimento, as disposições nacionais. Por outro lado, estavam em equação a garantia de direitos fundamentais de um Estado–Membro, relativos a prazos de prescrição do crime de fraude fiscal.

Ao longo dos últimos anos é notório o esforço desenvolvido pela União Europeia ao nível da proteção dos interesses financeiros, na esfera penal, bem como através de medidas preventivas. No entanto, existem vários obstáculos, nomeadamente no que concerne à soberania de cada Estado-Membro, caraterísticas próprias do seu ordenamento jurídico e respeito pelos seus direitos fundamentais[21], motivo pelo qual a necessidade de uma intervenção penal terá que estar limitado pela critério de essencialidade, um pouco de encontro ao definido na Carta de Direitos Fundamentais "as penas não devem ser desproporcionadas em relação à infração", conforme estabelecido no artigo 49.º, n.º3, ou seja, o recurso à tutela penal só é legitima se as outras dimensões sancionatórias, administrativas ou contraordenações não forem adequadas, segundo os princípios de necessidade, proporcionalidade e subsidiariedade, face a bens jurídicos fundamentais de uma determinada comunidade. No entanto, de acordo com o artigo 325.º, TFUE, existe uma competência especifica de criação de direito penal no âmbito das fraudes lesivas dos interesses financeiros da União Europeia, com o objetivo de criar condições de dissuasão, através de sanções penais, segundo um princípio da eficácia do direito da União, que, no caso *Taricco,* teve como consequência o conflito com normas de direito processual penal. No entanto, o legislador previu um mecanismo que permita a garantia da diversidade nacional, através do recurso ao designado "travão de emergência", conforme previsto no 83.º, n.º 3, do TFUE.

Assim, através das alterações legislativas efetuadas, com especial destaque para a Diretiva (UE) 2017/1371, através da qual foram introduzidos os conceitos de fraude relativos às despesas relacionadas com contratação pública, do crime de apropriação ilegítima e a extensão do âmbito da definição de funcionário público, neste caso, limitado ao crime de corrupção e apropriação ilegítima, no quadro da gestão indireta dos fundos da União Europeia, Diretiva que tem ainda como objetivo "assegurar a execução da política da União neste domínio, é essencial continuar a aproximar o direito penal dos Estados-Membros complementando a proteção dos interesses financeiros da União ao abrigo

21 Cf. Considerando 28 da Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal, "o efeito dissuasivo pretendido com a aplicação de sanções penais requer especial prudência no que toca aos direitos fundamentais. A presente diretiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos, nomeadamente pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta»), em especial o direito à liberdade e à segurança, a proteção dos dados pessoais, a liberdade profissional e o direito de trabalhar, a liberdade de empresa, o direito de propriedade, o direito à ação e a um tribunal imparcial, a presunção de inocência e os direitos de defesa, os princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das sanções, e o princípio ne bis in idem. A presente diretiva procura assegurar o pleno respeito desses direitos e desses princípios e deve ser aplicada em conformidade.".

do direito administrativo e civil contra os tipos mais graves de comportamentos ligados à fraude neste domínio e evitando incoerências tanto no interior desses ramos do direito como entre eles"[22], ou seja, criar condições para um aproximar ou para uma harmonização dos regimes jurídicos de cada Estado-Membro, facto que permitirá reduzir o número de matérias divergentes. Por outro lado, em complemento às alterações realizadas, será necessário dotar as instituições nacionais dos meios necessários à prossecução dos objetivos traçados, pois serão estas as primeiras a detetar eventuais irregularidades ou ilicitudes nos procedimentos internos.

2. Princípio da cooperação leal – A efetividade do direito da União e a identidade constitucional dos Estados-Membros

Importa, desde já, realçar a importância do princípio da cooperação leal ou da lealdade europeia, previsto no artigo 4.º, n.º 3 do TUE e já reconhecido pelo TJUE no Acórdão Maria Pupino[23], a partir do qual os Estados-Membros estão "vinculados à lealdade recíproca no quadro da União"[24]. Assim, a partir deste princípio, todos os Estados-Membros encontram-se obrigados ao cumprimento do estabelecido nos tratados, num constante equilíbrio com as diferentes realidades constitucionais. Ora, este princípio de lealdade foi densificado por outros princípios, através de construções jurisprudenciais, como o princípio do primado do direito da União Europeia sobre o direito nacional, o princípio do efeito direito das normas europeias, o princípio da efetividade do direito da União, o princípio da equivalência, o princípio da interpretação conforme, o princípio da responsabilidade do Estado por violação das obrigações europeias e o princípio da tutela jurisdicional efetiva[25].

Relativamente ao ordenamento jurídico português, o princípio do primado do direito da União Europeia tem expressão na Constituição da República Portuguesa, através da conjugação do artigo 8.º, n.º 4 com o artigo 7.º, n. º 6, não existindo qualquer dúvida relativamente ao fundamento jurídico para a sua aplicação, apesar de não constar dos tratados. Realizada uma pequena introdução ao princípio do primado da União Europeia, importa apreciar de que modo é que se relacionam os critérios legais e constitucionais de um Estado-Membro, em oposição ao primado dos tratados constitutivos, pois, apesar dos esforços desenvolvidos pela União Europeia, continuam a persistir divergências entre o direito da

22 Cf. Considerando 3 da Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal.
23 Acórdão do TJUE, de 16 de junho de 2005, processo C-105/03.
24 De acordo com Alessandra Silveira, Princípios de Direito da União Europeia, Doutrina e jurisprudência, QUID JURIS, 2011, p.107.
25 Relativamente à definição dos princípios, *vide* Alessandra Silveira, Princípios de Direito da União Europeia .., p. 104.

União Europeia e o regime jurídico de alguns Estados-Membros. Conforme anteriormente mencionado, o exemplo do caso *Taricco* é fulcral e exemplificativo de possíveis situações complexas, entre o direito da União Europeia e as leis penais nacionais, no caso em apreço, o conflito entre a obediência ao princípio do primado do direito da União Europeia, através do cumprimento do estipulado no artigo 325.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, nomeadamente o combate às fraudes e quaisquer outras atividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União, não aplicando, se necessário para o seu cumprimento, as disposições nacionais.

Por outro lado, estavam em equação a garantia de direitos fundamentais de um Estado–Membro, relativos a prazos de prescrição do crime de fraude fiscal. Assim, no dia 8 de setembro de 2015, no âmbito do processo C-105/14, o TJUE declarou que "um regime nacional de prescrição de infrações penais (...) que previa, à data dos factos do processo principal, que o ato que determina a interrupção da prescrição no quadro de procedimentos penais relativos a fraudes graves em matéria de imposto sobre o valor acrescentado tem o efeito de prorrogar o prazo de prescrição em apenas um quarto da sua duração inicial, é suscetível de violar as obrigações impostas aos Estados-Membros por força do artigo 325.º, n.º 1 e 2, TFUE, caso esse regime nacional impeça a aplicação de sanções efetivas e dissuasoras num número considerável dos casos de fraude grave lesiva dos interesses financeiros da União Europeia ou preveja prazos de prescrição mais longos para os casos de fraude lesiva dos interesses financeiros do Estado-Membro em causa do que para os casos de fraude lesiva dos interesses financeiros da União Europeia (...) incumbe ao órgão jurisdicional nacional dar pleno efeito ao artigo 325.º, n.º 1 e 2, TFUE, não aplicando, se necessário, as disposições de direito nacional que têm o efeito de impedir que o Estado-Membro em causa respeite as obrigações que lhe são impostas pelo artigo 325.º, n.º 1 e 2, TFUE."[26]

Na sequência do acórdão *Taricco* surgiu o acórdão *M.A.S (Taricco II)*, de 5 de dezembro de 2017 – processo C-42/17 com a seguinte conclusão do TJUE: "O artigo 325.º, n.º 1 e 2 do TFUE deve ser interpretado no sentido de que, no âmbito de um processo penal por infrações relativas ao imposto sobre o valor acrescentado, impõe ao juiz nacional que se abstenha de aplicar disposições internas do direito substantivo nacional em matéria de prescrição que obstem à aplicação de sanções penais efetivas e dissuasoras num número considerável de casos de fraude grave lesiva dos interesses financeiros da União Europeia ou que prevejam prazos de prescrição mais curtos para os casos de fraude grave lesiva dos referidos interesses do que para os casos de fraude lesiva dos interesses financeiros do Estado-

26 Cf. ponto 66, da decisão do Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 8 de setembro de 2015, processo C-105/14.

Membro em causa, a menos que essa não aplicação implique uma violação do princípio da legalidade dos crimes e das penas, em razão da falta de precisão da lei aplicável ou devido à aplicação retroativa de uma legislação que impõe condições de incriminação mais severas do que as vigentes no momento em que a infração foi cometida", ou seja, o TJUE optou por uma decisão nitidamente mais conservadora.

As conclusões dos dois acórdãos complementam-se, sendo certo que o cumprimento do estabelecido no artigo 325.º do TFUE deve respeitar outros princípios e direitos fundamentais, nomeadamente os princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas, previsto no artigo 49.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Em suma, trata-se de um acórdão referência e exemplificativo do princípio de cooperação leal entre os níveis europeus e constitucionais.

Relativamente ao ordenamento jurídico português, o acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional, de 15 de julho, relativo a subsídios à exportação efetuados pelo Instituto de Financiamento da Agricultura e Pescas, I.P, no quadro da previsão no direito da União Europeia, nomeadamente em Regulamentos da União Europeia, inovador quanto à abertura para a utilização do mecanismo do reenvio prejudicial, até agora inexistente pelo Tribunal Constitucional. Por força do próprio princípio da cooperação leal, a União Europeia está obrigada a respeitar a identidade constitucional de cada Estado-Membro, motivo pelo qual a violação dos seus direitos fundamentais teria como consequência a sua própria invalidade. Por outro lado, o primado apenas se aplica nas situações em que estamos perante normas de diferentes fontes, mas aplicadas no mesmo território e idênticos destinatários. Assim, se uma norma nacional infringe os princípios consagrados na sua Constituição, será inválida à luz desse mesmo ordenamento jurídico. O princípio do primado depende da ativa cooperação das jurisdições nacionais, nomeadamente através do mecanismo do reenvio prejudicial, motivo pelo qual os juízes nacionais possuem uma função fundamental na sua aplicação, através da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União, bem como a desaplicação das normas nacionais contrárias ao direito da União Europeia. Assim, o Tribunal Constitucional português reconheceu a sua incompetência para aferir a validade de uma norma de direito da União Europeia, nomeadamente o artigo 19.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CEE) n.º 2220/85 à luz dos princípios consagrados na Constituição da República Portuguesa, no caso em apreço, o disposto no artigo 13.º, tendo sido possível obter a seguinte decisão: "Nos termos do artigo 8.º, n.º 4, da CRP, o Tribunal Constitucional só pode apreciar e recusar a aplicação a uma norma de DUE, caso a mesma seja incompatível com um princípio fundamental do Estado de direito democrático que, no âmbito próprio do DUE – incluindo, portanto, a jurisprudência do TJUE –, não goze de valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na

Constituição, já que um tal princípio se impõe necessariamente à própria convenção do «[...] exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia». Ao invés, sempre que esteja em causa a apreciação de uma norma de DUE à luz de um princípio (fundamental) do Estado de direito democrático que, no âmbito do DUE, goze de um valor paramétrico materialmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição portuguesa, funcionalmente assegurado pelo TJUE (segundo os meios contenciosos previstos no DUE), o Tribunal Constitucional abstém-se de apreciar a compatibilidade daquela norma com a Constituição."

O caso em apreço demonstra, sem qualquer dúvida, e como consequência do princípio do primado, a competência exclusiva do TJUE em matéria de declaração da invalidade de uma norma do Direito da União Europeia, numa clara "inibição do pleno acesso da jurisdição constitucional ao direito da União Europeia", com os limites ou exceções da "efetividade dos valores fundamentais do Estado de direito democrático" e "identidade constitucional da República", como competência residual e excecional.

Trata-se uma " verdadeira válvula de escape do sistema", que muito dificilmente será utilizada, atendendo à similitude entre os direitos e princípios consagrados na CRP e os presentes na ordem jurídica europeia, conforme reconhecimento do próprio Tribunal Constitucional "valores paramétricos equivalentes aos reconhecidos no nosso texto constitucional, designadamente através do controlo jurisdicional do TJUE – cuja natureza, na esfera própria do DUE, é funcionalmente homóloga, na sua dimensão garantística, do controlo realizado pelo Tribunal Constitucional".

Segundo o artigo 4.º, n.º 2, TUE, a União Europeia encontra-se obrigada a respeitar os princípios constitucionais de um Estado-Membro que afetam a sua identidade constitucional. No entanto, o disposto no artigo anteriormente mencionado está sujeito a um teste de proporcionalidade, uma vez que as exigências dos Estados-Membros, quanto à sua identidade constitucional, podem ser um verdadeiro obstáculo aos objetivos da União Europeia, podendo, em determinados casos, criar situações fragmentárias entre os Estados-Membros. Assim, não podem os Estados-Membros utilizar o artigo 4.º, n.º 2, TUE como instrumento para se recusarem a aplicar o direito da União e decidirem de forma unilateral e contra os interesses da própria União Europeia e, desta forma, comprometendo a própria efetividade, unidade e o primado do direito da União, em desrespeito pelo princípio da cooperação leal a que todos estão vinculados. Pelo contrário, o equilíbrio entre a identidade constitucional e os direitos fundamentais têm de ser "interpretados sistematicamente", de forma a permanecerem intactos os fundamentos da integração europeia. Relativamente ao Tribunal Constitucional português, a confirmação

da competência exclusiva do TJUE em matéria de validade das normas do direito da União Europeia, face à especificidade da ordem jurídica da União Europeia, bem como à comunhão de "valores e identidade substantiva entre os direitos consagrados na CRP e os que compõem a ordem jurídica comunitária"[27], que inclusivamente dispõe da Carta dos Direitos Fundamentais, motivo pelo qual os Tribunais Constitucionais não têm competência nesta matéria.

3. O princípio da subsidiariedade do direito penal *versus* o recurso à tutela cível ou administrativa

No âmbito dos Fundos Europeus Estruturais e Investimento, podemos constatar que os regimes jurídicos associados aos incentivos determinam a devolução total ou parcial dos montantes monetários recebidos, em casos de incumprimento das disposições legais que regulamentam determinado projeto de investimento. Nestes casos de violação das regras estabelecidas, podemos estar na presença de correções financeiras, cuja percentagem é determinada pela gravidade das infrações, em alguns casos, aplicada uma correção financeira de 100%. Para além das correções financeiras, "[os] beneficiários que tenham sido condenados em processo-crime por factos que envolvam disponibilidades financeiras dos FEEI ficam impedidos de aceder ao financiamento público por um período de três anos, a contar do trânsito em julgado da decisão condenatória, salvo se da pena aplicada no âmbito desse processo resultar período superior"[28].

Destaque para alguns conceitos relevantes nesta matéria, alvo da necessária diferenciação, nomeadamente o conceito de irregularidade que consiste em "qualquer violação de uma disposição de direito europeu que resulte de um ato ou omissão de um agente económico que tenha ou possa ter por efeito lesar o orçamento geral das Comunidades ou orçamentos geridos pelas Comunidades, quer pela diminuição ou supressão de receitas provenientes de recursos próprios cobradas diretamente por conta das Comunidades, quer por uma despesa indevida"[29], do conceito de fraude que existe quando ocorrem atos ou omissões (i) "à utilização ou à apresentação de declarações ou de documentos falsos, inexatos ou incompletos, que tenha por efeito a apropriação ou a retenção ilegítimas de fundos ou de ativos provenientes do orçamento da União ou dos orçamentos geridos pela União ou por sua conta; (ii) à não comunicação de uma informação, em violação de uma obrigação específica, que produza o mesmo

27 Cf. Cruz Vilaça, "O acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional português e a inibição de acesso ao direito da UE: um ponto final no "diálogo de surdos", disponível em https://www.cruzvilaca.eu/pt/noticias/O-acordao-n-4222020-do-Tribunal-Constitucional-portugues-e-a-inibicao-de-acesso-ao-direito-da-UE-um/107/ [13/4/2021].
28 Cf. artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de outubro.
29 Artigo 1°, n° 2, do Regulamento (CE, Euratom) n° 2988/95 do Conselho.

efeito; (iii) à aplicação ilegítima de tais fundos ou ativos para fins diferentes daqueles para os quais foram inicialmente concedidos"[30] e, em matéria de contratos públicos, "(i) à utilização ou à apresentação de declarações ou de documentos falsos, inexatos ou incompletos, que tenha por efeito a apropriação ou a retenção ilegítimas de fundos ou de ativos provenientes do orçamento da União ou dos orçamentos geridos pela União ou por sua conta; (ii) à não comunicação de uma informação, em violação de uma obrigação específica, que produza o mesmo efeito; (iii) à aplicação ilegítima de tais fundos ou ativos para fins diferentes daqueles para os quais foram inicialmente concedidos, que lese os interesses financeiros da União."[31]. Por último, apenas salientar que a fraude e a irregularidade devem ser distinguidas através do critério da intencionalidade. Este é "[aplicável] a todos os elementos constitutivos das infrações penais previstas na diretiva", nos quais a "[natureza] intencional de um ato ou omissão pode ser inferida de circunstâncias objetivas e factuais"[32], ou seja, compete a cada Estado-Membro definir e interpretar o seu próprio conceito de intencionalidade.

Desta forma, poderá ser questionada a necessidade do recurso à tutela penal, em respeito pelo princípio da subsidiariedade do direito penal, em face da possibilidade de aplicação de sanções às irregularidades fraudulentas cometidas, através do recurso à tutela cível ou administrativa. Apreciando a importância dos fundos públicos para o desenvolvimento económico e social de um Estado, com impacto considerável da economia e na concretização de politicas públicas, parece evidente que a proteção deste bem jurídico deve ter proteção penal, através da tipificação da conduta ilícita e censurável, no caso do ordenamento jurídico português, com recurso aos crimes de fraude na obtenção de subsidio ou subvenção ou desvio de subvenção, subsidio ou crédito bonificado, previstos no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro, nos artigos 36.º e 37.º respetivamente e aplicação de sanções acessórias previstas no n.º 1 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de outubro, relativamente ao impedimento de aceder ao financiamento público por um período de três anos em caso de condenação em processo-crime, por factos que envolvam disponibilidades financeiras dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento, com sentença transitada em julgado, salvo de dessa pena resultar período superior ou, no caso previsto no n.º 2 do mesmo artigo, condicionar o acesso a FEEI à apresentação de garantia idónea, nos casos em que tenha sido deduzida acusação pública em processo-crime.

30 Cf. Alínea a), n.º 2, do artigo 3º da Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017
31 Cf. Alínea b), n.º 2, do artigo 3º da Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017.
32 Cf. Considerando 11 e n.º1, do artigo 3º da Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017.

Assim, independentemente das sanções administrativas, parece evidente a necessidade de, concomitantemente, recorrer à tutela penal, de forma similar ao praticado noutros ilícitos criminais[33], conforme jurisprudência produzida pelos tribunais nacionais "se é sabido que o direito penal de um Estado de direito visa a proteção de bens jurídicos essenciais ao viver comunitário, só estes assumindo dignidade penal, o certo é que a Constituição não contém qualquer proibição de criminalização, e, observados que sejam certos princípios, como sejam o princípio da justiça, o princípio da humanidade e o princípio da proporcionalidade [...], «o legislador goza de ampla liberdade na individualização dos bens jurídicos carecidos de tutela penal (e, assim, na decisão de quais os comportamentos lesivos de direitos ou interesses jurídico-constitucionalmente protegidos que devem ser defendidos pelo recurso a sanções penais»"[34]

Ademais, parece ser cada vez evidente a estratégia de recorrer à tutela penal, face às recentes alterações legislativas, como por exemplo, a Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal, que tem como um dos objetivos a harmonização do próprio direito penal dos próprios Estados-Membros, em matéria de infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União, bem como da recente Procuradoria Europeia[35], através do exercício transnacional da ação penal.

De acordo com ANA MENDES DE ALMEIDA[36], "o direito europeu tem vindo a robuster a defesa dos interesses financeiros da UE por via não simplesmente do recurso à tutela civil, mas por apelo à tutela penal, instando os Estados-Membros a adotarem medidas legislativas nessa área, aptas a prevenirem condutas lesivas daqueles interesses e a reagir criminalmente de forma justa e proporcional.", indicando, como exemplos, a Convenção relativa à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias de 1995, nomeadamente o "seu artigo n.º2 que «[cada] Estado-Membro deve tomar as medidas necessárias para que os comportamentos referidos no n.º 1 do artigo 1.º sejam passiveis de sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasoras, incluindo, pelo menos nos casos de fraude grave, penas privativas de liberdade»", bem como do Regulamento (CE, EURATOM) n.º 2988/95, do Conselho de 18 de dezembro de 1995, no qual estão previstas diversas sanções administrativas, ressalvando, porém, a possibilidade de utilização do direito penal dos Estados-Membros e, por último, a

33 Neste sentido, Pedro VERDELHO, "As chamadas "irregularidades" nos subsídios do Fundo Social Europeu são crime ou apenas constituem ilícitas civil?", Revista do Ministério Público. - Lisboa. - ISSN 0870-6107. - Vol. 17, nº 66 (Abril-Junho 1996), p. 61-93.
34 Cf. Acórdão n.º 1142/96 do Tribunal Constitucional.
35 Regulamento (UE) n.º 2017/1939 do Conselho de 12 de outubro de 2017.
36 ALMEIDA, Ana Mendes, "O âmbito de aplicação do crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção no contexto dos Fundos Europeus Estruturais – um contributo", Revista do Ministério Público, n.º 160, 2019, pp. 115-120.

recente Diretiva PIF, evidências da defesa dos interesses financeiros da União Europeia, pela recurso ao direito penal.

Capítulo II: Instrumentos jurídicos e os interesses financeiros da União Europeia

1. Cooperação judiciária internacional – Decisão Europeia de Investigação

O novo regime jurídico criado através da Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 3 de abril de 2014, com transposição para o ordenamento jurídico nacional através da Lei n.º 88/2017, de 21 de agosto, relativo à Decisão Europeia de Investigação (DEI) em matéria penal visa, principalmente, a obtenção de elementos de prova por um Estado-Membro (Estado de Emissão) no território de outro Estado-Membro (Estado de Execução), nas diferentes fases do processo penal, através de "mecanismos céleres de reconhecimento e execução de decisões indispensáveis em processos com características transnacionais entre os Estados-membros da União Europeia". O recurso à DEI deve ser considerado pela autoridade judiciária do Estado-Membro emissor, por solicitação dos sujeitos processuais junto da autoridade judiciária e de acordo com a lei processual penal ou por livre iniciativa da própria autoridade judiciária, tendo em conta os seguintes critérios: (i) critérios de proporcionalidade, adequação e aplicabilidade dos elementos de prova pretendidos e as medidas de investigação escolhidas num determinado caso concreto; (ii) observância dos direitos fundamentais consagrados no artigo 48.º e 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; (iii) respeito pelo princípio "ne bis in idem", reconhecimento geral que ninguém pode ser condenado pelo mesmo delito.

As crescentes necessidades da cooperação judiciária internacional em matéria penal tiveram como consequência uma reformulação dos instrumentos jurídicos para a obtenção de provas entre Estados-Membros, em substituição da emissão das habituais cartas rogatórias e mandados europeus de obtenção de prova, instrumentos jurídicos morosos e mais complexos, em comparação com os formalismos da Decisão Europeia de Investigação, um mecanismo mais célere, com formulários semelhantes e simplificadores da emissão, reconhecimento e execução da DEI por todos os Estados-Membros. Por outro lado, a cooperação com países fora do espaço da União Europeia continuará a realizar-se através dos Tratados internacionais multilaterais e bilaterais[37].

37 Luís de Lemos Triunfante, "Admissibilidade e validade da prova na Decisão Europeia de Investigação", JULGAR Online, abril de 2018.

De acordo com o art.º 6.º da Lei n.º 88/2017, a prova recolhida no Estado-Membro executante terá o mesmo valor da apurada em território nacional. Por outro lado, a autoridade judiciária de execução portuguesa deverá cumprir com o pedido da autoridade emissora, com base no princípio do reconhecimento mútuo, com as devidas exceções de recusa e de acordo com as exigências processuais penais do ordenamento jurídico português. Ora, é evidente que existem diferenças processuais entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros que podem suscitar algumas questões na interpretação e aplicação da DEI, cabendo aqui ao TJUE, em sede de reenvio prejudicial, a sua resolução.

A título de exemplo, no âmbito do processo C-584/19, relativo a um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal Regional Penal de Viena, Áustria, cuja matéria consiste no facto do Ministério Público de Hamburgo, Alemanha ter emitido uma DEI para que o Ministério Público de Viena, Áustria lhe fornecesse determinados dados de uma conta bancária domiciliada na Áustria. Como o direito deste país exige para a prestação dessas informações, a autorização prévia de um juiz, o Ministério Público de Viena pediu-a ao Tribunal Regional Penal de Viena, Áustria. Este considerou que o Ministério Público alemão não pode ser considerado "autoridade judiciária de emissão de um MDE, pelo facto de correr o risco de ser direta ou indiretamente sujeito a ordens ou instruções individuais por parte do poder executivo", motivo pelo qual foi suscitada a questão prejudicial: "devem os conceitos de «autoridade judiciária», na aceção do artigo 1.°, n.º 1, da Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal, e de «magistrado do Ministério Público», na aceção do artigo 2.°, alínea c), subalínea i), da mesma diretiva, ser interpretados no sentido de que abrangem igualmente os serviços do Ministério Público de um Estado-Membro em relação aos quais existe o risco de, no âmbito da adoção de uma decisão relativa à emissão de uma decisão europeia de investigação, estarem direta ou indiretamente sujeitos a ordens ou instruções individuais do poder executivo".

Em conformidade, no dia 8 de dezembro de 2020, o TJUE declarou que "o artigo 1.º, n.º 1, e o artigo 2.º, alínea c), da Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal, devem ser interpretados no sentido de que estão abrangidos pelos conceitos de «autoridade judiciária» e de «autoridade de emissão», na aceção destas disposições, o procurador de um Estado-Membro ou, mais genericamente, o Ministério Público de um Estado-Membro, independentemente da relação de subordinação legal que possa existir entre esse procurador ou esse Ministério Público e o poder executivo desse Estado-Membro, e da exposição do referido procurador ou do referido Ministério Público ao risco de estar sujeito, direta ou

indiretamente, a ordens ou instruções individuais por parte desse poder no âmbito da adoção de uma decisão europeia de investigação.

2. Mecanismos de denúncia - Diretiva (UE) 2019/1937

No ordenamento jurídico português, os mecanismos de denúncia anónima já se encontram previstos, conforme estabelecido no artigo 245.º, n.º 6 do Código Processo Penal, sendo possível realizá-lo de diferentes formas, seja por carta ou mesmo através de plataformas eletrónicas disponibilizadas para o efeito pela Procuradoria-Geral da República[38][39]ou Polícia Judiciária[40]. No âmbito de eventuais situações relacionadas com os FEEI, importa realçar que a noticia da fraude que dá origem à abertura de determinada investigação criminal pode ocorrer de diferentes formas, nomeadamente pelo desenvolvimento de atividades de auditoria, controlo ou fiscalização e, nestes casos, no plano nacional, através da intervenção da Autoridade de Auditoria da Inspeção-Geral das Finanças, das Autoridades de Gestão ou do Tribunal de Contas, por informação recolhida pela Policia Judiciária ou por meio de denúncias anónimas, por último, no plano europeu, por intermédio do Organismo Europeu de Luta Antifraude.

Em matéria de identificação e prevenção de situações de fraude, importa analisar a importância de implementação de mecanismos de denúncia, nomeadamente através de canais confidenciais de denúncia interna ou externa acessíveis aos colaboradores de determinada entidade, com o objetivo de permitir a proteção e confidencialidade de todos aqueles que, no âmbito da sua atividade, se confrontam com comportamentos ilícitos ou irregulares. Para este efeito, com a Diretiva (UE) 2019/1937, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do Direito da União, espera-se que tenha uma preponderância fundamental para este objetivo, através da determinação de normas mínimas comuns a todos os Estados-Membros que protejam os denunciantes, facto que poderá impulsionar o aumento das denúncias de factos violadores do direito da União.

Quanto à matéria aqui em apreço, em que um número considerável de ocorrências não chega ao conhecimento das entidades responsáveis pelo controlo e investigação, criando, consequentemente,

38 Denúncia de fraudes e corrupção, disponível em https://simp.pgr.pt/dciap/denuncias/den_criar.php.
39 Cf. "A Procuradoria-Geral da República tem um sistema de denúncia eletrónica, localizado no seu website, com a designação «Corrupção: Denuncie aqui». Este serviço é um recetor de denúncias relativas a corrupção e crimes conexos que sejam praticados no âmbito de atividades de serviços públicos ou privados. É fornecida a cada denunciante uma chave de acesso eletrónica que permite "aceder à sua comunicação e tomar conhecimento da investigação e outros dados que lhe interessam", cf. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020 – 2024, p.61, disponível em https://www.portugal.gov.pt.
40 Disponível em https://www.policiajudiciaria.pt/denuncia-anonima/.

dificuldades na deteção "pró-ativa" da fraude, parece-nos ser uma norma que poderá trazer alguns resultados, através da sua implementação nas entidades responsáveis pelo controlo, auditoria e beneficiários dos fundos estruturais europeus[41], por meio de canais internos e externos (judiciários, administrativos ou meios de comunicação social, em caso de conluio dos infratores com as entidades públicas) de denúncia e, sobretudo, um conjunto de normas mínimas obrigatórias, em obediência aos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, de proteção dos denunciantes, em matéria de fraude e corrupção aos interesses financeiros da União[42], que permitem o acesso a um meio que a investigação criminal tem naturais dificuldades em aceder.

Assim, esta nova Diretiva, cuja transposição para o ordenamento jurídico português está prevista para o final de 2021, teve influência na Lei *Sarbanes-Oxley* e outros diplomas de proteção dos *Whistlebowers*[43], e visa proteger os denunciantes, trabalhadores atuais e passados, e, através da interpretação extensiva do conceito de denunciante, membros dos órgãos sociais, prestadores de serviços ou titulares de participações sociais de eventuais represálias, como por exemplo, procedimentos disciplinares, com base no dever de lealdade, ou através de procedimento criminal, neste caso, por via de queixa-crime relativa a factos que possam configurar, por exemplo, o crime de difamação. Assim, é expectável que, após a transposição da Diretiva, eventuais factos ilícitos, como por exemplo, o acesso ilegítimo a sistemas informáticos pelos denunciantes, tendo em vista a obtenção de informação relevante para os factos denunciados, não impliquem responsabilidade criminal para os denunciantes "desde que essa obtenção ou esse acesso não constitua uma infração penal autónoma."[44].

Conforme definido na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024, é objetivo do Governo "criar um diploma que estabeleça o regime jurídico geral de proteção dos denunciantes, transpondo a Diretiva (UE) 2019/1937 e abrangendo e articulando as normas sobre denunciantes previstas no direito vigente"[45]. Ora, em matéria de corrupção já se encontra prevista a proteção dos denunciantes, de acordo com o estipulado no artigo 4.º da Lei n.º 19/2008[46]. Apesar deste facto, de acordo com NUNO BRANDÃO, "o Conselho de Prevenção da Corrupção, a quem cabe fazer

41 Medida prevista no Considerando 17 do Regulamento 2223/2020, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de dezembro de 2020.
42 Cf. Considerações do ponto 15 da Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019.
43 Cf. Nuno Brandão, "O whistleblowing no ordenamento jurídico português", Revista do Ministério Público, n.º 161, janeiro-março 2020, pp.99-102.
44 Artigo 21.º, n.º 3, da Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019.
45Cf. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024, p.75, disponível em https://www.portugal.gov.pt.
46 "No ordenamento jurídico português existem já normas dispersas sobre denunciantes, nomeadamente, as previstas na Lei n.º 93/99, de 14 de julho (proteção de testemunhas); na Lei n.º 19/2008, de 21 de abril (no artigo 4.º), no âmbito do combate à corrupção; na Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto (no artigo 108.º, n.º 5), no âmbito do combate ao branqueamento de capitais e ao terrorismo; ou no Código dos Valores Mobiliários, no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e no Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo. Existe, no entanto, a necessidade de articular e compatibilizar tais normas, designadamente através de um diploma que estabeleça o regime jurídico de proteção dos denunciantes", cf. Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020 – 2024, p.61, disponível em https://www.portugal.gov.pt.

recomendações às entidades públicas na luta anticorrupção, nunca recomendou a implementação de canais internos de denúncias."[47], facto que poderá colocar algumas dúvidas relativas à verdadeira efetividade na aplicação da Diretiva (UE) 2019/1937 no ordenamento jurídico português.

3. Regulamento (EU) 2018/1805 – reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda

O Regulamento (UE) 2018/1805 surgiu da necessidade identificada pela Comissão Europeia[48], face à ausência de uma correta e eficaz transposição das Decisões-Quadro 2003/577/JAI[49], 2006/783/JAI[50] e Diretiva 2014/42[51], para o ordenamento jurídico de alguns Estados-Membros, criando dificuldades na cooperação transfronteiriça, surgindo, por este motivo, a obrigatoriedade de implementação de um modelo que permitisse uma aplicação uniforme do mecanismo de reconhecimento mútuo nos Estados-Membros[52]. Nos últimos anos, constata-se a criação de diversos institutos processuais e penais de diferente natureza (confisco clássico, confisco alargado, o confisco de bens de terceiros, o confisco de valor equivalente e o confisco não baseado numa condenação), facto que cria "dificuldades inerentes a esta manta de retalhos, máxime no plano da efetivação transnacional do programa político-criminal do combate ao lucro criminoso"[53]. O Regulamento n.º 2018/1805 não revogou aquela Decisão-Quadro 2006/783/JAI e a Diretiva de 2014/42, que estabeleceu regras mínimas para a apreensão e perda de bens, com um objetivo de harmonização normativa que o Regulamento procura intensificar, através da implementação de regras comuns em matéria do reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda.

Ora, atendendo ao facto de ser necessário uma uniformização de aplicação, a União Europeia optou, de acordo com a faculdade conferida pelo artigo 82.º, n.º 1, TFUE, pelo Regulamento, instrumento jurídico que é diretamente aplicável nos Estados-Membros, permitindo uma maior segurança jurídica e que tenta suprimir as debilidades identificadas pela Comissão Europeia, visando um aumento da eficácia

47 Cf. Nuno Brandão, "O whistleblowing no ordenamento...", p.110.
48 Cf. Comissão Europeia, COM (2016) 819 final, 2016/0412(COD), Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco.
49 DECISÃO-QUADRO 2003/577/JAI DO CONSELHO de 22 de julho de 2003 relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas, transposta para a ordem jurídica portuguesa pela Lei 25/2009, de 5 de junho.
50 Decisão-Quadro 2006/783/JAI do Conselho, de 6 de outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda, transposta para Portugal pela Lei n.o 88/2009, de 31 de agosto.
51 Diretiva 2014/42/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia, transposta para o ordenamento jurídico nacional pela Lei n.º 30/2017, de 30 de maio.
52 Cf. Considerando 6 do Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda.
53 Cf. Nuno Brandão, "Cooperação judiciária para efeitos de recuperação de ativos e direitos de defesa, em especial no âmbito do Regulamento (UE) 2018/1805", in Maria Raquel Desterro Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (coord,) *Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 205.

da intervenção legislativa da União Europeia, em obediência ao principio da subsidiariedade e proporcionalidade, optando por uma intervenção direta na área do processo penal.

Assim, no dia 19 de dezembro de 2020, entrou em vigor o Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu o do Conselho, de 14 de novembro de 2018, instrumento jurídico que será aplicável a todas as decisões de apreensão[54] e perda[55] emitidas no âmbito de processos em matéria penal[56], sendo expetável ter um papel fundamental na recuperação de ativos. De facto, nas infrações criminais relacionadas com Fundos Europeus Estruturais e de Investimento é cada vez mais comum a existência de um número de intervenientes de diferentes Estados-Membros, de cariz transnacional, sejam pessoas singulares ou pessoas coletivas, com existência de fluxos financeiros complexos, com um objetivo de justificar e ocultar mais-valias obtidas de forma fraudulenta.

Assim, através de um mecanismo célere e simplificado de execução da decisão de apreensão ou de perda, tendo, como regra, a impossibilidade de recusa de execução, através do princípio do reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda, é expectável que possa trazer uma maior eficácia ao combate ao crime, através da perda dos benefícios económicos ou materiais e, desta forma, anular as vantagens económicas e materiais pela prática dos crimes, obtidas, de forma direta, quando associadas a um facto ilícito típico ou, de forma indireta, a uma determinada atividade criminosa e, por este motivo, sujeitos a perda clássica ou alargada, respetivamente.

De facto, estamos perante um instrumento jurídico que assenta "em dois vetores de construção do espaço penal europeu que são a harmonização legislativa e o princípio de reconhecimento mútuo em que se faz basear a cooperação judiciária"[57], com base no n.º 1, do artigo 83.º, TFUE, ou seja, a implementação de normas mínimas de garantias processuais, facto que potencia o reconhecimento de

54"«Decisão de apreensão», uma decisão emitida ou validada por uma autoridade de emissão para impedir a destruição, transformação, retirada, transferência ou afetação de bens tendo em vista a perda", definição constante na alínea 1), artigo 2.º, do Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018.

55«Decisão de perda», uma sanção ou medida de caráter definitivo, imposta por um tribunal relativamente a uma infração penal, que conduza à privação definitiva de bens de uma pessoa singular ou coletiva", definição constante da alínea 2), artigo 2.º, do Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018.

56 Cf. § Considerando 13, relativamente ao conceito de "«Processos em matéria penal»: é um conceito autónomo do direito da União interpretado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, não obstante a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. O termo deverá, portanto, abranger todos os tipos de decisões de apreensão e de decisões de perda emitidas na sequência de um processo relativo a uma infração penal, não se limitando a incluir as decisões abrangidas pela Diretiva 2014/42/UE. O termo deverá abranger também outros tipos de decisões proferidas sem uma condenação definitiva. Mesmo que tais decisões não existam no ordenamento jurídico de um Estado-Membro, o Estado-Membro em causa deverá poder reconhecer e executar a decisão emitida por outro Estado-Membro. Os processos em matéria penal podem também incluir as investigações criminais da polícia ou de outras autoridades de aplicação da lei. As decisões de apreensão e as decisões de perda emitidas no âmbito de processos em matéria civil ou administrativa deverão ser excluídas do âmbito de aplicação do presente regulamento.".

57 Cf. Anabela Miranda Rodrigues, "O Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda como pedra angular da cooperação judiciária na União Europeia – eficácia versus direitos fundamentais?" in Maria Raquel Desterro Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (coord,) Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos, Coimbra, Almedina, 2021, p.16.

decisões entre os Estados-Membros, em que emerge um processo penal comum[58], através da "[confiança] em que as decisões a reconhecer e a executar sejam sempre tomadas em conformidade com os princípios da legalidade, da subsidiariedade e da proporcionalidade"[59].

Desta forma, conforme estipulado no artigo 3.º do Regulamento (EU) 2018/1805, as decisões de perda não exigem a verificação da dupla criminalização dos factos para crimes com pena privativa superior a três anos nos Estados de Emissão, para as infrações penais previstas no artigo 3.º, nas quais se inserem a "fraude, incluindo fraude e outras infrações penais que lesem os interesses financeiros da União na aceção da Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho"[60], motivo pelo qual não pode ser recusada a aplicação de perda, nos casos previstos no artigo anteriormente mencionado. No entanto, fora destes casos, o Estado de execução pode recusar a execução da decisão de perda, nos casos em que não exista previsão legal desse tipo de crime[61]. De facto, trata-se da primeira vez que é utilizado um Regulamento na intervenção da União Europeia em matérias de processo penal, demonstrativo da importância da matéria para a União Europeia, facto que poderá ter uma "[efeito] de arrastamento do reconhecimento mútuo sobre as questões substanciais"[62], evidenciando um "esforço de harmonização de um processo penal europeu", com respeito pelas garantias processuais[6364] e direitos fundamentais constantes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

58 Cf. Anabela Miranda Rodrigues, "O Regulamento (UE) 2018/1805...", p.29.
59 Cf. Considerando 14 do Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda.
60 Cf. alínea 8, artigo 3.º, do Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018.
61 Cf. n. º2 do artigo 3.º, do Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018.
62 Cf. Anabela Miranda Rodrigues, "O Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda como pedra angular da cooperação judiciária na União Europeia – eficácia versus direitos fundamentais?" in Maria Raquel Desterro Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (coord,) Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos, Coimbra, Almedina, 2021, p.37.
63 Cf. Considerando 18 do Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda "Os direitos processuais estabelecidos nas Diretivas 2010/64/UE (6), 2012/13/UE (7), 2013/48/UE (8), (UE) 2016/343 (9), (UE) 2016/800 (10) e (UE) 2016/1919 (11) do Parlamento Europeu e do Conselho deverão ser aplicáveis, no âmbito de aplicação dessas diretivas, aos processos penais abrangidos pelo presente regulamento no que se refere aos Estados-Membros vinculados às mesmas."
64 Cf. ponto 4 do Cf. Comissão Europeia, COM (2016) 819 final, 2016/0412(COD), Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco "[são] aplicáveis todas as garantias processuais do direito penal. Nelas se incluem, em especial, o direito a um processo equitativo, consagrado no artigo 6.º da CEDH e nos artigos 47.º e 48.º da Carta, bem como a legislação aplicável ao nível da UE em matéria de direitos processuais no processo penal, nomeadamente: Diretiva 2010/64/UE relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal, Diretiva 2012/13/UE relativa ao direito à informação em processo penal, Diretiva 2013/48/UE relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, Diretiva (UE) 2016/343 relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal, Diretiva (UE) 2016/800 relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal e Diretiva (UE) 2016/1919 relativa ao apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal e para as pessoas procuradas em processos de execução de mandados de detenção europeus. Caso sejam aplicadas com proporcionalidade e complementadas por garantias processuais efetivas, tal como acima descrito, as medidas previstas na presente proposta são compatíveis com os requisitos relativos aos direitos fundamentais."

Capítulo III - Controlo, auditoria e investigação da fraude com Fundos Europeus Estruturais e de Investimento

1. Enquadramento legal - Fundos Europeus Estruturais e de Investimento (FEEI)

Os Fundos Europeus Estruturais e de Investimento (FEEI) são o principal instrumento da política de investimento da União Europeia e visam o desenvolvimento económico, social e cultural no contexto da inserção dos Estados-Membros na União Europeia, através da concretização de políticas públicas, económicas e sociais. Os cinco maiores fundos, nomeadamente o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), o Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (FEADER), o Fundo de Coesão (FC), o Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas (FEAMP) e o Fundo Social Europeu (FSE), são utilizados com o objetivo de criar condições para o desenvolvimento económico e social dos Estados-Membros, com enquadramento legal no Regulamento (UE) n.º 1303/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de dezembro, que estabelece disposições comuns relativas ao FEDER, FSE, FC, FEADER e FEAMP e a disposições gerais relativas ao FEDER, ao FSE, ao FC e ao FEAMP e, complementarmente, o Regulamento Delegado (UE) n.º 480/2014, da Comissão de 3 de março, Regulamento com proposta de atualização em 2018[65] e concretizada em 2020[66], no que diz respeito ao ajustamento do nível de pré-financiamento anual para os anos de 2021 a 2023. A nível nacional, o Decreto-Lei n.º 137/2014, de 12 de setembro, estabelece o modelo de governação dos fundos europeus estruturais e de investimento para o período de 2014-2020, diploma que já foi sujeito a duas alterações[67], face à necessidade de proceder à realização de ajustamentos pontuais[68].

A Comissão e os Estados-Membros aplicam conjuntamente estes fundos através de programas operacionais (PO), que determinam a forma como os fundos disponibilizados serão executados para os fins previamente determinados. A execução, acompanhamento e gestão dos programas operacionais é

65 Cf. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (UE) n.º 1303/2013 no que diz respeito ao ajustamento do nível de pré-financiamento anual para os anos de 2021 a 2023, disponível em https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/8a37f555-b279-11e8-99ee-01aa75ed71a1 [18.03.2021]

66 Cf. Regulamento (UE) 2020/1542 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de outubro de 2020 que altera o Regulamento (UE) n.º 1303/2013 no que diz respeito ao ajustamento do nível de pré-financiamento anual para os anos de 2021 a 2023, disponível em https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/17936052-1757-11eb-b57e-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF/source-search [18.3.2021].

67 Decreto- -Lei n.º 34/2018, de 15 de maio e Decreto-Lei n.º 127/2019, de 29 de agosto.

68 Cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 127/2019, de 29 de agosto, "no sentido de se atribuir competências aos membros do Governo setorialmente responsáveis pelos domínios temáticos dos programas operacionais do Portugal 2020 e reforçar as garantias dos beneficiários, mediante a introdução do recurso administrativo dos atos praticados pelas autoridades de gestão. Introduzem -se, ainda, alterações com vista a agilizar o procedimento de afetação dos apoios, designadamente mediante o recurso aos peritos externos quando as autoridades de gestão o considerem adequado, em cumprimento das regras de contratação pública e do direito europeu.".

realizado por uma autoridade pública nacional, regional ou local ou por um organismo público ou privado, responsável pela eficácia e execução a que são designadas Autoridades de Gestão ou por Organismos Intermédios[69], públicos ou privados, neste caso, por delegação das Autoridades de Gestão, que exercem funções em nome desta.

O apoio estrutural europeu em Portugal representa aproximadamente 2 % a 3% do produto interno bruto português, facto demonstrativo da sua importância para o desenvolvimento económico e social. No período compreendido entre 2014-2020 (Portugal 2020)[70], a Comissão Europeia transferiu 10 713 milhões de euros para Portugal até 2019, como resultado da execução das operações financiadas pelos Fundos Europeus afetos ao Portugal 2020. Já foi transferido para Portugal perto de metade do valor do Portugal 2020 (41,1%)[71]. Assim, Portugal registava a taxa mais elevada entre os países com envelopes financeiros acima de 7 mil milhões de euros, sete pontos percentuais acima da média da EU (34,1)."[72]. De acordo com a mesma fonte, o montante transferido pela Comissão Europeia para Portugal "é o quinto maior no conjunto dos Estados-Membros, abaixo da Polónia, Itália, França e Espanha (países com envelopes financeiros superiores aos de Portugal). No total, a CE transferiu 158 088 milhões de euros para os 28 Estados Membros e, desse montante, 6,8% foi transferido para Portugal."

Atendendo à temática que será alvo de análise, importa determinar o enquadramento legal subjacente, nomeadamente os regulamentos com maior relevância nesta matéria, com aplicação direta nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, uma vez que é exigido à Comissão Europeia e aos Estados-Membros o combate à fraude e atividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União, conforme estabelecido nos artigos 310.º e 325.º do TFUE. Assim, para efeitos de defesa dos interesses financeiros da União, tem sido evidente o surgimento de diversos diplomas legais e novos organismos, manifestando uma preocupação crescente de proteção dos interesses financeiros da União, visando a deteção e prevenção da fraude, com especial ênfase na aplicação de sanções administrativas ou penais

69 *Vide* conceito de "«Organismo intermédio», o organismo, público ou privado, que age sob a responsabilidade de uma ou mais autoridades de gestão ou que exerce competências em nome dessas autoridades, nomeadamente em relação aos candidatos e beneficiários que executam as operações", cf. alínea m), artigo n.º 3, do Decreto-Lei n.º 159/2014 - Diário da República n.º 207/2014, Série I de 27 de outubro de 2014.

70 "Trata-se do ACORDO DE PARCERIA adotado entre Portugal e a Comissão, que reúne a atuação dos cinco Fundos Europeus Estruturais e de Investimento – Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, Fundo de Coesão, Fundo Social Europeu, Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural e Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e Pescas - no qual se definem os princípios de programação que consagram a política de desenvolvimento económico, social e territorial para promover, em Portugal, entre 2014 e 2020.", disponível em https://www.portugal2020.pt/content/o-que-e-o-portugal-2020 [1.4.2021].

71 Cf. Relatório apresentado pela Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P., em 22 de maio de 2020, p.13, "Cerca de metade do Portugal 2020, está financeiramente executado, perspetivando-se que até ao final de 2023 seja concretizada a outra metade, sem prejuízo dos impactos na implementação dos diversos PO, Fundos e Domínios Temáticos decorrentes do contexto de pandemia que marca o ano de 2020 e da consequente crise socioeconómica. O Portugal 2020 chegou ao final de 2019 com 90% comprometido, 45% executado e 47% pago aos promotores".

72 Cf. Relatório apresentado pela Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P., em 22 de maio de 2020, p.14.

às irregularidades identificadas e respetiva recuperação de fundos perdidos, entre outras medidas. Para esse efeito, surgiu uma atualização legislativa do Regulamento Financeiro da Orçamento Geral da União, através do Regulamento (EU, Euratom) 2018/1046 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de julho de 2018, relativo às regras financeiras aplicáveis ao orçamento geral da União que revoga o Regulamento (UE, Euratom) 2012/966. Na gestão partilhada, de acordo com o n.º 2, do artigo 63.º do Regulamento (EU, Euratom) 2018/1046, "no âmbito da realização das tarefas relacionadas com a execução do orçamento, os Estados-Membros tomam todas as medidas necessárias, incluindo medidas legislativas, regulamentares e administrativas, para proteger os interesses financeiros da União, a saber: a) Assegurar que as ações financiadas pelo orçamento sejam executadas de forma correta e eficaz nos termos das regras setoriais aplicáveis; b) Designar, nos termos do n.º 3, os organismos responsáveis pela gestão e pelo controlo dos fundos da União, e supervisionar esses organismos; Prevenir, detetar e corrigir irregularidades e fraudes; d) Cooperar, em conformidade com o presente regulamento e nos termos das regras setoriais, com a Comissão, com o OLAF, com o Tribunal de Contas e, no caso dos Estados-Membros participantes numa cooperação reforçada nos termos do Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho (1), com a Procuradoria Europeia", em conformidade com os princípios da boa gestão financeira, da transparência e da não discriminação.[73]

A realização de inquéritos administrativos, através de inspeções e verificações no local, com o objetivo de averiguar a existência de fraude ou corrupção ou outras atividades ilícitas prejudiciais aos interesses financeiros da União, serão da responsabilidade do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), conforme o estabelecido no Regulamento (UE, Euratom) n.º 883/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de setembro de 2013.

Recentemente criada, surge a Procuradoria Europeia, responsável pela investigação e instauração de ações penais relativamente a infrações lesivas dos interesses financeiros da União, no âmbito da cooperação reforçada de 22 Estados-Membros, nos termos do Regulamento (UE) n.º 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017, conjugada com a Diretiva (UE) n.º 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal e Regulamento (CE, Euratom) n.º 2988/95, do Conselho de 18 de dezembro, relativo à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias.

73 Cf. n.º 2, do artigo 63.º do Regulamento (UE) 2018/1046 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de julho de 2018.

De referir ainda que, conforme determinado no artigo 129.º, n.º1 do Regulamento 2018/1046, "as pessoas ou entidades que recebem fundos da União cooperam plenamente na proteção dos interesses financeiros da União e, como condição para receber os fundos, concedem os direitos e o acesso necessários para que o gestor orçamental competente e, no caso dos Estados-Membros participantes numa cooperação reforçada nos termos do Regulamento (UE) 2017/1939, a Procuradoria Europeia, o OLAF, o Tribunal de Contas e, se for caso disso, as autoridades nacionais competentes exerçam de forma abrangente as respetivas competências. No caso do OLAF, esses direitos incluem o direito de efetuar inquéritos, nomeadamente verificações e inspeções no local, nos termos do Regulamento (UE, Euratom) 2013/883 do Parlamento Europeu e do Conselho".

Por último, no dia 13 de fevereiro de 2021, entrou em vigor o Regulamento (UE) 2021/241 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de fevereiro de 2021 que cria o Mecanismo de Recuperação e Resiliência, face à necessidade de "[reforçar] o atual regime para a prestação de apoio aos Estados-Membros e prestar-lhes apoio financeiro direto, através de um instrumento inovador (...) concebido para fazer face aos efeitos e às consequências adversas da crise da COVID-19 na União[74] (...) e a execução do mecanismo deverá ser conduzida em consonância com o princípio da boa gestão financeira, nomeadamente a prevenção e a repressão eficazes de fraudes, incluindo a fraude fiscal, a evasão fiscal, a corrupção e os conflitos de interesses."[75]. No plano nacional, no âmbito do Mecanismo de Recuperação e Resiliência, enquadrado no *Next Generation UE,* para o período de 2021-2026[7677], foi implementada, através do Decreto-Lei n.º 29-B/2021, de 3 de maio, a "estrutura orgânica, estratégica e operacional relativa ao acompanhamento e implementação do PRR para Portugal, designadamente, das competências de gestão, monitorização, acompanhamento, avaliação, controlo e auditoria, nos termos do Regulamento (UE) 2021/241, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de fevereiro de 2021, que cria o MRR.".

74 Cf. Considerando 8 do Regulamento (UE) 2021/241 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de fevereiro de 2021 que cria o Mecanismo de Recuperação e Resiliência.
75 Cf. § Considerando 40.
76 Resolução do Conselho de Ministros n.º 97/2020.
77 Resolução do Conselho de Ministros n.º 98/2020.

2. Entidades responsáveis pelo controlo, auditoria e investigação da fraude com Fundos Europeus Estruturais e de Investimento

Segundo palavras de Ursula Von der Leyen, Presidente da Comissão Europeia, é importante "assegurar que o dinheiro do orçamento europeu e da próxima geração da União Europeia está protegido contra qualquer tipo de fraude, corrupção e conflitos de interesse"[78]. De facto, em Portugal, registaram-se, nos últimos anos, alguns casos de fraudes com fundos europeus, segundo dados da Polícia Judiciária[79], que totalizaram aproximadamente 2,3 mil milhões de euros, com especial foco na indústria e formação profissional, dados fornecidos pelo órgão de policia criminal com competência reservada para a investigação deste tipo de criminalidade que, em articulação com mais nove entidades responsáveis por ações de controlo, no plano nacional, Agência para o Desenvolvimento e Coesão, Ministério Público, Autoridades de Gestão dos Programas Operacionais, Inspeção-Geral de Finanças e o Tribunal de Contas Nacional, e no plano europeu, o Tribunal de Contas Europeu, a Comissão Europeia, a Procuradoria Europeia, o Organismo Europeu de Luta Antifraude e entidades privadas responsáveis por auditorias, assumem a responsabilidade de controlo e combate à fraude aos interesses financeiros da União Europeia, em matéria da aplicação dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento.

Ora, apesar de estarmos na presença de entidades diferenciadas, importa proceder à devida articulação entre as mesmas, visando uma plena eficácia na deteção "pró-ativa" da fraude. De facto, no plano europeu, compete à Comissão Europeia a definição de orientações e regras comuns à aplicação correta dos fundos europeus, em cumprimento das normas comuns dos regulamentos da União Europeia, e ao Tribunal de Contas o controlo da legalidade e a regularidade de todas as receitas e despesas, segundo uma principio de boa gestão financeira, bem como ser consultado em todas as medidas implementadas pelos legislador, em matéria de combate e prevenção aos interesses da União, de acordo com o artigo 325º, n.º4 do TFUE.

Ora, o controlo efetuado pelas duas entidades anteriormente mencionadas, terá que ser conjugado com a legislação nacional relativa aos procedimentos necessários para a sua correta aplicação e de acordo com os fins associados à utilização dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento. Definida a regulamentação obrigatória, surgem, nesta fase, diversas entidades com competências no

78 *Vide* Comissão Europeia, Estado da União 2020, Discurso do Estado da União 2020, "Construir o Mundo em que queremos viver: Uma união vital num mundo fragilizado", p.23, "A Comissão atribui a maior importância ao Estado de Direito. Por esta razão, garantiremos que o dinheiro do nosso orçamento e do *NextGenerationEU* seja protegido contra qualquer tipo de fraude, corrupção e conflito de interesses. Isto não é negociável", disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/state_of_the_union_pt.pdf [12.04.2021].

79 Cf. Jornal Expresso, disponível em https://expresso.pt/sociedade/2020-07-12-PJ-contabiliza-23-mil-milhoes-de-euros-em-fraudes-associadas-a-subsidios-europeus [12.04.2021].

controlo da aplicação dos fundos europeus, numa primeira fase, as autoridades de gestão dos programas operacionais, responsáveis pela validação das despesas efetuadas e realização de verificações de acompanhamento dos projetos desenvolvidos. Simultaneamente, compete à Agência para o Desenvolvimento e Coesão a implementação de ações de controlo dos projetos desenvolvidos, através de auditorias, bem como de implementar canais de tratamento e encaminhamento das denúncias de situações fraudulentas. Nestas situações, surge uma necessária colaboração entre os órgãos judiciais e policiais envolvidos, nomeadamente o Ministério Público e a Polícia Judiciária, através dos quais são desenvolvidas investigações criminais e o exercício da ação penal, surgindo, em determinadas situações, a criação de equipas mistas com especialistas da Agência para o Desenvolvimento e Coesão, estes com a missão de coadjuvação das entidades judiciais ou policiais ou através de protocolos de cooperação entre estas três entidades. Assim, para além dos mecanismos de análise e tratamento das denúncias envolvendo beneficiários dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento, surge uma atividade de cooperação, facto que permite condições para as autoridades de gestão, em articulação com a Agência de Desenvolvimento e Coesão e os órgãos judiciais e de investigação, realizar, simultaneamente, medidas administrativas e corretivas atempadas das situações irregulares ou fraudulentas.

A final, importa implementar mecanismos de articulação entre as diversas entidades envolvidas no controlo da execução dos FEEI, em tempo real, num primeiro momento, através da coordenação da Inspeção-Geral das Finanças e, posteriormente, pelas autoridades com competências em matéria criminal, evitando um grande desfasamento temporal entre a identificação da fraude e a efetiva intervenção das autoridades judiciárias ou policiais.

3. Avaliação do desempenho das autoridades de gestão dos programas operacionais

O Tribunal de Contas Europeu decidiu avaliar o desempenho das autoridades de gestão dos programas operacionais[80] na luta contra a fraude aos interesses financeiros da UE, através da "auditoria às diversas[81] autoridades de gestão dos programas operacionais financiados pelos três principais Fundos Europeus Estruturais e de Investimento (FEEI) no que diz respeito à política de coesão da UE: o FC[82], o

80 O Decreto-Lei n.º 137/2014, de 12 de setembro, estabelece o modelo de governação dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento (FEEI), para o período 2014-2020, bem como a estrutura orgânica relativa ao exercício, designadamente, das competências de apoio, monitorização, gestão, acompanhamento e avaliação, certificação, auditoria e controlo, nos termos do Regulamento (UE) n.º 1303/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro.

81 Em Portugal, existem várias Autoridades de Gestão dos Programas Operacionais, cf. informação disponível para consulta em https://www.compete2020.gov.pt/links [02.05.2021].

82 Fundo de Coesão (FC).

FSE[83] e o FEDER[84]."[85], motivo pelo qual a atividade dos organismos de investigação, ação penal e judiciais não foram alvo de avaliação, apenas a atividade de cooperação desenvolvida das autoridades de gestão com estes organismos. De referir ainda que, conforme estabelecido no n.º 1 e 8 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 137/2014, de 12 de setembro, as autoridades de gestão são as entidades responsáveis pela gestão, acompanhamento e execução dos respetivos programas operacionais, as quais assumem a natureza de estruturas de missão e são criadas por Resolução do Conselho de Ministros. A estratégia antifraude e do processo de gestão de risco, designadamente de fraude, é determinada nas orientações da Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P.[86] e Comissão Europeia[87]. Por fim, "os princípios e procedimentos inerentes à estratégia antifraude e ao processo de gestão do risco encontram-se definidos nas Descrições de Sistemas de Gestão e Controlo e Manuais de Procedimentos de cada um dos Programas"[88].

De acordo com o relatório n.º 6/2019 do Tribunal de Contas Europeu, com base na realização de uma auditoria à atividade das autoridades de gestão nos Estados-Membros, nas diferentes fases de gestão antifraude, nomeadamente a prevenção, deteção e resposta à fraude, foi possível apurar que, apesar do esforço desenvolvido nas estratégias de prevenção e avaliação dos riscos de fraude e cooperação com outros organismos da luta antifraude, os progressos na deteção "pró-ativa" não tem sido eficaz, existindo um número deficitário de casos identificados e comunicados. Aliás, o Tribunal constatou que, no período da programação 2007-2013, a taxa de deteção da fraude, situada entre 0% e 2,1%[89], no período compreendido entre 2007-2013, não é representativa do nível de fraude efetivamente detetado nos Estados-Membros visitados, existindo casos que os casos identificados não são comunicados às autoridades competentes.

Em matéria de dissuasão, a estratégia passa pela ameaça de retirada do financiamento europeu, em detrimento de sanções ou penalizações, facto que permite concluir por uma intervenção ocasional dos organismos de investigação ou ação penal para apreciação das infrações verificadas, muito devido à falta de comunicação das autoridades de gestão. No período compreendido entre 2013 e 2017, "a

83 Fundo Social Europeu (FSE).
84 Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER).
85 *Vide* Tribunal de Contas Europeu, Relatório Especial n.º 6/2019, "Combater a fraude nas despesas da coesão da UE: as autoridades de gestão têm de reforçar a deteção, a resposta e a coordenação", de 20 de maio de 2019, p.15, disponível em https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR19_06/SR_FRAUD_COHESION_PT.pdf [12.04.2021].
86 Cf. Agência de Desenvolvimento e Coesão, Norma n.º 4/AD&C/2014, de 23 de abril de 2015, disponível em https://www.adcoesao.pt/sites/default/files/norma-04-2015_2015.04.23.pdf [12.04.2021].
87 Cf. Comissão Europeia, Fundos Europeus Estruturais e de Investimento, Orientações para os Estados-Membros e as Autoridades do Programa Avaliação do risco de fraude e medidas antifraude eficazes e proporcionadas, de 16 de junho de 2014, disponível em https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_fraud_risk_assessment_pt.pdf [16.6.2014].
88 Cf. PO ISE e do PO APMC, A Estratégia Antifraude do PO ISE e do PO APMC", Reunião Think Thank, de 2021/05/25, disponível em https://thinktank-fundosue.ministeriopublico.pt/sites/default/files/2021-06/apresentacao_po_ise_think_tank_25-05-2021_vs-20-05-2021.pdf [19.06.2021].
89 Comissão Europeia, Anexo estatístico do relatório PIF de 2017, p. 93.

comissão e os Estados-Membros identificaram mais de 4000 irregularidades potencialmente fraudulentas. O apoio da UE afetado por estas irregularidades ascendeu a quase 1,5 mil milhões de euros, 72% dos quais diziam respeito à política de coesão da UE."

Atendendo aos factos anteriormente mencionados, o Tribunal de Contas Europeu desenvolveu várias recomendações, nomeadamente (i) implementação de uma estratégia nacional de luta contra a fraude aos interesses financeiros da União Europeia[90]; (ii) participação de entidades externas no processo de avaliação do risco de fraude; (iii) Comissão deve agilizar pela acompanhamento do processo de luta contra a fraude; (iv) utilização dos instrumentos de análises de dados[91] e mais eficácia na deteção "pró-ativa" da fraude; (v) aumento da capacidade de coordenação da AFCOS[92] dos Estados-Membros.

Em respeito pelo princípio da subsidiariedade, os Estados-Membros definem a sua estratégia para defesa dos interesses financeiros da União. No entanto, equaciona-se, para o período 2021-2027, a implementação de "funções mínimas a assegurar pelos serviços de coordenação antifraude", como forma de garantir a eficácia do combate à fraude, através da definição da obrigatoriedade de recurso a instrumentos de análise de dados e estratégias nacionais antifraude, em oposição ao verificado em diversos Estados-Membros, nomeadamente a existência de documentos de gestão e manuais de procedimentos dispersos, contrário às orientações da Comissão Europeia. Por outro lado, a obrigatoriedade de aplicação de sanções e penalizações efetivas aos infratores[93].

Os factos elencados até ao momento, parecem evidenciar a necessidade de definição de estratégias de uma prevenção ou investigação "pró-ativa" da fraude. Para este feito, poderão ser realizadas diversas ações, como por exemplo, a implementação de "mecanismos de deteção de conluio nos contratos públicos, incluindo a análise semântica das propostas recebidas ou a deteção de padrões de proposta anormais"[94], a criação de mecanismos de proteção dos denunciantes de factos violadores do interesses financeiros da União Europeia, através da recente Diretiva (UE) 2019/1937, relativa à proteção das pessoas que denunciem violações do direito da União, a ser transposta para os ordenamentos jurídicos nacionais até ao dia 17 de dezembro de 2021. Para além dos instrumentos

90 "Existem estratégias nacionais antifraude em dez dos 28 Estados-Membros: Bulgária, República Checa, Grécia, França, Croácia, Itália, Letónia, Hungria, Malta e Eslováquia. A Roménia também possui uma estratégia, mas que se encontra desatualizada (fonte: relatório PIF de 2017, p. 12). Os Estados-Membros que não instituíram uma estratégia nacional são: Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Estónia, Irlanda, Espanha, Chipre, Lituânia, Luxemburgo, Países Baixos, Áustria, Polónia, Portugal, Eslovénia, Finlândia, Suécia e Reino Unido.", Relatório n.º6 /2019, do Tribunal de Contas Europeu, p.19.

91 Relativamente às ferramentas disponíveis, a DAISY é utilizada por departamentos da Comissão e a ARACHNE disponibilizada às autoridades de gestão dos Estados-Membros.

92 A Inspeção-Geral de Finanças detém a atribuição de Serviço de Coordenação Antifraude (Anti-Fraud Coordination Service – AFCOS), em Portugal, por designação da Senhora Ministra de Estado e das Finanças, através do Despacho nº 07/14/MEF, de 10 de janeiro de 2014.

93 Cf. Relatório n. °6/2019, do Tribunal de Contas Europeu, pp.5-6.

94 Cf. Relatório n. °6/2019, do Tribunal de Contas Europeu, p.26.

anteriormente mencionados, o recurso a ferramentas de avaliação de risco disponibilizadas pela Comissão Europeia, como por exemplo, o recurso ao sistema ARACHNE[95], ferramenta que, segundo elementos apurados pelo Tribunal de Contas Europeu, é manifestamente subutilizado pelas autoridades de gestão.[96]

De forma complementar aos factos elencados até ao momento, o Tribunal de Contas Europeus concluiu que, maioritariamente, as irregularidades foram detetadas através de "verificações no local realizadas pelas autoridades do programa, seguidas da comunicação por organismos de investigação ou de ação penal, o que sugere que estas são as formas mais eficazes de deteção de fraude na utilização dos fundos da coesão."[97] No entanto, em termos de valor, a deteção da fraude é significativamente maior quando detetada por órgãos de investigação ou ação penal ou através dos meios de comunicação social.

Assim, em matéria de deteção "pró-ativa" da fraude, será fundamental uma coordenação entre as autoridades de gestão e os órgãos de investigação ou ação penal. No entanto, o Tribunal de Contas Europeu identificou vários casos de inexistência de comunicação, aliás, a título de exemplo, constatou que as autoridades de gestão espanholas não possuem instruções ou procedimentos obrigatórios para comunicar qualquer suspeita de fraude e, na Grécia, não comunicaram nenhuma das suspeitas de fraude identificadas às autoridades de investigação e ação penal, conclusão retida a partir da amostra recolhida. Ademais, nas comunicações efetuadas, verificou-se a existência de casos em que os órgão de policia criminal e os procuradores do Ministério Público recusaram a abertura de investigações criminais, uma vez que é da competência das Autoridades de Gestão, atendendo à especificidade da matéria em apreço, com serviços especializados e capacidade jurídica para avaliar se determinado facto poderá ter ocorrido, em violação dos procedimentos ou regras estabelecidas por determinado Programa Operacional.[98]

De facto, atendendo ao já mencionado, parece tratar-se matéria relevante quanto ao desenvolvimento de estratégias de deteção "pró-ativa" da fraude, pois a eficácia do controlo realizado pelas autoridades de gestão, com identificação de situações irregulares ou ilícitas e a implementação de canais de cooperação, permitirão uma resposta mais atempada das entidades envolvidas, nomeadamente dos órgãos de investigação criminal e judiciais, principalmente ao nível da recolha de

95"Ferramenta específica de extração de dados/avaliação do risco que cria, com base nos dados fornecidos pelas autoridades de gestão, uma base de dados exaustiva dos projetos. Enriquece estes dados com informações de domínio público, a fim de identificar com conjunto de indicadores de risco, os projetos os beneficiários, os contratos e os contraentes suscetíveis de acarretar riscos de fraude, conflitos de interesse e irregularidades. A ARACHNE identifica mais de uma centena de indicadores de risco, que são agrupados em sete categorias de risco, como concursos públicos, gestão de contratos, elegibilidade, desempenho, concentração, alertas de reputação e de fraude", vide Comunicação da Comissão Europeia, relativamente a orientações para a prevenção e gestão de conflitos de interesses no quadro do Regulamento Financeiro (2021/C 121/01), p.36.
96 Cf. Relatório n. °6/2019, do Tribunal de Contas Europeu, p.29.
97 Cf. Relatório n. °6/2019, do Tribunal de Contas Europeu, p.33.
98 Cf. Relatório n. °6/2019, do Tribunal de Contas Europeu, p.39.

prova e da recuperação dos ativos económicos resultantes da prática do crime. No entanto, importa salientar que as autoridades de gestão dos programas operacionais são pressionadas para cumprir com níveis pré-determinados de execução dos Fundos Europeus Estruturais e Investimento, facto que origina uma pressão adicional nos operadores das autoridades de gestão. Consequentemente, concentrará os seus esforços nesta vertente, fator fundamental para a avaliação da atividade de determinada autoridade de gestão ou organismo intermédio, facto que, naturalmente, levará a uma simplificação ou disponibilização de um menor número de recursos para a análise dos procedimentos exigidos à execução de determinados fundos europeus, visando a prioridade colocada na celeridade da execução dos programas e, principalmente, cumprir com os objetivos definidos[99], o que poderá fragilizar a identificação de situações irregulares ou ilícitas, em fases iniciais das operações com fundos europeus, que poderiam criar condições para investigações pró-ativas, mais próximas da ocorrência dos factos ilícitos, objetivamente, uma prevalência da execução relativamente à prevenção, determinada por fatores económicos.

Por último, as autoridades de gestão, mantendo a função de supervisão, delegam nos organismos intermédios, entidades públicas ou privadas, a gestão de determinadas tipologias de incentivos, delegação motivada por fatores de proximidade ou conhecimento privilegiado das caraterísticas empresariais de determinada área territorial. No entanto, esta proximidade com as diversas entidades empresariais (ex. associações empresariais) de determinada área, pode criar conflitos de interesse ou "um conjunto de circunstâncias propicias à ocorrência de situações de fraude", uma vez que ficam com a competência de controlo e gestão de todas as operações relacionadas com projetos cofinanciados com fundos europeus[100].

4. Tribunal de Contas

Relativamente ao Tribunal de Contas, cabe a responsabilidade pelo controlo e auditoria dos fundos públicos nacionais e fiscalização dos fundos financeiros oriundos da União Europeia, conforme estabelecido na alínea f), n.º 1, do artigo 5.º da Lei n.º 98/97, de 26 agosto, através da fiscalização prévia, auditoria e apreciação da gestão financeira, realizando, para esse efeito, recomendações às

99 Neste sentido, Ana Mendes de Almeida, Conferência temas de Direito Penal e Processo Penal "Fundos Estruturais e Criminalidade Conexa - contributo para uma abordagem multidisciplinar: um desafio", Centro de Estudos Judiciários, 10 de março de 2017, disponível em https://educast.fccn.pt/vod/clips/1ltfb8c97h/desktop.mp4?locale=pt [20.6.2021].
100 Ana Mendes de Almeida, Conferência temas de Direito Penal e Processo Penal "Fundos Estruturais...".

entidades gestoras e responsáveis pela aplicação dos recursos financeiros e penalizando financeiramente os responsáveis pelas infrações detetadas, salvaguardando, para os tribunais judiciais e administrativos, as matérias que possam entrar nas suas jurisdições.

Assim, é de considerar que o Tribunal de Contas possa ter uma importância acrescida no desenvolvimento de respostas à gestão do risco de fraude na União Europeia, nomeadamente pela implementação de uma estratégia mais eficaz no sancionamento e recuperação de fundos europeus indevidamente utilizados, através das intervenções jurisdicionais mais céleres do Tribunal de Contas, sempre que estivermos perante uma infração financeira, prevista na aliena i), n.º 1, do artigo 65.º da Lei n.º 98/96, de 26 de agosto. Esta estratégia está em conformidade com a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024, que apresenta como medidas a implementar para o Tribunal de Contas o reforço das competências de fiscalização e responsabilização financeira junto da Administração Pública, através da atualização do valor de dispensa de fiscalização, bem como pelo alargamento da intervenção de fiscalização e responsabilização a "entidades cuja atividade seja maioritariamente financiada por dinheiros públicos ou que estejam sujeitas ao controlo de gestão pública e da sujeição de pessoas coletivas ao regime de responsabilidade financeira"[101], com especial foco na regularidade da aplicação dos fundos europeus. Neste sentido, a recente Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, veio trazer ao Tribunal de Contas um papel acrescido no controlo e fiscalização das verbas disponibilizadas através dos vários programas operacionais dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento, a qual veio implementar o requisito legal de que os concursos celebrados na sequência de procedimentos de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação simplificados, com valor superior ao estipulado no artigo 48.º da Lei n.º 98/97 ficam sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Constas, enquanto os de valor inferior devem ser remetidos por meio eletrónico para o "Tribunal de Contas para efeitos de fiscalização concomitante, até 10 dias após a respetiva celebração e acompanhados do respetivo processo administrativo."[102]. Segundo JOSÉ TAVARES, Presidente do Tribunal de Contas, no âmbito do lançamento de uma conferência coorganizada pelo Tribunal de Contas de Portugal e Tribunal de Contas Europeu, sob o tema "Fundos Europeus: Gestão, Controlo e Responsabilidade "destaca a necessidade de "[investir] na qualidade da organização e no planeamento, bem como na eficiência da gestão, incluindo o controlo interno (...) não criar estruturas e instituições sobrepostas que dificultam o bom funcionamento do sistema e traduzem desperdício e burocracia (...) um quadro normativo claro, procedimentos de contratação com recurso ao mercado, gestão eficiente e eficaz, contas certas, controlo

101 Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020-2024, p.72.
102 Cf. Artigo n. °10, n.º 1 e 2, da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

adequado e responsabilização efetiva (...) tenho por base a experiência de anteriores quadros financeiros plurianuais e sempre no respeito pelo princípio da separação de poderes"[103].

Em suma, espera-se um papel mais interventivo do Tribunal de Contas no controlo e fiscalização dos fundos da União Europeia, através da alteração legislativa realizada. No entanto, de acordo com JOSÉ MOURAZ LOPES, o Tribunal de Contas necessita de uma reformulação do seu quadro normativo, uma vez que "é necessário uma revisão do regime substantivo de forma a torná-lo mais eficaz e efetivo", bem como uma maior eficácia e articulação nos trabalhos de auditoria realizados pelos órgãos de controlo interno das mais diversas áreas que permitam a "identificação de patologias que podem levar à responsabilidade financeira", bem como "adequar as prioridades de auditorias a realizar, evitando sobreposições ou acumulações, tornando-as mais eficazes"[104]. Desta forma, exige-se ao Tribunal de Contas, como Instituição Superior de Controlo (ISC), e de acordo com um dos maiores desígnios do Plano de Recuperação para a Europa, a sua transformação digital com o objetivo de maximizar a sua atividade de controlo dos fundos europeu, com uma consequente alteração nos procedimentos de auditoria, resultante das novas competências digitais, que permitam uma maior eficácia e eficiência no exercício do controlo externo, principalmente nas suas funções de fiscalização e auditoria, acompanhando o progresso tecnológico atual[105]. De facto, segundo JORGE FONSECA ALMEIDA, "a digitalização do processo de atribuição de subsídios, o uso de algoritmos inteligentes e o cruzamento de dados, nomeadamente com os registos contabilísticos, são uma importante ferramenta que permite, por um lado, prevenir muitas situações antes da fraude se consumar e, por outro lado, a identificação de criminosos após o ato."[106]

De facto, uma atuação preventiva eficaz, através da realização da fiscalização prévia, concomitante ou sucessiva, poderia trazer resultados relevantes na prevenção à criminalidade económico-financeira. No entanto, a regra é a realização de uma fiscalização posterior à prática dos factos, em detrimento do combate proativo, facto representativo da atual estrutura organizativa do Tribunal de Contas, composto por um "departamento de controlo prévio e um de concomitante para

103 Tribunal de Contas, disponível em https://www.tcontas.pt/pt-pt/MenuSecundario/Noticias/Pages/n20210409-1.aspx?fbclid=IwAR26vU9MSC1Se3ZfE06Prs8IKXVOfJNcrAzn1vEEHanZ405yyaKNBKSD1K4 [01.06.2021].

104 Cf. José Mouraz Lopes, Corrupção, O Labirinto do Minotauro, Almeida, Coimbra, 2020, pp.110-111.

105 Relativamente a esta matéria, *vide* Mário Tavares da Silva, "A transformação digital e o controlo externo dos dinheiros públicos – A sua importância na prevenção da fraude na utilização dos Fundos Europeus", *in* António João Maia (Coord.), Riscos de Fraude e Corrupção no Programa de Financiamento Europeu: Reflexões e Alertas, Coimbra, Almedina,2021, pp. 63-118.

106 Cf. Jorge Fonseca de Almeida, "Subsídios para uma estratégia nacional contra a corrupção", *in* António João Maia (Coord.), Riscos de Fraude e Corrupção no Programa de Financiamento Europeu: Reflexões e Alertas, Coimbra, Almedina,2021, pp. 201-225.

nove departamentos de auditoria (...) conclui-se que a estrutura prévia é um parente pobre da auditoria e da efetivação de responsabilidades"[107].

5. Procuradoria Europeia

A complexidade das investigações criminais, associada às exigências de cooperação e diferenças nos diversos ordenamentos jurídicos-penais dos Estados-Membros, motivou a criação da Procuradoria Europeia, instituição que não estará dependente dos tradicionais instrumentos de cooperação, facto que se espera permitir investigações mais eficazes e céleres. Tendo como base jurídica o n. º1 do artigo 86.º do TFUE, após a aprovação do Tratado de Lisboa, foi publicado o Regulamento da Procuradoria Europeia[108], no dia 31 de outubro de 2017, com a participação de vinte e dois Estados-Membros, através de um regime de cooperação reforçada.

Desta forma, "nos termos do artigo 120.º, n.º 2, primeiro e quarto parágrafos, do Regulamento (UE) 2017/1939, a Procuradoria Europeia exerce a sua competência relativamente às infrações que sejam da sua competência, cometidas após 20 de novembro de 2017 ou, no caso dos Estados-Membros que aderiram à cooperação reforçada por força de decisão adotada em conformidade com o artigo 331.º, n.º 1, do TFUE, a partir da data indicada na decisão em causa."[109], assumindo definitivamente funções de investigação e ação penal a partir do dia 1 de junho de 2021[110].

Realizada uma análise reflexiva relativa à possível eficácia da Procuradoria Europeia, importa referir que, ao nível material, com a base legal do artigo 83.º, n.º2, do TFUE, a Procuradoria Europeia tem as competências previstas nos artigos 22.º a 25.º do Regulamento da Procuradoria Europeia, conjugado com a Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal, nas quais estão incluídas, para além de outras infrações penais conexas[111], a corrupção e as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União Europeia, com especial relevância para a matéria aqui em apreço, a fraude relativa às despesas com contratação pública, o crime de apropriação ilegítima e a

107 Cf. Carlos Alberto Casimiro Nunes, "O combate preventivo à corrupção e ao branqueamento das vantagens ilicitamente obtidas", ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.157.
108 Diretiva (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017.
109 Cf. Considerando n.º 15 Decisão de Execução (UE) 2021/856 da Comissão de 25 de maio de 2021 relativa à determinação da data em que a Procuradoria Europeia assume as suas funções de investigação e ação penal.
110 Cf. Artigo n.º 1 da Decisão de Execução (UE) 2021/856 da Comissão de 25 de maio de 2021.
111 *Vide* Artigo 25.º, n. º3, alínea a) do Regulamento da Procuradoria Europeia

extensão do conceito de funcionário. Neste ponto, importa referir que poderá ser matéria de diversas divergências relativas à correta transposição das disposições da Diretiva PIF para os ordenamentos jurídicos nacionais, facto que pode provocar algumas lacunas ou contradições na legislação nacional e assimetrias no exercício da ação penal pela Procuradoria Europeia, claramente dependente da eficácia da transposição da Diretiva PIF pelos Estados-Membros. Por outro lado, ao nível da harmonização, a Diretiva PIF também ficou aquém do previsto para as sanções máximas, prazos de prescrição e responsabilidade criminal das pessoas coletivas[112].

Em conformidade com o artigo 30.º do Regulamento da Procuradoria Europeia, "nos casos em que a infração objeto de investigação seja punível com uma pena privativa de liberdade máxima não inferior a quatro anos", a Procuradoria Europeia, com recurso aos tribunais nacionais, poderá recorrer às medidas de investigação previstas neste artigo, como por exemplo, buscas, apreensão de instrumentos ou produtos do crime, intercetar comunicações eletrónicas, mas condicionadas ao direito nacional aplicável, cf. n.º 2 a 5 do mesmo artigo. No entanto, estas medidas de investigação podem suscitar algumas questões relativamente à admissibilidade das provas obtidas em ordenamentos jurídicos externos, com regimes processuais específicos[113], cuja fiscalização da legalidade é exercida pelos tribunais nacionais. Por sua vez, cabe aos tribunais europeus o controlo dos atos praticados pelas entidades europeias, conforme estabelecido no artigo 36.º do Regulamento da Procuradoria Europeia. Ademais, colocam-se igualmente algumas questões relativamente aos ilícitos criminais associados ou complementares à infração principal, atendendo aos critérios definidos no artigo 25.º, n. º3, alínea a) do Regulamento da Procuradoria Europeia, de acordo com critérios de gravidade ou instrumentalização do crime em apreço.

Em suma, de acordo com MARGARIDA SANTOS, "os desafios e complexidades que a intervenção penal (nacional e da União Europeia) enfrenta no momento presente são inúmeras, e caem em diferentes domínios (institucionais, processuais e substantivos), cobrindo temáticas como as relacionadas com a estrutura da Procuradoria Europeia e sua interseção com os sistemas nacionais, as do exercício da ação penal, do controlo judiciário e da intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia e as da própria definição do âmbito material de atuação da Procuradoria Europeia".[114]

112 Neste sentido, Margarida Santos, "A implementação da Procuradoria Europeia – a emergência de um modelo de intervenção penal entre a cooperação e a integração penal?" Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 999-1033.
113 Neste sentido, Chloé Brière, "Procedural Issues Under EPPO´S Legislative Framework", *In* Margarida Santos, Mário Ferreira Monte e Fernando Conde Monteiro (coord.), Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia. Braga, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos e Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, pp.97-134.
114 Cf. Margarida Santos, "A implementação da Procuradoria Europeia ...", p. 1026.

6. Organismo Europeu de Luta Antifraude

O Organismo Europeu de Luta Antifraude é responsável pela realização de inquéritos administrativos, relativos a eventuais infrações que lesem os interesses financeiros da União Europeia, como por exemplo, casos de fraude e corrupção que envolvam Fundos Europeus Estruturais e Investimento, tendo como objetivo de salvaguardar a sua correta aplicação e para os fins previamente determinados, bem como definir uma politica antifraude na União Europeia, em articulação com as entidades dos Estados-Membros, sendo a principal entidade com competências de deteção, controlo e prevenção da fraude e corrupção com fundos europeus.

Na sequência de controlos[115] ou auditorias realizadas pelas entidades responsáveis pela gestão dos fundos ou mesmo através de denúncias, o OLAF tem conhecimento de determinadas situações de irregularidades ou fraude, sendo sua competência a avaliação dos factos denunciados e determinar as formalidades subsequentes, ou seja, se existem motivos para iniciar um inquérito. Os inquéritos podem ser internos " inquéritos administrativos dentro das instituições e organismos europeus para detetar casos de fraude, corrupção ou outras atividades ilegais que sejam lesivos dos interesses financeiros da União Europeia, incluindo factos graves relacionados com o exercício de atividades profissionais" ou externos " inquéritos administrativos fora das instituições e organismos europeus para detetar casos de fraude ou outros comportamentos irregulares por parte de pessoas singulares ou coletivas" ou processos de coordenação nos quais o "OLAF contribui para inquéritos conduzidos por autoridades nacionais ou outros serviços da UE facilitando a recolha e troca de informações e contactos"[116]. Finalizados os inquéritos, existindo elementos juridicamente relevantes, solicita-se, juntas das autoridades nacionais, a abertura de inquéritos penais ou outras medidas, nas quais o OLAF acompanha o desenvolvimento dessas ações.

De acordo com o relatório de atividades de 2019, o OLAF concluiu 181 inquéritos, tendo dirigido 254 recomendações às autoridades competentes dos Estados-Membros e da UE (...) recomendou a recuperação de mais de 485 milhões de EUR para o orçamento da EU (...) deu início a 223 novos inquéritos", tendo identificado, em matéria de inquéritos antifraude, as tendências de "conluio e manipulação de contratos públicos (...) mecanismos transfronteiriços que tornam mais difícil a sua

115 Cf. Regulamento (Euratom, CE) nº 2185/96 do Conselho de 11 de novembro de 1996 relativo às inspeções e verificações no local efetuadas pela Comissão para proteger os interesses financeiros das Comunidades Europeias contra a fraude e outras irregularidades.
116 Cf. Comissão Europeia, disponível em https://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/mission_ptN [03.06.2021].

deteção (...) focalização frequente em projetos em países terceiros"[117][118]. Por sua vez, no relatório de atividades de 2020, "o OLAF concluiu 230 inquéritos, tendo dirigido 375 recomendações às autoridades competentes dos Estados-Membros e da UE (...) recomendou a recuperação de 293,4 milhões de EUR para o orçamento da UE (...) abriu 290 novos inquéritos, na sequência de 1 098 análises preliminares realizadas pelos seus peritos". Relativamente às "tendências de atividade fraudulentas", verificaram que ocorreram principalmente em matéria relacionada com "conflitos de interesses e conluio entre beneficiários e contratantes, em especial no domínio dos contratos públicos (...) faturas falsas ou inflacionadas, corrupção e conflitos de interesses que visam o financiamento da agricultura e do desenvolvimento rural, muitas vezes associados a branqueamento de capitais (...) fraudes no financiamento da investigação"[119][120].

A implementação da Procuradoria Europeia veio trazer a necessidade de definição de novos formalismos de cooperação com o Organismo Europeu de Luta Antifraude, motivo pelo qual surgiu o Regulamento (UE, Euratom) 2020/2233 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de dezembro de 2020, que altera o Regulamento (UE, Euratom) 883/2013 no que respeita à cooperação com a Procuradoria Europeia e à eficácia dos inquéritos do Organismo Europeu de Luta Antifraude.

Conforme já mencionado, o Organismo Europeu de Luta Antifraude "realiza inquéritos administrativos relativos tanto a irregularidades administrativas como a condutas criminosas. No final dos seus inquéritos, o Organismo pode formular recomendações judiciais dirigidas aos ministérios públicos nacionais, para que possam deduzir acusações e instaurar ações penais. Nos Estados-Membros participantes na Procuradoria Europeia, o Organismo passará a comunicar à Procuradoria Europeia as suspeitas de infração penal e a colaborar com ela no contexto das investigações da Procuradoria

117 Cf. OLAF, comunicado de imprensa n.º 25/2020 do OLAF, de 10 de setembro, disponível em https://ec.europa.eu/anti-fraud/media-corner/news/10-09-2020/olaf-2019-investigations-stop-fraud-across-borders-and-sectors_pt?qt-events_and_twitter= [03.06.2021]

118 Cf. § "O relatório hoje publicado mostra a grande variedade de mecanismos de fraude revelados pelos inquéritos do OLAF concluídos em 2019. Por exemplo, foi recomendada a recuperação de um montante de 3,3 milhões de EUR após o OLAF ter desvendado uma tentativa complexa de comprometer um processo de concurso para a aquisição de máquinas de tricotar financiadas pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional. Os compradores e fornecedores tinham concluído acordos em conluio em quatro projetos diferentes financiados pela UE para vender e comprar máquinas a um preço inflacionado e desviar dinheiro dos fundos da UE e depois branqueá-lo. Também em 2019, o OLAF concluiu um inquérito com a recomendação de recuperar quase 1,5 milhões de EUR que estavam destinados a prestar ajuda de emergência a civis afetados pelo conflito na Síria, mas que, em vez disso, foram embolsados por antigos funcionários de uma ONG através de um mecanismo fraudulento sofisticado.".

119 Cf. OLAF, comunicado de imprensa n.º12/2021, de 10 de junho, disponível em https://ec.europa.eu/anti-fraud/media-corner/news/10-06-2021/olaf-2020-stopping-fraud-keeping-europeans-safe_pt [19.06.2021].

120 Cf. § "Tal como em anos anteriores, uma das principais tendências identificadas pelo OLAF em 2020 foi a manipulação, pelos autores de fraudes, da adjudicação de contratos e de concursos públicos, com o objetivo de desviar fundos da UE. Os mecanismos de fraude abrangem frequentemente vários Estados-Membros da UE e envolvem esquemas complexos de branqueamento dos lucros ilícitos. Num caso que envolvia a Roménia, a Itália, a Bélgica e a Espanha, o OLAF recomendou a recuperação de 25 milhões de EUR. Os fundos destinados a infraestruturas rodoviárias foram branqueados através de empresas interligadas e de pagamentos por serviços fictícios — tendo desde logo sido atribuídos mediante ligações que o OLAF considerou suspeitas com as autoridades nacionais. Outros exemplos podem ser encontrados no relatório anual e incluem a fraude orientada para a investigação, a agricultura, o desenvolvimento rural e os fundos sociais. Em alguns casos, o OLAF descobriu como beneficiaram dos fundos da UE de forma fraudulenta com base em documentos falsificados, estando muitos também associados com o branqueamento de capitais.".

Europeia"[121]. No final do processo, devem os Estados-Membros transmitir ao OLAF a decisão final das autoridades judiciárias nacionais.

O Organismo de Luta Antifraude continuará com os inquéritos administrativos[122], em regime de complementaridade[123] com a Procuradoria Europeia, baseada no princípio da cooperação leal. As limitações do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF) ou a Unidade Europeia de Cooperação Judiciária (Eurojust) na abertura de investigações ou ações penais nos Estados-Membros são colmatadas pela existência da Procuradoria Europeia, sendo agora possível proceder à ação penal nos ordenamentos jurídicos nacionais, através de um órgão independente da União Europeia, organizado a nível central e local nos Estados-Membros, tendo em vista a salvaguarda dos interesses financeiros da União Europeia. O OLAF será um canal privilegiado de recolha de informação da Procuradoria Europeia, atendendo às suas competências de realização de inquéritos administrativos, devendo informar, em qualquer fase do inquérito, a existência de indícios da prática de factos criminosos da competência exclusiva da Procuradoria Europeia, de forma célere, devendo ser estabelecidos mecanismos de intercâmbio de informações entre os dois organismos. De facto, a célere abertura de investigações através da determinação de prazos vinculativos, complementada por exigências de troca de informações, orientadas por um princípio de complementaridade e diminuição de sobreposição de esforços, permitirá investigações pró-ativas e, provavelmente, aumentar a sua eficácia.

Ademais, a abertura do processo penal pela Procuradoria Europeia não impede que o OLAF também proceda da mesma forma, por estritas razões relacionadas com medidas cautelares, como por exemplo, a recuperação dos montantes disponibilizados pela União Europeia, com prazos de prescrição específicos, por norma, inferiores aos prazos penais. De facto, de acordo com o estipulado no artigo n.º3, n.º 1, do Regulamento (CE, Euratom) nº 2988/95 do Conselho, "O prazo de prescrição do procedimento é de quatro anos a contar da data em que foi praticada a irregularidade", nos casos de irregularidades continuadas ou repetidas o prazo corre a partir do momento em que cessou a irregularidade e, por último, no âmbito dos programas plurianuais o prazo decorre até ao término definitivo do programa[124].

121 Cf. Considerando 2 do Regulamento (UE, Euratom) n.º 2233/2020 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de dezembro de 2020, que altera o Regulamento (UE, Euratom) n.º 883/2013 no que respeita à cooperação com a Procuradoria Europeia e à eficácia dos inquéritos do Organismo Europeu de Luta Antifraude.
122 Artigo 1.º, n.º 4, do Regulamento (UE) n.º 883/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de setembro de 2013.
123 Artigo 101.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 1393/2017 do Conselho, de 12 de outubro de 2017.
124 Cf. artigo n.º 3, n.º 1, 2º parágrafo do Regulamento (CE, Euratom) nº 2988/95 do Conselho, de 18 de Dezembro de 1995, relativo à proteção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias.

No entanto, por regra, não devem decorrer, simultaneamente, inquéritos administrativos e penais pelos mesmos factos[125].

As alterações efetuadas ao Regulamento (UE, Euratom) 2013/883 continuam a suscitar algumas questões relativas à "realização de inspeções e verificações no local, a possibilidade de aceder a informações de contas bancárias, ou a admissibilidade, como prova nos processos administrativos ou judiciais, dos relatórios sobre processos elaborados pelo Organismo."[126], zelando pelo cumprimento das garantias processuais aplicáveis aos inquéritos[127]. Por outro lado, a relação entre o OLAF e a Procuradoria Europeia coloca algumas questões, uma vez que (i) o OLAF é um organismo administrativo, ao passo que a Procuradoria Europeia exerce as suas funções do exercício transnacional da ação penal, sujeitas naturalmente a garantias processuais mais exigentes. Assim, as provas recolhidas pelo OLAF e utilizadas pela Procuradoria Europeia poderão não ser admissíveis nos tribunais nacionais[128]; (ii) dúvidas quanto ao papel do OLAF na cooperação com a Procuradoria Europeia quando em causa investigações penais lesivas dos interesses financeiros da União Europeia, mas, em simultâneo, com Estados-Membros participantes e não participantes na Procuradoria Europeia[129]; (iii) controlo jurisdicional dos atos processuais realizados pelo OLAF em nome da Procuradoria Europeia[130].

No acórdão do TJUE, de 3 de maio de 2018, no processo T-48/16, Sigma Orionis SA/Comissão Europeia, relativo a "comportamentos que consistiram na manipulação de fichas horárias e concessão de salários excessivos que lhe permitiram financiar atividades não elegíveis e infringir o princípio do «sem fins lucrativos» em prejuízo do orçamento e da imagem da União"[131], o Tribunal pronunciou-se pela validade da prova recolhida pelo OLAF, nas seguintes circunstancias: o recorrente alegou que o "(...) artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais foi violado porquanto as inspeções e verificações no local foram efetuadas pelo OLAF sem que os seus inspetores se fizessem acompanhar por elementos da polícia nacional, sem ter sido informada de que dispunha do direito de se opor a essas operações e sem terem sido previamente autorizadas por um órgão jurisdicional nacional", ao que o Tribunal decidiu que "(...)as regras aplicáveis a essas operações não obrigam, nas circunstâncias do presente caso, os inspetores do OLAF a ser acompanhados por membros da polícia nacional e que essas regras não conferem aos operadores económicos, nomeadamente à recorrente, o direito de se opor a essas

125 Cf. Considerando 9 do Regulamento (UE, Euratom) n.º 2233/2020.
126 Cf. Considerando 15 do Regulamento (UE, Euratom) n.º 2233/2020.
127 Regulamento (UE, Euratom) n.º 883/2013 e Regulamento (Euratom, CE) n.º 2185/96 do Conselho.
128 Cf. ponto n.º 23 do Parecer n.º 8/2018 do Tribunal de Contas da União Europeia.
129 Ibidem.
130 Ibidem.
131 Cf. ponto 124 do acórdão do TJUE de 3 de maio de 2018, no processo T-48/16, Sigma Orionis SA/Comissão Europeia.

operações e *a fortiori* o de serem informadas da existência desse direito", e por último "(...) por força das regras aplicáveis às operações conduzidas pelo OLAF, a necessidade de obter um mandado judicial, quando prevista pelo direito nacional, só se aplica em caso de oposição manifestada pelo operador económico, devendo então o OLAF requerer a intervenção da força pública nacional, que, por força das normas que lhe são aplicáveis, deve respeitar as regras de direito interno"[132].

Desta forma, importa clarificar que as verificações e inspeções no local, realizadas pelo OLAF, deverão estar sujeitas ao direito da União[133][134]. Nas situações de recurso às autoridades nacionais competentes dos Estados-Membros, caso o beneficiário ou operador económico não cumpra com o dever de colaboração[135], "(...) os Estados-Membros deverão garantir a eficácia da ação do Organismo e prestar-lhe a assistência necessária em conformidade com as normas de direito processual nacional aplicáveis"[136]. Ademais, segundo um princípio de necessidade e proporcionalidade, o Organismo Europeu de Luta Antifraude poderá solicitar o acesso a informações contidas em dispositivos privados utilizados para fins profissionais. Por último, de referir que o OLAF, é sempre obrigado a respeitar os direitos fundamentais quando efetua inquéritos, conforme estipulado Regulamento n.º 883/2013[137] e no Regulamento n.º 2185/96[138].

7. Inspeção-Geral das Finanças (IGF)

Conforme já mencionado, a IGF é responsável pelo Serviço de Coordenação Antifraude (Anti-Fraud Coordination Service – AFCOS)[139], conforme Regulamento n.º 883/2013, de 11 de setembro, nos termos do n.º 4 do artigo 3.º, sendo esta entidade responsável, a nível nacional, pela coordenação das "medidas legislativas, administrativas e investigações relacionadas com a proteção dos interesses financeiros da UE, bem como a cooperação com o OLAF e os restantes EM"[140], concretizando-se através do desenvolvimento, entre outras medidas, da "comunicação de casos de irregularidades e suspeitas de fraude com fundos comunitários (...) participação nas missões do local realizadas pelo OLAF e prestações

132 Cf. pontos 108-118 do acórdão do TJUE de 3 de maio de 2018, no processo T-48/16, Sigma Orionis SA/Comissão Europeia.
133 Cf. considerando 12 do Regulamento n.º 2185/96 as "inspeções e verificações no local devem ser efetuadas respeitando os direitos fundamentais das pessoas em questão".
134 Cf. considerando 21 do Regulamento (UE, Euratom) n.º 2233/2020.
135Cf. considerandos 24 e 25 do Regulamento (UE, Euratom) n.º 2233/2020.
136 Cf. Considerando 22 do Regulamento (UE, Euratom) n.º 2233/2020.
137 Cf. considerando 53, do Regulamento (UE, Euratom) 883/2013 e Regulamento (Euratom, CE) n.º 2185/96 do Conselho.
138 Cf. considerando 12 do Regulamento n.º 2185/96 as "inspeções e verificações no local devem ser efetuadas respeitando os direitos fundamentais das pessoas em questão".
139 Despacho n.º 07/14/MEF, da Ministra de Estado e das Finanças, de 10 janeiro de 2014.
140 Inspeção-Geral das Finanças, disponível em https://www.igf.gov.pt/aigf/primeirapagina/T12_OLAF_AFCOS.pdf [01.06.2021].

de informações no âmbito de investigações em curso[141] (...) realização de auditorias e controlos para verificar a efetiva recuperação dos montantes indevidamente pagos, bem como a promoção do tratamento de denúncias com incidência comunitária, com o objetivo de contribuir para a prevenção e correção de casos de fraude e outras atividades ilegais lesivas do orçamento nacional ou comunitário", sendo responsável pela auditoria dos Programas Operacionais dos Fundos Europeus do PT2020 e a única Autoridade de Auditoria com contrato de confiança com a Comissão Europeia, em duas avaliações consecutivas, para todos os fundos e programas operacionais"[142].

8. Investigação criminal - Ministério Público e Polícia Judiciária

Conforme já mencionado anteriormente, a identificação de situações irregulares ou ilícitas e a implementação de canais de cooperação com entidades especializadas de controlo e auditoria, poderão permitir aos órgãos de investigação criminal e autoridades judiciárias a identificação de situações irregulares ou ilícitas, em fases iniciais das operações com fundos europeus, facto que poderá criar condições para investigações pró-ativas e com maior eficácia na recolha da prova e dos rendimentos obtidos com a atividade ilícita. No entanto, de acordo com a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020 – 2024, apesar dos esforços já efetuados, é reconhecido um défice no plano dos recursos humanos e técnicos afetos à investigação criminal, nomeadamente na Polícia Judiciária[143] e no Ministério Público, facto também reconhecido pelo Departamento Central de Investigação e Ação Penal[144] e pelo própria Procuradora-Geral da República[145], facto que também não podemos dissociar à existência de investigações criminais que se prolongam durante vários anos.

Apesar do facto anteriormente mencionado, é notório o esforço desenvolvido pelos intervenientes no combate à criminalidade económico-financeira, através da criação de estruturas especializadas para

141 Cf. Regulamento (UE) n.º 2185/96, de 11 de novembro.
142 *Vide* Inspeção-Geral das Finanças, disponível em https://www.igf.gov.pt/transparencia/igf-autoridade-de-auditoria.aspx [01.06.2021].
143 Neste sentido, Carlos Alberto Casimiro Nunes, "O combate preventivo à corrupção e ao branqueamento das vantagens ilicitamente obtidas", ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.158, que indica um "forte desinvestimento" na Polícia Judiciária, em especial na luta contra a corrupção, nomeadamente na "Unidade Nacional de Combate à Corrupção (UNCC), tem visto os seus quadros diminuir ao longo da última década e a essa falta de investimento junta-se a escassez de formação especializada numa área em que o tipo de investigação assume tecnicidades e particularidades de elevada complexidade." e José António Henriques dos Santos Cabral, "Combate à corrupção – Da Estratégia presente à reforma futura", in Paulo Pinto Albuquerque, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.
144 Cf. Comunicado do DCIAP, op.cit. "Não obstante o empenho e investimento do DCIAP e da Procuradoria-Geral da República, bem como da PJ e de toda a equipa na investigação do inquérito em curso e a gestão racional e eficaz que foi realizada dos meios à disposição de todos, não se logrou assumir a celeridade desejável, apenas por carência de meios técnicos e outros ajustados à natureza, dimensão e complexidade da investigação.", disponível em https://dciap.ministeriopublico.pt/pagina/processo-caixa-geral-de-depositos-diligencias [30.06.2021].
145 Ministério Público, Procuradoria-Geral da República, Abertura do Ano Judicial 2020, disponível em https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/anexos/intervencoes/discurso_ano_judicial_2020.pdf [5.3.2021].

a investigação deste tipo de criminalidade, como o Núcleo de Assessoria Técnica do Ministério Público e a Unidade de Informação Financeira da Polícia Judiciária e a implementação de instrumentos legais para esse efeito, como por exemplo, as Leis n.º 5/2002[146], 109/2009[147]e 17/2019[148].

Desta forma, faz parte do plano de combate à corrupção a implementação de um conjunto de ferramentas que possam ajudar na investigação criminal, (i) através do acesso direto a bases de dados públicas, nomeadamente na Autoridade Tributária; (ii) a melhoria da atividade de recuperação de ativos decorrentes do crime, simplificando procedimentos e rentabilizando a administração e gestão dos bens apreendidos; (iii) formação especializada; (iv) reforçar os meios disponíveis à Unidade de Perícia Financeira e Contabilística; (v) cooperação entre entidades com competência especifica na contratação pública, parcerias público privadas, na fraude na obtenção de subsídio ou subvenção ou na evasão fiscal, "integrando peritos e especialistas do sistema de controlo interno da administração financeira do Estado, do Núcleo de Assessoria Técnica da Procuradoria-Geral da República e da UPFC" na investigação criminal; (vi) reforço da formação de magistrados e dos demais intervenientes na investigação criminal, dotando-os de conhecimentos básicos que lhes permitam apreender o significado das realidades mais comuns com que se deparam no universo da criminalidade económico-financeira; (vii) investir em soluções informáticas, com capacidades analíticas e de tratamento da informação, que facilitem a compreensão e apreensão do conteúdo dos processos-crime[149]. Para além das medidas previstas no plano de combate à corrupção, e atendendo às especificidades da criminalidade económico-financeira e à crescente necessidade do recurso a outros meios de obtenção prova em ambiente digital, urge a necessidade de um maior investimento em Tecnologias de Informação[150] , respetiva atualização legislativa ou mesmo nova regulamentação, como por exemplo, da infiltração nos sistemas informáticos dos suspeitos através de *malware*, como forma de obtenção de prova fundamental para a investigação criminal, facto que carece de previsão legal em Portugal, mas já consagrada noutros ordenamentos jurídicos[151] e que de alguma forma justificaria uma atualização legislativa da lei do Cibercrime[152]. No entanto, existem defensores que este método de investigação ultrapassa largamente os métodos de

146 Lei 5/2002, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira.
147 Lei 109/2009, de 15 de setembro, Lei do Cibercrime.
148 Lei 17/2019, de 14 de fevereiro, regime de comunicação obrigatória de informações financeiras.
149 Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020 – 2024, pp. 63, disponível em https://www.portugal.gov.pt.
150 Neste sentido, Carlos Alberto Casimiro Nunes, "O combate preventivo à corrupção e ao branqueamento das vantagens ilicitamente obtidas", ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.155.
151 Para maior desenvolvimento sobre esta matéria, vide Juliana Campos, O Malware como Meio de Obtenção da Prova em Processo Penal, Almedina, 2021 e David Silva Ramalho, Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital, Coimbra, Almedina, 2017.
152 Neste sentido, Carlos Alberto Casimiro Nunes, "O combate preventivo à corrupção e ao branqueamento das vantagens ilicitamente obtidas", ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.156.

obtenção de prova existentes, ao nível da intromissão da vida privada das pessoas (privacidade, proteção de dados pessoais e não discriminação), facto que configura uma clara violação do Estado de Direito[153].

Em suma, os factos anteriormente mencionados manifestam a necessidade de melhorar as entidades com competência especifica para a investigação criminal do crime económico-financeiro, facto que corrobora as palavras do Comissário Europeu da da Justiça, Didier Reynders, o enquadramento legal necessário já foi implementado, mas existe uma "falta de recursos e de especialização das autoridades policiais"[154], conforme já mencionada nas notas introdutórias. Ademais, o Tribunal de Contas Europeu também se tinha pronunciado relativamente à importância da atuação dos organismos de investigação ou de ação penal, uma vez que tratam das entidades com maior eficácia na deteção de fraude na utilização dos fundos europeus.

Relativamente à independência judicial, de acordo com o Relatório de 2020 da Comissão Europeia sobre o Estado de Direito - Capítulo relativo a Portugal[155], "[o] grau de perceção pelo público da independência judicial tem vindo a diminuir (...) desde 2017". De facto, a recente Diretiva n.º 4/2020, de 27 de novembro, da Procuradoria-Geral da República, veio suscitar algumas questões legais no que concerne à obrigação legar de informar o superior hierárquico de todos os "atos processuais relevantes que tenham, ou se preveja que venham a ter especial repercussão pública"[156], facto que implicará uma informação prévia da execução de algumas diligências de obtenção de prova, como é o caso de buscas ou de escutas telefónicas em processos em que seja expectável uma maior repercussão pública. Em caso de incumprimento, os superiores hierárquicos podem intervir nas investigações e avocar as investigações", facto que contraria as recomendações da GRECO de proteção dos "procuradores de interferências indevidas ou ilegais dentro do sistema"[157].

153 Neste sentido, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, "" A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção", in Pulo Pinto Albuquerque, Rui Cardoso e Sónia Moura (Org.), Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.34.
154 Jornal Económico, de 2/2/2021, disponível em https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/comissao-europeia-insta-portugal-a-fazer-mais-no-combate-a-corrupcao-696182 [4.3.2021].
155 Comissão Europeia, Relatório de 2020 sobre o Estado de Direito Capítulo relativo a Portugal, SWD(2020) 321 final, de 30.9.2020, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0321&from=EN [5.6.2021].
156 Cf. Ponto V, Diretiva n. ° 4/2020, de 27 de novembro, da Procuradoria-Geral da República.
157 GRECO, Quarta ronda de avaliação – Relatório de avaliação, Portugal, n.° 163-164.

Capítulo IV – Prevenção criminal, fatores de risco e eventual necessidade de reforma legislativa – Análise reflexiva

1. Dicotomia prevenção criminal *versus* eficácia do direito penal

A estratégia da luta contra a fraude e corrupção de determinado país deve ser determinada segundo as suas características e vulnerabilidades, motivo pelo qual podem existir diferentes estratégias entre os diversos Estados-Membros da União Europeia, uns privilegiando a componente da eficácia das entidades com funções preventivas, através do aumento de políticas de controlo, monitorização, fiscalização e auditoria, e outros na vertente punitiva, através da dissuasão dos infratores pelo aumento dos limites máximos das molduras penais associadas e penas de prisão efetivas, com base na eficácia do Direito Penal, porém, condicionada à identificação, responsabilização e posterior punição. Em Portugal, tem sido dada prevalência ao segundo critério, através da neocriminalização, aumento das molduras legais, criação de mecanismos excecionais de investigação criminal e condenações exemplares[158]. De acordo com INÊS FERREIRA LEITE, a eficácia do Direito Penal, segundo o qual a ameaça de pena é eficaz na dissuasão da prática do crime, não é comprovado cientificamente[159], existindo outras estratégias que poderão ser adotadas, de forma multidisciplinar, num plano preventivo e de longo prazo, aliás, um pouco de encontro ao delineado na Estratégia Nacional Anticorrupção, nomeadamente através da (i) prioridade de melhorar o conhecimento; (ii) a formação e as práticas, por meio de apostas na educação para a cidadania, (iii) formação para a integridade, (iv) reforçar a transparência e a dimensão de integridade no exercício da atividade política e de altos cargos públicos, (v) reduzir a burocracia e aumentar a eficiência, (vi) digitalizar as comunicações e informatizar os serviços prestados e, por último, (vii) através de campanhas de sensibilização. Na segunda prioridade, prevenir os riscos de corrupção na ação pública, através da adoção de códigos de conduta e programas de cumprimento normativo no setor público. A mesma autora defende ainda que a criação de mecanismos excecionais, como a delação premiada ou a criminalização do enriquecimento ilícito, com inversão do ónus da prova, constituem ameaças ao Estado de Direito superiores às criadas pelo fenómeno corruptivo[160]. Por outro lado, parece evidente que as finalidades das penas, associadas às exigências de prevenção geral positiva e prevenção especial

158 Neste sentido, Inês Ferreira Leite, "O Regime Geral da Prevenção da Corrupção na Estratégia Nacional Anticorrupção (2020-2024)", Paulo Pinto Albuquerque, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, op. cit. p. 84.

159 Em sentido contrário, Jorge Fonseca Almeida, "Subsídios para uma estratégia nacional contra a corrupção", in António João Maia (coord.), Riscos de Fraude e Corrupção no Programa de Financiamento Europeu: Reflexões e Alertas, Coimbra, Almedina,2021, p.215, que afirma que "vários académicos mostraram que o agravamento das penas leva à diminuição dos crimes.

160 Cf. Inês Ferreira Leite, "O Regime Geral da Prevenção da Corrupção na Estratégia Nacional Anticorrupção", op. cit. p. 96.

positiva, não dispensam as medidas de prevenção anteriores aos delitos, ou seja, ambas fazem parte da resolução de um problema sistémico do próprio Estado[161]. Relativamente à criminalização do enriquecimento ilícito, trata-se de uma disposição da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção[162] que tem suscitado divergências doutrinais, mas que, atendendo aos valores em causa, da imparcialidade e transparência, poderá permitir uma construção de uma ação típica do agente, quando sobre este recaia a obrigação de comunicação de aquisição de determinado património[163].

Em suma, apesar da matéria ser suscetível de opiniões divergentes, parece consensual que é de evitar a criação exponencial de legislação na área penal, pois, não será através deste método de combate à fraude e corrupção que será possível solucionar, por si só, algumas das debilidades identificadas até ao momento[164], ao nível da prevenção, controlo, deteção de fraudes, corrupção e conflitos de interesses. Atendendo ao já exposto, existem vários fatores que fragilizam a eficácia na luta contra a fraude, facto reconhecido pelo próprio Tribunal de Contas Europeu, órgão de controlo financeiro da União Europeia, tendo já realizado alertas nesse sentido[165], motivo pelo qual urge realizar investimentos nas áreas da prevenção e da própria investigação criminal, ambas com várias debilidades identificadas, mas nitidamente complementares entre si, que possam aumentar os seus níveis de eficácia.

2. Contratação Pública e Fundos Estruturais Europeus e Investimento

A contratação pública, aplicável a quase toda a administração pública, tecnicamente complexa, por via da sua estrutura procedimental, facto que cria condições propicias para o desenvolvimento de comportamentos fraudulentos[166]. Para uma correta aplicação dos Fundos de Investimento e Estruturais e de Investimento não podemos dissociar a necessidade da correta aplicação do regime de Contratação Pública, requisito inquestionável quando promovidos por entidades adjudicantes, mas alvo de algumas

161 Neste sentido, Pedro Jacob Morais, "Estratégia Nacional de Combate à Corrupção – Breves Notas sobre o Regime Geral e o Mecanismo de Prevenção da Corrupção", in ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.101.

162 Cf. artigo 20.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, Enriquecimento ilícito "Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele"

163 Neste sentido, José António Henriques dos Santos Cabral, "Combate à corrupção – Da Estratégia presente à reforma futura", in Paulo Pinto Albuquerque, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, op. cit. p.62.

164 Neste sentido, José Mouraz, Corrupção: O Labirinto do Minotauro, Almedina, 2020, op. cit. p. 113.

165 Vide Tribunal de Contas Europeu, ponto 23 do Parecer n.º 6/2020 do Tribunal de Contas Europeu sobre o MRR, de 20 de outubro.

166 Cf. José Mouraz Lopes, "Os órgãos de controlo financeiro e a prevenção da corrupção – os casos dos grandes investimentos públicos, das autarquias locais e da contratação pública", Paulo Pinto Albuquerque, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, op. cit. p. 126.

dúvidas quando aplicado por entidades privadas, nomeadamente quanto à sua submissão automática ao Código dos Contratos Públicos. De facto, estamos na presença de fundos públicos, obtidos através dos impostos pagos pelos cidadãos e empresas europeias, facto que implicará a necessária ponderação das regras de transparência, concorrência e não discriminação.

Uma das formas de sujeição das entidades privadas beneficiárias de ações cofinanciadas por Fundos Europeus Estruturais e de Investimento ao Código dos Contatos Públicos encontra-se na possibilidade de qualificação como organismo de direito público. Para esse efeito, a entidade deverá ter uma personalidade jurídica de fins de interesse geral sem carácter industrial ou comercial e estar sujeita ao domínio ou influência das entidades enunciadas nas alíneas a) e f) do artigo 2.º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos. Esta influência verifica-se com a ocorrência de uma das seguintes situações: (i) financiamento maioritário da sua atividade; (ii) controlo da sua gestão; (iii) designação de mais de metade dos titulares dos órgãos de administração, gestão ou fiscalização, por uma das entidades enunciadas no artigo 2.º, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos ou por um organismo de direito público.

Outra forma de sujeição das entidades privadas à aplicação da Parte II do CPP poderá ocorrer relativamente à celebração de contratos subsidiados por entidades adjudicantes, mormente os relativos a "empreitadas de obras" e "serviços associados a empreitadas" realizados por entidades não adjudicantes, nas condições previstas no artigo 275.º do Código dos Contratos Públicos, devendo o seu cumprimento se realizar nos mesmos "termos aplicáveis aos organismos de direito público (artigo 2.º, n.º2) e, tratando-se de contratos relativos aos sectores especiais, nos termos aplicáveis aos prestadores de serviços de rede (artigo 7.º)."[167]. Saliente-se ainda que, para efeitos de determinação de subsídio, não são considerados os subsídios sujeitos a reembolso integral, exigindo-se uma vantagem económica sem qualquer contraprestação a realizar pelo beneficiário, conforme jurisprudência já produzida pelo TJUE, no Proc. C-115/12 P[168], de 26/09/2013, relativamente ao conceito de subsídio.

Por último, a entidade privada beneficiária das ações cofinanciadas pode aceitar a condição de sujeição aos procedimentos da contratação pública, por imposição dos organismos de Administração Pública com funções de gestão de fundos europeus, a fim de respeitar o princípio da concorrência, igualdade e não discriminação, nos termos do direito privado.

167 Cf. Pedro Costa Gonçalves, Direito dos Contratos Públicos, Almedina, 2018, p.172

168 Cf. TJUE, proc. C-115/12 P, de 26/09/2013, ponto 49, "Nestas circunstâncias, há que declarar que o Tribunal Geral não cometeu nenhum erro de direito ao considerar que os benefícios fiscais podiam ser qualificados de subsídios, na aceção do artigo 2.°, n.°1, da Diretiva 93/37. Por conseguinte, a primeira parte do primeiro fundamento deve ser julgada improcedente.".

Realizado o enquadramento de situações em que uma entidade privada pode sujeitar-se a procedimentos de contratação pública, importa realizar algumas considerações relevantes, face à existência de divergências doutrinais na questão em apreço, por um lado relativas à qualificação dos órgãos gestores dos fundos europeus como entidades não adjudicantes e por este motivo não sujeitas às regras da contratação pública[169] e, por oposição, os defensores da existência de um inquestionável financiamento público, não sendo relevante considerar-se se nacional ou europeu[170].

Como consequência do primeiro entendimento doutrinal, atendendo à definição que o financiamento comunitário não é proveniente das entidades referidas no artigo 2.º, n.º 1 do Código dos Contratos Público, mas sim por órgãos de administração indireta da União Europeia[171], não existindo, por este motivo, uma relação de dependência entre as entidades beneficiárias e as autoridades nacionais responsáveis pela sua atribuição e que não são qualificadas como entidades adjudicantes, conforme estabelecido pelo artigo 2.º, n.º 2, do CPP, motivo pelo qual não são considerados organismos de direito público. A mesma consequência se aplica quanto aos contratos subsidiados, uma vez que existe o mesmo impedimento legal, pois o conceito de contrato subsidiado tem como requisito a concessão de subsídios por entidades adjudicantes, facto que, quando realizado por órgãos de administração indireta da União Europeia, não se aplica.

Ora, a aplicação do Código Contratos Públicos, no seu âmbito subjetivo, a entidades que não se encontrem qualificadas como entidades adjudicantes, carece da existência de direito positivo (normas nacionais e internacionais reguladoras), facto que suscita algumas questões legais, nomeadamente quanto à aplicação dos fundos europeus, segundo os princípios da contratação pública e, principalmente, da sua boa execução. De facto, a atribuição de fundos europeus encontra os seus requisitos gerais nos regulamentos europeus[172], complementados pelos diplomas nacionais de implementação[173] e concretizados por diplomas específicos dos próprios projetos, através dos quais os candidatos conhecem os fins e requisitos do próprio programa e apresentam a sua candidatura. Em conformidade, cumpridas as exigências do programa, é concedido ao beneficiário a concessão do respetivo apoio.

169 Cf. Pedro Costa Gonçalves, Direito dos Contratos Públicos, Almedina, 2018, p.172.
170 Cf. Pedro Fernández Sánchez, Direito da Contratação Pública, AAFDUL, 2020, p.175.
171 Cf. Bernardo Azevedo, "Contratação Pública e Fundos Comunitários", Revista de Direito Público e Regulaçã0, n.º 1, Coimbra, 2010, p. 5-7.
172 Regulamento (UE) n.º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013 , que estabelece disposições comuns relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão, ao Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas, que estabelece disposições gerais relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas.
173 Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de outubro.

Importa, assim, verificar se existe uma obrigação legal de equiparação de determinadas entidades privadas a organismos de direito público, no âmbito reservado da contratação de serviços, bens e obras cofinanciadas por fundos europeus, "em face das hesitações da lei e da jurisprudência e do silêncio da doutrina"[174], visando, sobretudo, uma maior segurança relativa à elegibilidade das despesas apresentadas.

De acordo com o Regulamento (UE), n.º 1303/2013[175], "as operações apoiadas pelos FEEI devem cumprir a legislação aplicável da União e a legislativa à sua aplicação", facto que, por si só, não permite determinar a aplicação das regras definidas no CCP às entidades não adjudicantes. Aliás, ao abrigo da atual legislação em vigor, não existe qualquer referência da obrigatoriedade de aplicação das regras da contratação públicas de entidades não adjudicantes beneficiárias de fundos europeus.

Relativamente à jurisprudência produzida pelo TJUE, apesar da existência de algumas decisões[176] relacionadas com a utilização de fundos europeus, não existe qualquer esclarecimento relativo às dúvidas existentes. No entanto, na Decisão da Comissão de 14/05/2019[177], relativa às "[orientações] para determinar as correções financeiras a introduzir nas despesas financiadas pela União devido ao incumprimento das regras aplicáveis em matéria de contratos públicos", é admitida a possibilidade das autoridades de gestão definirem regras nacionais, através da inclusão de condições contratuais, concretizadas através da sujeição às regras da Parte II do CCP aos beneficiários de fundos europeus, mesmo que estes não sejam considerados entidade adjudicante, com aplicação em todos os procedimentos de contratação pública posteriores à sua adoção.

As orientações fornecidas pela Comissão Europeia apresentam uma total coerência com os princípios das regras de transparência, concorrência e não discriminação, base fundamental da aplicação dos fundos europeus. De forma complementar, em matéria de jurisprudência, o Tribunal de Justiça decidiu que, mesmo não existindo qualquer disposição legal nas diretivas, as entidades adjudicantes

174 Cf. Bernardo Azevedo, "Contratação Pública e Fundos Comunitários", Revista de Direito Público e Regulação, N.º 1, Coimbra, 2010, p. 5-7.
175 Regulamento (UE) n. º 1303/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013 , que estabelece disposições comuns relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão, ao Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas, que estabelece disposições gerais relativas ao Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, ao Fundo Social Europeu, ao Fundo de Coesão e ao Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas, e que revoga o Regulamento (CE) n. º 1083/2006 do Conselho.
176 Proc. C-44/96 e Proc. C-115/12P, TJUE.
177 Cf. Comissão Europeia, Anexo Decisão da Comissão, de 14.5.2019, que estabelece as orientações para determinar as correções financeiras a introduzir nas despesas financiadas pela União devido ao incumprimento das regras aplicáveis em matéria de contratos públicos, p.4, ponto 1.2.2. Contratos não abrangidos pelas diretivas "Além disso, as presentes orientações são também aplicáveis se as regras nacionais (incluindo condições contratuais ou de subvenção) exigirem expressamente que os beneficiários de fundos da UE cumpram as regras nacionais em matéria de contratos públicos ou regras semelhantes, mesmo que esses beneficiários não sejam, eles próprios, uma autoridade adjudicante na aceção das diretivas. Nesse caso, a irregularidade constitui uma violação das regras nacionais (por exemplo, as condições previstas na convenção de subvenção remetem para os princípios do Tratado ou para as regras nacionais em matéria de contratos públicos).".

estão obrigadas a cumprir com o princípio de igualdade de tratamento e transparência[178]. No mesmo sentido, a comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos[179]. No entanto, parece evidente a carência de normas positivas sobre esta matéria, com implicações ao nível da segurança jurídica dos próprios beneficiários.

Relativamente à ordem jurídica portuguesa, no dia 21 de maio de 2021, através da Lei n.º 30/2021, foram aprovadas medidas especiais de contratação pública em matéria de projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus, através de (i) tramitação de procedimentos através de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação simplificados nos termos da presente lei, quando o valor do contrato for inferior aos limiares referidos nos n.º 2, 3 ou 4 do artigo 474.º do Código dos Contratos Públicos[180] (ii) recurso a consultas prévias simplificadas a cinco entidades[181], nos casos em que em que os limiares europeus sejam respeitados, mas inferiores a 750 000€[182]; (iii) valor do ajusto direto simplificado admissível para valores iguais ou inferiores a 15 000€; (iv) tramitação eletrónica obrigatória através de plataforma utilizada pela entidade adjudicante[183]; (v) os concursos celebrados na sequência de procedimentos de concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação simplificados, com valor superior ao estipulado no artigo 48.º da Lei n.º 98/97 ficam sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, enquanto os de valor inferior devem ser remetidos por meio eletrónico para o "Tribunal de Contas para efeitos de fiscalização concomitante, até 10 dias após a respetiva celebração e acompanhados do respetivo processo administrativo."[184].

Da análise das principais alterações efetuadas, parece evidente que a alteração legislativa efetuada é motivada por uma necessidade de celeridade na execução e aplicação dos fundos europeus disponibilizados pela União Europeia, atendendo ao prazo reduzido para a sua aplicação, através da simplificação dos procedimentos da contratação pública, implementando procedimentos de divulgação eletrónica obrigatória, com o objetivo de reforçar a transparência e reforçando o papel do Tribunal de Contas na fiscalização dos procedimentos.

178 Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de dezembro de 2000, processo c-324/98, Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH contra Telekom Austria AG, n.º 61 a 63.
179 *Vide* Comissão Europeia, Comunicação Interpretativa da Comissão (2006/C 179/02) sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas diretivas comunitárias relativas aos contratos públicos, de 1 de agosto, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0801(01) [4.4.2021].
180 Cf. Artigo n. º2, alínea a), da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.
181 Relativamente à escolha das entidades convidadas, vide Artigo n. º2, alínea a), da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.
182 Cf. Artigo n. º2, alínea b, da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.
183 Cf. Artigo n. º10, da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.
184 Cf. Artigo n. º10, n.º 1 e 2, da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

Ora, face ao já mencionado, coloca-se a questão de que forma é que a necessidade de celeridade na aplicação dos fundos europeus é compatível com os princípios das regras de transparência, concorrência e não discriminação, base fundamental da aplicação dos fundos europeus. De facto, o recurso a consultas prévias simplificadas a cinco entidades ou o recurso ao regime do ajusto direto simplificado admissível para valores iguais ou inferiores a 15 000€ parece limitar os princípios fundamentais da concorrência e não discriminação. De acordo com JOSÉ LUIS MOREIRA DA SILVA e JOÃO FILIPE GRAÇA "existirá, assim, sempre, pelo menos a necessidade de implementar mais medidas a favor da concorrência, não discriminação e transparência, como seja um acréscimo da informação a publicar no Portal BASE ou da forma como tal informação é publicitada e controlada, também uma maior transparência na escolha das entidades a convidar, designadamente pela abertura de processos de seleção de candidatos potenciais a integrar em listas abertas (...) e não se convidando sempre as mesmas entidades ou na aposta da prevenção de conflitos de interesse"[185]. Ainda segundo os mesmos autores, do ponto de vista formal, esta prevenção poderia ser realizada por "via dos sistemas de aquisição dinâmicos ou dos sistemas de qualificação, previstos nos artigos 237.º e ss. e 245.º e ss. do CCP (...) ou por um sistema semelhante ao fixado para a qualificação das empresas de serviços energéticos, fixado no Decreto-Lei n.º 29/2011, de 28 de fevereiro (...) por exemplo como o sistema de rotatividade previsto no artigo. 18.º do Decreto-Lei n.º 29/2011".

Assim, pelos motivos anteriormente mencionados, parece existir uma real necessidade de limitar a discricionariedade permitida pelo regime do convite, facto que aumentará consideravelmente o risco de fraude e corrupção na aplicação dos fundos europeus. No mesmo sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES[186], que defende que "o que se quer promover é a substituição da regra do concurso, em que todas as empresas interessadas podem concorrer, pela regra do convite, que reserva o acesso a empresas escolhidas pelos decisores (...) justificadas pelos bondosos propósitos da flexibilização, simplificação e aceleração dos processos de contratação pública, as medidas especiais consistem, fundamentalmente, em soltar a rédea aos decisores públicos e autorizá-los a adotarem, em vários domínios, processos de ajuste direto e de consulta prévia e, portanto, a escolherem livremente as empresas que vão fazer as muitas obras públicas que os fundos europeus financiarão ou que vão prestar serviços e vender produtos ao Estado e às autarquias – entre outros, são abrangidos os contratos financiados por fundos europeus (...) as medidas não afastam apenas os processos de concurso, ousam

185 Cf. João Luís Moreira e João Filipe Graça, "Contratação Pública e Fundos Europeus e de Investimento: Breves considerações sobre uma interseção sinuosa", disponível em https://www.srslegal.pt/ [2.6.2021].
186 Cf. Pedro Costa Gonçalves, "A eliminação da corrupção nos negócios públicos por decreto", Observador, disponível em https://observador.pt/opiniao/eliminacao-da-corrupcao-nos-negocios-publicos-por-decreto/# [20.06.2021].

ir além e derrogam também as regras que impõem limites à adjudicação sucessiva de contratos às mesmas empresas", concluindo pelo incentivo a "«contactos secretos», de «concursos feitos à medida» ou de diligências análogas com relevância criminal."

Atendendo a que "cerca de 90% dos procedimentos pré-contratuais em Portugal continuam a ser procedimentos por convite e que, embora a criação da «nova» consulta prévia, em 2017, tenha conduzido a que boa parte desses procedimentos tenha agora pelo menos 3 entidades convidadas", continuam por definir critérios de fundamentação das escolhas efetuadas, de forma a prevenir a existência de "multiplicação artificial de propostas «de fachada» ou pelo «desdobramento» societário da (única) empresa que se queria convidar(...)"[187].

Para esse efeito, a introdução do n.º 6 do artigo n.º 113.º, do Código dos Contratos Públicos, veio trazer um impedimento ao convite a entidades relacionadas entre si, através da existência de sócios ou representantes legais comuns ou existência de "simples participação, de participação recíproca, de domínio ou de grupo", alteração legislativa reveladora de uma manifesta intenção de impedir a existência de estratégias de conluio na contratação pública. No entanto, apesar destes impedimentos, é perfeitamente possível proceder à criação de sociedades comerciais que, apesar de não apresentarem qualquer evidência formal de relações especiais, poderá permanecer um conluio entre as empresas concorrentes convidadas e a entidade adjudicante, risco potenciado pela aplicação da regra do convite em detrimento da regra do concurso.

De referir ainda que, de acordo com o considerado 41 da Diretiva 2014/24, os Estados-Membros podem prever regras mais rígidas que as especificamente previstas na Diretiva, a fim de assegurar o respeito pelo princípios da igualdade de tratamento, da transparência e da proporcionalidade[188] que se impõem às entidades adjudicantes em qualquer procedimento de adjudicação de um contrato público, concedendo ao Estado-Membro uma margem de apreciação, conhecedores da realidade, características e necessidades no combate à fraude no seu ordenamento jurídico, conforme jurisprudência do TJUE[189].

187 Cf. Marco Caldeira, "Consultas prévias e (combate à) corrupção na contratação pública", Observador, disponível em https://contratospublicos.net/2020/09/20/consultas-previas-e-combate-a-corrupcao-na-contratacao-publica/ [20.06.2021].
188 Cf. Artigo 18.º da Diretiva 2014/24.
189 Neste sentido, Acórdão de 22 de outubro de 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14, n.º 26 "O Tribunal de Justiça já decidiu que há que reconhecer aos Estados-Membros uma determinada margem de apreciação para efeitos da adoção de medidas destinadas a garantir o respeito do princípio da igualdade de tratamento e da obrigação de transparência, os quais se impõem às entidades adjudicantes em qualquer processo de adjudicação de um contrato público. Com efeito, cada Estado-Membro pode identificar melhor, à luz de considerações históricas, jurídicas, económicas ou sociais que lhe são próprias, as situações propícias a dar origem a comportamentos suscetíveis de causar desvios ao respeito deste princípio e desta obrigação (v., neste sentido, acórdão Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, n.os 31, 32 e jurisprudência referida).".

De facto, atendendo aos factos elencados, urge a necessidade de criar mecanismos preventivos que permitam uma maior transparência e escrutínio público dos procedimentos de contratação pública, através da publicação obrigatória de todos as peças processuais relativas ao procedimento de contratação pública, com especial foco na fundamentação da decisão da escolha de entidade contratada, em nome da confiança pública, de acordo com o "imperativo constitucional da administração aberta"[190], desde que não se trate de informação reservada.

Por último, relativamente à fraude lesiva dos interesses financeiros da União Europeia, segundo a Decisão da Comissão, deverá ser aplicada uma correção financeira de 100%, nos casos de violação das "[regras] de adjudicação de contratos públicos com impacto no orçamento da UE e relacionadas com fraudes lesivas dos interesses financeiros da União, ou qualquer outra infração definida nos artigos 3.º a 5.º da Diretiva (UE) 2017/1371, estabelecidas por um órgão judicial competente ou identificadas por uma autoridade competente da UE ou nacional, com base em elementos probatórios que confirmem a presença de irregularidades fraudulentas.". Ora, compete aos organismos de investigação criminal nacionais e da União Europeia a determinação deste tipo de situações, uma vez que as entidades fiscalizadoras e responsáveis pela auditoria dos projetos apenas possuem a obrigação legal[191] de fazer constar os factos apurados com eventual relevância jurídico-criminal nos seus relatórios e, desta forma, dar conhecimento de eventuais infrações criminais.

Por último, uma breve referência às principais áreas de risco detetadas, em matéria de Contratação Pública, pela Autoridade de Auditoria da Inspeção-Geral das Finanças[192], subdivididas em dois momentos, o primeiro relacionado com a formação dos contratos[193] e o segundo relativo à sua execução[194], resultantes das ações de auditoria efetuadas por aquela entidade.

---

190 Neste sentido, Susana Coroado e Nuno Cunha Rolo, "Por uma Estratégia Nacional Anticorrupção", in Paulo Pinto, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), *Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021.

[191] Artigo 15.º, n.º 3, da Diretiva (UE) 2017/1371.

192 *Vide* Inspeção-Geral Finanças, Contratação Pública – principais riscos identificados nas auditorias da IGF e Autoridades Europeias, 25 de maio de 2020, disponível em https://thinktank-fundosue.ministeriopublico.pt/sites/default/files/2021-06/contratacao_publica_25_mai.pdf [20.06.2021].

193 Cf. § p.4-9, identificação das áreas de risco na formação dos contratos: "i) Efetiva necessidade da aquisição do bem / serviço / empreitada; (ii) Quem ajudou na preparação do procedimento tem interesse no seu fornecimento (potencial conflito de interesses); (iii) Convite recorrente a um mesmo grupo de fornecedores; (iv) Autonomização artificial de contratos relativos a obras/serviços/fornecimentos (Acordãos C-574/10, T-358/08, T384/10); (v) Sobreposição de concursos com o mesmo objeto contratual; (vi) Simultaneidade/horizonte temporal da execução das obras/serviços adjudicados; (vii) Adjudicações sucessivas à mesma entidade; (viii) Aproximação geográfica (ix) Contratos já celebrados e valor de todos os procedimentos ainda em curso Formação dos contratos (x) Divergências na informação publicada nos anúncios do JOUE e DR; (xi) Preços semelhantes para serviços diferentes (xii) Ausência de consultas prévias ao mercado / orçamentos que fundamentem os preços base fixado (xiii) Limites à subcontratação (Acórdão C-63/18)".

194 Cf. § p.9-12, identificação das áreas de risco na execução de contratos: "(i) não submissão dos contratos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas; (ii) Incongruências entre execução física prevista e a execução financeira ocorrida (iii) alteração contratual não pode ser realizada quando: 1. Leve à alteração substancial do objeto do contrato; 2. Configure uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência; 3. Quando sejam introduzidas alterações que, se fizessem parte do caderno de encargos, alteravam o resultado (Acórdãos T-235/11, T-540/10, C-549/14 e C-454/06); (iv) Penalizações contratuais não aplicadas; (v) Redução do âmbito do contrato em aproximadamente 25%; (vi) Alterações impostas por autorizações obtidas à posteriori; (vii) Ocorrência de pagamentos antes da publicação dos contratos no Portal BASE".

3. Conflitos de interesses - Artigo 61.º do Regulamento (UE, Euratom) 2018/1046

Com o objetivo de defesa da imparcialidade e transparência do sector público, em conformidade com os seus princípios fundamentais, surgem novas orientações[195] da Comissão Europeia relativas à monitorização e ao controlo do orçamento da União, com o objetivo de facilitar as boas práticas na aplicação do orçamento. Nesta matéria, surgem algumas alterações relativas à prevenção de conflitos de interesses, matéria de grande sensibilidade e, eventualmente, com necessidade de maior regulamentação. De facto, a existência de um conflito de interesses não implica a prática automática de um crime de fraude ou corrupção, mas é um fator de risco que deve ser considerado, pois cria condições de determinado gestor ou decisor opte em benefício de interesses privados em detrimento dos interesses estabelecidos nos programas de execução dos fundos europeus estruturais e de investimento.

Neste sentido, o Regulamento (UE) 2018/1046 do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de julho de 2018, correspondeu a algumas necessidades sentidas nesta vertente, através do alargamento da aplicação do regime de conflito de interesses, previsto no artigo 61.º, que veio trazer a aplicação do conflito de interesses a todas as autoridades envolvidas na "execução orçamental em regime de gestão, direta e partilhada". De facto, a disponibilização de um conjunto de regras em matéria de conflitos de interesses alargado a todos os intervenientes financeiros, inclusivamente aos que realizam atos preparatórios, auditorias e exercícios de controlo, previsivelmente permitirá uma maior eficácia na prevenção e combate à fraude aos interesses financeiros da União Europeia, em matéria de aplicação dos fundos europeus e contratação pública. Nos Estados-Membros envolvidos na execução do orçamento, a aplicação do artigo 61.º do Regulamento (UE) 2018/1046 é de aplicação direta e uniforme em todos os Estados-Membros, sem necessidade de transposição. No entanto, apesar de não existir qualquer obrigatoriedade e visando uma maior segurança jurídica, será recomendável a adoção de normas complementares às instituídas pela União Europeia, desde que não impliquem diferenças significativas entre os diferentes Estados-Membros, cf. estipulado no artigo 61.º, nó 2, do Regulamento Financeiro.

Para além do alargamento dos intervenientes financeiros vinculados às regra dos conflitos de interesses, o Regulamento (UE) 2018/1046 permite um conjunto mais amplo de situações que podem

195 Cf. Comissão Europeia, "Orientações para a prevenção e gestão de conflitos de interesses no quadro do Regulamento Financeiro" (2021/C 121/01)".

ser enquadradas, conforme previsto no n.º 3 do artigo 61.º, pois o conflito de interesses verifica-se em casos em que "[o] exercício imparcial e objetivo das funções de um interveniente financeiro ou de outra pessoa, a que se refere o n.º1, se veja comprometido por motivos familiares, afetivos, de afinidade política ou nacional, de interesse económico, ou por qualquer outro interesse pessoal direito ou indireto.", ou seja, pode existir um conflito de interesses entre pessoas que não possuem uma relação direta entre uma pessoa ou interveniente financeiro com os beneficiários dos fundos europeus.

O presente Regulamento é diretamente aplicável a todas as pessoas que tenham uma influência significativa na tomada de decisões com relevância na execução do orçamento da União Europeia.[196] Por este motivo, não serão incluídos neste grupo os "[candidatos], proponentes, requerentes, beneficiários e contratantes (incluindo destinatários finais no contexto de instrumentos financeiros em regime de gestão partilhada) e contratantes, (...) salvo se encontrarem numa situação especifica".

De facto, este último ponto assume especial relevância, pois é perfeitamente possível verificar situações que comprometam a transparência de uma pessoa ou entidade, mesmo que o conflito de interesse não tenha sido concretizado. Nestes casos, estamos na presença de uma situação que tem de ser alvo de uma avaliação casuística.

Relativamente à execução do orçamento da União Europeia através da gestão partilhada, importa referir que este é responsável pela execução de aproximadamente 75% do orçamento[197], o que significa que, ao nível operacional[198], são os Estados-Membros responsáveis por definir a sua estratégia em matéria de determinação das áreas em que são ser aplicados os fundos, ou seja, responsáveis pelas relações contratuais estabelecidas entre as autoridades de gestão e os beneficiários, incluindo as ações de controlo e auditoria, ou seja, são estas as entidades operacionais que executam uma parte significativa do orçamento europeu, de acordo com as disposições legislativas e instruções realizadas pela Comissão Europeia e, por este motivo, entidades com um papel fundamental na deteção e prevenção das irregularidades, uma "linha da frente" no combate à fraude,

Em matéria de conflitos de interesses, as autoridades estão vinculadas a implementar estratégias e modelos de controlo dos conflitos de interesses, comunicando, caso sejam identificados, através do Sistema de Gestão de Irregularidades e aplicando as devidas sanções, correções financeiras e avaliar a

196 Cf. Comissão Europeia, "Orientações para a prevenção e gestão de conflitos de interesses no quadro do Regulamento Financeiro (2021/C 121/01)", p.11.
197 Cf. Comissão Europeia, "Orientações para a prevenção e gestão de conflitos de interesses no quadro do Regulamento Financeiro (2021/C 121/01)", p.23.
198 A responsabilidade da execução do orçamento da União Europeia é da competência da Comissão Europeia.

viabilidade de futuros contratos com as partes envolvidas. De facto, o incumprimento desta obrigação legal pode levar à exclusão das despesas efetuadas, em caso de deteção de situações assumidamente graves, que podem ser identificadas através da "fiscalização e auditorias da comissão, (...) auditorias do Tribunal de Contas Europeu e a investigações do OLAF"[199], bem como pelas autoridades nacionais com funções de controlo, fiscalização ou investigação das atividades desenvolvidas pelas autoridades de gestão.

No âmbito do incumprimento dos procedimentos associados à contratação pública, o conflito de interesses é consumado em qualquer fase do concurso, não sendo pressuposto da aplicação de correções financeiras[200]a prova que o mesmo foi materializado ou teve um impacto real, sendo suficiente o preenchimento do conceito de conflitos de interesses objetivamente aparente. Relativamente à existência de uma irregularidade fraudulenta, a situação será diversa, pois nestas situações é necessário provar que existiu uma intenção de beneficiar o vencedor do concurso, o que para além demais, poderá levar à sua responsabilidade criminal.[201]

Como anteriormente mencionado, a deteção de conflitos de interesses no âmbito da aplicação dos Fundos Europeus, numa fase inicial do procedimento, é fundamental e, de forma preventiva, poderá evitar prejuízos significativos para o orçamento da União Europeia. Assim, face ao já mencionado, e de acordo com as recentes orientações da Comissão Europeia, será necessário a implementação de medidas para evitar e prevenir a ocorrência de conflitos de interesses. Estas medidas poderão ser desenvolvidas através de uma rigorosa análise dos intervenientes dos contratos estabelecidos, através de bases de dados de pessoas singulares ou coletivas ou outras que possam ser disponibilizadas por entidades públicas ou privadas dos Estados-membros, que permitam confirmar ou infirmar a existência de conflitos de interesses. De facto, um estudo inicial dos intervenientes em determinados projetos financiados por fundos europeus permitiria resultados na deteção deste tipo de conflitos, através de indicadores de risco que determinariam a necessidade de uma investigação mais aprofundada das relações existentes. A existência de relações especiais irá criar condições para a possível existência de irregularidades fraudulentas, como por exemplo, o inflacionamento do preço dos projetos cofinanciados ou mesmo a simulação ou criação de custos fictícios. Ora, a utilização de ferramentas de compilação de dados recolhidos pelas autoridades de gestão e subsequente análise dos fatores de risco, assumem um

199 Cf. Comissão Europeia, "Orientações para a prevenção e gestão de conflitos de interesses no quadro do Regulamento Financeiro (2021/C 121/01)", p.26.
200 Artigo 24.º da Diretiva 2014/24/UE, artigo 35.º da Diretiva 2014/23/UE e artigo 42.º da Diretiva 2014/25/EU.
201 Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de março de 2015, processo c-538/13, eVigilo Ltd contra Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, p.47.

papel fundamental para os vários responsáveis pelo controlo dos projetos, permitindo a identificação de projetos com determinados indicadores de risco[202].

Relativamente às ferramentas disponíveis, a DAISY é utilizada por departamentos da Comissão e a ARACHNE disponibilizada às autoridades de gestão dos Estados-Membros. A primeira tem como principal função a identificação de projetos com risco elevado e, consequentemente, exercer ações de controlo sobre esses projetos. A segunda, tendo como base a conjugação dos dados introduzidos pelas autoridades de gestão nos mais diversos projetos com informações públicas, tem como principal objetivo apurar relações especiais entre pessoas singulares e coletivas e, desta forma, determinar quais os projetos a ser controlados ou auditados[203].

De salientar que os indicadores de risco são apenas indícios da ocorrência de um conflito de interesses, mas que obrigam os gestores ou controladores dos projetos a diligenciar no sentido de tomar ações preventivas ou de investigação que permitam clarificar a situação em apreço, em casos como, por exemplo, a existência de histórico de adjudicações sucessivas à mesma empresa, a partilha de instalações entre o beneficiário e o subcontratado, similitude da proposta submetida por um candidato a determinado contrato e o pretendido pela entidade adjudicante, ao nível do valor e especificações, alterações posteriores dos termos e condições dos contratos celebrados entre beneficiário e contratante, reduzido número de respostas aos convites realizados em determinada contratação, entre outros indicadores de risco.

4. Conceito de funcionário europeu

Conforme já mencionado anteriormente, de acordo com o estabelecido no artigo 325º TFUE, "[para]combater as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União, os Estados-Membros tomarão medidas análogas às que tomarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros".

202 Cf. Comissão Europeia, ponto 6.2 da Comunicação — Orientações sobre a prevenção e gestão de conflitos de interesses no quadro do Regulamento Financeiro 2021/C 121/01.

203 Segunda a Comissária Europeia Elisa Ferreira, responsável pela pasta da Coesão e Reformas, "face a essa dificuldade de monitorização, a Comissão Europeia espera tirar proveito de «toda a capacidade que o mundo digita» oferece nesse sentido (...) apontando a ferramenta informática ARACHNE, criada pelo executivo comunitário para apoiar as autoridades na gestão dos fundos estruturais, como o Fundo Social Europeu e o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional", disponível em https://observador.pt/2021/06/21/presidencia-da-ue-elisa-ferreira-afirma-que-deve-haver-tolerancia-zero-para-fraude-e-desconformidades-nos-fundos-europeus/ [21.06.2021].

Ora, importa analisar de que forma o ordenamento jurídico português realiza o combate à fraude com Fundo Europeus Estruturais e de Investimento, por força da "equiparação dos seus valores e bens jurídicos protegidos pelo Código Penal português"[204] quanto aos fundos públicos nacionais e, desta forma, por igual equiparação dos funcionários da União Europeia, com funções de gestão ou poder decisório relativamente à atribuição dos fundos europeus, ou seja através de organismos de Administração Pública com funções de gestão de fundos europeus ou por entidades privadas nos quais são delegadas funções de gestão de fundos europeus, aos funcionários nacionais, para efeitos do seu enquadramento do conceito de funcionário, previsto no artigo 386.º do Código Penal.

De acordo com o considerando 10 da Diretiva PIF, "a fim de proteger devidamente os fundos da União contra a corrupção e a apropriação ilegítima, importa que a definição de «funcionário público» abranja as pessoas que, sem serem titulares de um cargo oficial, assumem e exercem, de forma semelhante, funções de serviço público relativamente a fundos da União, como sejam os contratantes que participam na gestão de tais fundos.", ou seja, uma equiparação ao conceito de funcionário previsto no artigo 386.º do Código Penal, para efeitos de aplicação aos tipos de legais de corrupção e peculato (apropriação ilegítima de Fundos Europeus Estruturais e de Investimento). Ora, no ordenamento jurídico português, a aplicação do conceito a funcionários com as funções anteriores mencionadas, está prevista na alínea c) do n.º 3 do artigo 386.º do Código Penal, mas circunscrita aos crimes de tráfico de influências e corrupção, motivo pelo qual, face à exigência da Diretiva, surge a necessidade de necessidade de autonomização normativa dos agentes públicos da União Europeia e, desta forma, proceder à devida reforma legislativa para o crime de peculato.[205]

A questão em apreço tem a maior relevância, pois existem entidades responsáveis pela gestão de fundos europeus, por delegação das Autoridades de Gestão, mas que se tratam de pessoas coletivas de direito privado com utilidade pública, como é o caso de algumas associações empresariais que possuem um papel fundamental na execução dos programas de diversas tipologias.

Ora, "são funcionários, para fins penais, "os agentes encarregados, por via indireta, da denominada «gestão e tomada de decisão sobre dinheiros públicos», ou seja, agentes de estejam encarregues de realizar tarefas públicas, em particular, a de gerir ou de decidir sobre a atribuição de

204 Cf. José M. Damião Cunha, "Burlas e fraude sobre interesses orçamentais (do Estado Português e da União Europeia). Uma «primeira palavra» sobre um tema complexo – ou tentativa e erro em direito penal", Revista do Ministério Público n.º 163, 2020, p. 58.
205 Cf. Considerando 9 da Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017.

fundos provenientes da UE."[206], o que pode acontecer por intermédio de agências da União Europeia ou por entidades privadas.

Importa realçar que as pessoas coletivas de direito privado, com declaração de utilidade pública, não são enquadradas automaticamente no disposto na alínea d) n.º 1 do artigo 386.º do Código Penal, pois, para esse efeito, deverão assumir poderes ou funções públicas, com prerrogativas de autoridade. No entanto, na ausência destas qualidades, os comportamentos ilícitos continuam previstos noutros tipos legais, como por exemplo, os crimes patrimoniais ou de corrupção no sector privado[207].

Em sentido análogo, a recente decisão do Supremo Tribunal de Justiça[208], relativa ao conceito de organismo de utilidade pública, veio esclarecer algumas dúvidas e indefinições relativas ao conceito de funcionário em termos penais, motivo pelo foi fixada jurisprudência no sentido de que "o conceito de 'organismo de utilidade pública', constante da parte final da atual redação da alínea d) do n.º 1 do artigo 386.º do Código Penal, não abarca as instituições particulares de solidariedade social", pessoas coletivas de direito privado, com declaração de utilidade pública.

Concluindo, face aos valores e bens jurídicos em apreço, parece existir uma necessidade de enquadramento legal do conceito de funcionário, previsto no artigo 386.º do Código Penal, aos funcionários que, exercendo funções numa pessoa coletiva de direito privado, com ou sem declaração de utilidade pública, sejam responsáveis pela gestão e decisões relativas a fundos europeus, à semelhante da proteção realizada para os fundos públicos nacionais e de acordo com as exigências da Diretiva PIF. Esta reforma legislativa poderá permitir abranger outro tipo de factos ilícitos, como por exemplo, a participação económica em negócio de funcionário com responsabilidades na gestão dos fundos europeus.

206 Cf. José M. Damião Cunha, "Burlas e fraude sobre interesses orçamentais (do Estado Português e da União Europeia). Uma «primeira palavra» sobre um tema complexo – ou tentativa e erro em direito penal", Revista do Ministério Público n.º 163, 2020, p. 60.
207 Lei n.º 20/2008, de 21 de abril.
208 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 3/2020, de 18 de maio.

Considerações finais

Conforme já mencionado nas notas introdutórias, "a criminalidade económica, nomeadamente a corrupção e a fraude têm um impacto negativo na economia e na sociedade, tratando-se de verdadeiros limitadores de desenvolvimento económico e da própria justiça social". No decorrer da presente dissertação, foram evidenciados o quadro normativo atual e procedimental no que concerne à aplicação dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento, que são obtidos a partir da contribuição e do esforço de todos os cidadãos dos Estados-Membros da União Europeia, sendo expetável que os mesmos sejam executados segundo critérios objetivos previamente identificados e que permitam o desenvolvimento económico ou social de determinado Estado-Membro. As verbas disponibilizadas pela União Europeia vão ser as mais elevadas de sempre, facto que suscita novos desafios no plano do controlo da efetividade e execução dos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento. Consequentemente, a União Europeia tem desenvolvido diversos instrumentos jurídicos, com o objetivo de dinamizar o combate a este tipo de criminalidade. De facto, ao longo da presente dissertação, tem sido evidente o esforço da União Europeia nesse sentido, através da harmonização de medidas mínimas de infrações penais, prescrição e sanções, limitada por um princípio da subsidiariedade, ou seja, o recurso à tutela penal só é legitimo se as outras dimensões sancionatórias, administrativas ou contraordenações não forem adequadas, segundo os princípios de necessidade, proporcionalidade e subsidiariedade. No entanto, a constante aproximação dos regimes jurídicos dos Estados-Membros permitirá, a curto prazo, reduzir o número de matérias divergentes, facto que em muito contribui para a aproximação dos valores e identidade substantiva entre os direitos consagrados nos ordenamentos jurídicos nacionais e os que compõem a ordem jurídica europeia.

Face a algumas debilidades identificadas pela Comissão Europeia na transposição de algumas Diretivas, como por exemplo, a Diretiva 2014/42, a União Europeia, através do recurso ao Regulamento, diretamente aplicável nos Estados-Membros, tenta suprimir a aplicação diferenciada entre Estados-Membros, visando um aumento da eficácia da intervenção legislativa da União Europeia, em obediência ao principio da subsidiariedade e proporcionalidade, optando, desta forma, por uma intervenção direta na área do processo penal, reflexo de uma harmonização do processo penal europeu.

Por outro lado, em complemento às alterações realizadas, será necessário dotar as instituições nacionais com funções de controlo e auditoria dos meios necessários à prossecução dos objetivos traçados, pois serão estas as primeiras a detetar eventuais irregularidades ou ilicitudes nos

procedimentos internos. Assim, foram identificadas várias situações de ineficiência no controlo da aplicação dos fundos europeus, nomeadamente nas Autoridades de Gestão dos Programas Operacionais, devidamente documentadas nos relatórios do Tribunal de Contas Europeu, facto que origina uma preocupação acrescida, pois, recorde-se, aproximadamente 80% dos fundos europeus são executados pelos órgãos dos Estados-Membros. Relativamente à vertente da execução, os objetivos de execução dos fundos europeus são fatores de risco que poderão levar a uma simplificação ou exigência menor da análise dos procedimentos exigidos à execução de determinados fundos europeus, visando a celeridade da execução dos programas, facto que poderá fragilizar a identificação de situações irregulares ou ilícitas, em fases iniciais das operações com fundos europeus. Associado às debilidades identificadas nas autoridades de controlo, surge a escassez de recursos humanos e a falta de formação especializada nas entidades com competências de investigação criminal, facto que fragiliza um combate à deteção pró-ativa das infrações criminais, carecendo, por isso, de um maior investimento no sistema da justiça português.

Num plano comum a todas as entidades participantes no controlo, fiscalização, auditoria e investigação criminal, o reconhecimento que o investimento na transformação digital de vários procedimentos relacionados com a execução dos FEEI seria uma mais-valia na dimensão preventiva assume-se essencial, permitindo igualmente avanços consideráveis na deteção pró-ativa da fraude, ou seja, através da partilha e tratamento de dados entre as diferentes órgãos de controlo administrativos, judiciais ou policiais, possibilitando, principalmente, uma maior coordenação para um objetivo comum.

Por último, importa sublinhar que a dicotomia entre a prevalência da necessidade de celeridade na aplicação dos fundos europeus e a sua compatibilidade com os princípios das regras de transparência, concorrência e não discriminação, base fundamental da aplicação dos fundos europeus, sobretudo, na vertente dos contratos públicos, será, certamente, um fator de risco de fraude e corrupção. Esta dicotomia assim revelada deverá exigir medidas de controlo apertado das entidades responsáveis.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), *Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021.

ALMEIDA, Ana Mendes, "O âmbito de aplicação do crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção no contexto dos Fundos Estruturais – um contributo", *Revista do Ministério Público,* n.º 160, 2019, pp. 79-129.

ALMEIDA, Jorge Fonseca, "Subsídios para uma estratégia nacional contra a corrupção", *in* António João Maia (coord.), *Riscos de Fraude e Corrupção no Programa de Financiamento Europeu: Reflexões e Alertas*, Coimbra, Almedina,2021.

BRANDÃO, Nuno, "O *whistleblowing* no ordenamento jurídico português", *Revista do Ministério Público,* n.º 161, janeiro-março 2020, pp.99-113.

BRANDÃO, Nuno, "Cooperação judiciária para efeitos de recuperação de ativos e direitos de defesa, em especial no âmbito do Regulamento (UE) 2018/1805", in Maria Raquel Desterro Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (coord,), *Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos*, Coimbra, Almedina, 2021.

BRIÈRE, Chloé "Procedural Issues Under EPPO´S Legislative Framework", *In*: SANTOS, Margarida, MONTE, Mário Ferreira e MONTEIRO, Fernando Conde (coord.). Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia. Braga: Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos e Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017.

CABRAL, José António Henriques dos Santos Cabral, "Combate à corrupção – Da Estratégia presente à reforma futura", in Paulo Pinto Albuquerque, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), *Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.36-63.

CAEIRO, Pedro, "The evolution of competence distribution on between the EU and the member sates in the criminal field (by Samulim Miettinen) – A (short) reaction" – The need balanced in the criminal law, *Hart Publishing*, 2018, pp.64-70.

CAEIRO, Pedro, "Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão)", *In* Margarida Santos, Mário Ferreira Monte e Fernando Conde Monteiro (coord.), Os novos

desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia, Braga, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos e Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017, pp. 35-43.

CAMPOS, Juliana, *O Malware como Meio de Obtenção da Prova em Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 2021.

COROADO, Susana, Nuno Cunha Rolo, "Por uma Estratégia Nacional Anticorrupção", in Paulo Pinto, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), *Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021.

CORREIA, João Conde, "«Non-conviction based confiscations» no Direito Penal português vigente: quem tem medo do lobo mau?", *JULGAR,* n.º 32, 2017, pp.71-95.

CORREIA, João Conde, "Reconhecimento mútuo de decisões de apreensão e de confisco: o regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018", *Julgar*, Coimbra, n.º 39, 2019, p. 183-201.

CUNHA, José M. Damião, "Burlas e fraude sobre interesses orçamentais (do Estado Português e da União Europeia). Uma «primeira palavra» sobre um tema complexo – ou tentativa e erro em direito penal", *Revista do Ministério Público*, n.º 163, 2020, pp. 9-68

Cunha, José M. Damião, "As alterações legislativas em matéria de corrupção", *Julgar Online*, Coimbra, n.º 32, 2016, pp. 1-51., disponível em 20161106-ARTIGO-JULGAR-As-alterações-legislativas-em-matéria-de-corrupção-Damião-da-Cunha.pdf [21.6.2021]

CUNHA, José M. Damião, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Universidade Católica, 2017.

CUNHA, José M. Damião, *O Conceito de Funcionário, para Efeito de Lei Penal e a "Privatização" da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 2008.

DÂMASO, Eduardo, *Corrupção: Breve História de um Crime que nunca Existiu*, Objetiva, setembro de 2019.

GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2018.

GUERREIRO, Alexandre, "A proteção de denunciantes em Portugal: o legado do caso Guja c. Moldávia no contexto de transposição da Diretiva (EU) 2019/1937, de 23 de Outubro", *Revista do Ministério Público,* n.º 163, 2020, pp.133-173.

LEITE, Inês Ferreira Leite, "O Regime Geral da Prevenção da Corrupção na Estratégia Nacional Anticorrupção (2020-2024)", Paulo Pinto Albuquerque, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, pp. 79-96.

LOPES, José Mouraz, Corrupção: O Labirinto do Minotauro, Coimbra, Almedina, 2020.

LOPES, José Mouraz, "Os órgãos de controlo financeiro e a prevenção da corrupção – os casos dos grandes investimentos públicos, das autarquias locais e da contratação pública", Paulo Pinto Albuquerque, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), *Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, pp. 109-129.

MAIA, António João (coord.), *Riscos de Fraude e Corrupção no Programa de Financiamento Europeu: Reflexões e Alertas*, Coimbra, Almedina,2021.

MAIA, António João, "Fraude e corrupção na atribuição e utilização de apoios financeiros da União Europeia-Algumas lições do passado", *in* António João Maia (Coord.), *Riscos de Fraude e Corrupção no Programa de Financiamento Europeu: Reflexões e Alertas*, Coimbra, Almedina,2021.

MAIA, António João, Corrupção: Realidade e Percepções O Papel da Imprensa, disponível em http://www.bocc.ubi.pt/pag/maia-antonio-corrupcao-realidade-e-percepcoes.pdf [16.07.2021].

MONTE, Mário Ferreira, *O Direito Penal Europeu - De "Roma" a "Lisboa" - Subsídios para a sua Legitimação, Lisboa,* QUID JURIS,2009.

MONTE, Mário Ferreira, "Reconhecimento mútuo de decisão de perda" in Maria Raquel Desterro Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (coord,) Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos, Coimbra, Almedina, 2021.

NUNES, Carlos Alberto Casimiro, "O combate preventivo à corrupção e ao branqueamento das vantagens ilicitamente obtidas", Paulo Pinto Albuquerque, Rui Cardoso, Sónia Moura (Org.), *Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Proposta de Reforma*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.154-164.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, "Tendências e ruturas na evolução do Direito Penal Económico", *Católica Law Review*, novembr\o de 2017, pp. 91-113.

RAMALHO, David Silva, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Coimbra, Almedina, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Anabela Miranda, "Direito Penal Europeu Pós-Lisboa – Um Direito Penal Funcionalista?", *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 146º, nº 4005, julho-agosto, 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda, "O Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda como pedra angular da cooperação judiciária na União Europeia – eficácia versus direitos fundamentais?" in Maria Raquel Desterro Ferreira, Elina Lopes Cardoso e João Conde Correia (coord,) *Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos,* Coimbra, Almedina, 2021.

RODRIGUES, Anabela Miranda, "O Direito Penal Europeu à luz do princípio da necessidade – o caso do abuso do mercado", *Católica Law Review*, novembro de 2017.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal Económico,* Coimbra, Almedina, 2019.

RODRIGUES, Anabela Miranda, "O crime de branqueamento – evolução e perspetivas de política criminal na União Europeia", in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, volume I, Almedina, 2016.

RODRIGUES, Joana Amaral, *O Direito Penal Europeu e a dupla subsidiariedade*, Coimbra, Almedina, 2018.

SANTOS, Margarida, Mário Ferreira Monte e Fernando Conde Monteiro (coord.), Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União Europeia e da implementação da Procuradoria Europeia, Braga, Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos e Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017.

SANTOS, Margarida, "A implementação da Procuradoria Europeia – a emergência de um modelo de intervenção penal entre a cooperação e a integração penal?" *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* volume 5, n.º 2, mai./ago. 2019, pp. 999 a 1038.

SANTOS, Margarida, "Para um (Novo) Modelo de Intervenção Penal na União Europeia", Lisboa, Rei dos Livros, 2016.

SANTOS, Margarida, "A Procuradoria Europeia e o exercício transnacional da ação penal relativamente aos crimes que lesem os interesses financeiros da União Europeia", *JULGAR,* n.º 39, 2019.

SICURELLA, Rosaria, Valsamis Mitsilegas, Raphaële Parizot, Analisa Lucifora (Coord.), *Principios Generales Del Derecho Penal en la Unión Europea*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020

SILVA, João Luís Moreira, João Filipe Graça, "Contratação Pública e Fundos Europeus e de Investimento: Breves considerações sobre uma interseção sinuosa", disponível em https://www.srslegal.pt/ [2.6.2021].

SILVEIRA, Alessandra, *Princípios de Direito da União Europeia, Doutrina e jurisprudência*, Lisboa, QUID JURIS, 2011.

TRIUNFANTE, Luís de Lemos, "Admissibilidade e validade da prova na Decisão Europeia de Investigação", *JULGAR Online*, abril de 2018.

VERDELHO, "As chamadas "irregularidades" nos subsídios do Fundo Social Europeu são crime ou apenas constituem ilícitas civil?", *Revista do Ministério Público*. - Lisboa. - vol. 17, nº 66 (abril-junho 1996), p. 61-93.

Referências documentais

Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P., Estratégia Avaliação do Risco e de Fraude, 04/AD&C/2015, de 23 de abril de 2015, disponível em norma-04-2015_2015.04.23.pdf (adcoesao.pt) [04.05.2021].

Comissão Europeia, Relatório relativo a Portugal de 2020, SWD(2020)521 final, disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2020-european_semester_country-report-portugal_pt.pdf [20.06.2021].

Comissão Europeia, Relatório relativo a Portugal de 2019, SWD(2019)1021 final, disponível em https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/2019-european-semester-country-report-portugal_pt.pdf [20.06.2021].

Comissão Europeia, Contratação Pública, Guia prático para profissionais sobre a prevenção dos erros mais comuns em projetos financiados pelos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento, disponível em https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/public_procurement/2018/guidance_public_procurement_2018_pt.pdf [20.06.2021].

Comissão Europeia, Fundos Estruturais e de Investimento Europeus 2014-2020: Textos e comentários oficiais, disponível em blueguide_pt.pdf (europa.eu) [25.06.2021].

Comissão Europeia, Anexo Decisão da Comissão, de 14 de maio de 2019, que estabelece as orientações para determinar as correções financeiras a introduzir nas despesas financiadas pela União devido ao incumprimento das regras aplicáveis em matéria de contratos públicos, disponível em https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/GL_corrections_pp_irregularities_annex_PT.pdf [20.6.2021].

Comissão Europeia, Anexo do Relatório da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Recuperação e perda de bens: Garantir que o crime não compensa, disponível em https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20200602_com-2020-217-commission-report_en.pdf [20.6.2021].

Comissão Europeia, Avaliação do risco de fraude e medidas antifraude eficazes e proporcionadas, Fundos Europeus Estruturais e de Investimento Orientações para os Estados-Membros e as Autoridades do Programa, EGESIF14-0021-00, disponível em https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_fraud_risk_assessment_pt.pdf [3/5/2021].

Comissão Europeia, Orientações para a prevenção e gestão de conflitos de interesses no quadro do Regulamento Financeiro (2021/C 121/01), disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52021XC0409(01) [2.6.2021]

Comissão Europeia, Relatório de 2020 sobre o Estado de Direito Situação na União Europeia, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0321&from=EN [3.3.2021].

Comissão Europeia, Relatório de 2020 sobre o Estado de Direito Capítulo relativo a Portugal, disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0321&from=EN [3.5.2021]

Estratégia Nacional de Combate à Corrupção 2020 – 2024, disponível em https://www.portugal.gov.pt[04.03.2021].

GRECO, Quarto Ciclo de Avaliação, Prevenção da corrupção em relação a deputados, juízes e procuradores, de 12 de abril de 2012, disponível em https://rm.coe.int/quarto-ciclo-de-avaliacao-prevencao-da-corrupcao-em-relacao-a-deputado/1680a21607 [5.5.2021]

Inspeção-Geral Finanças, Contratação Pública – principais riscos identificados nas auditorias da IGF e Autoridades Europeias, 25 de maio de 2020, disponível em https://thinktank-fundosue.ministeriopublico.pt/sites/default/files/2021-06/contratacao_publica_25_mai.pdf [20.06.2021]

Tribunal de Contas Europeu, Parecer n.º 8/2018.

Tribunal de Contas Europeu, Relatório Especial nº 1/2019

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), "Fraud and Corruption in European Structural and Investment Funds a Spotlight on Common Schemes and Preventive Actions, disponível em https://www.oecd.org/gov/ethics/prevention-fraud-corruption-european-funds.pdf [01.05.2021]

Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), Identificação de conflitos de interesses em processos de adjudicação de contratos públicos no âmbito de ações estruturais guia prático para gestores,https://poise.portugal2020.pt/documents/10180/19827/Guia+Pr%C3%A1tico+para+Gestores+-+Identifica%C3%A7%C3%A3o+de+Conflitos+de+Interesses.pdf/bebdf96e-c48a-4e91-aca2-18e6b8be6847 [20.06.2021]

Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), Relatório 2019, disponível em https://thinktank-fundosue.ministeriopublico.pt/sites/default/files/2020-11/olaf_report_2019_en.pdf [14.6.2021]

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

TJUE, Acórdão M.A.S (Taricco II), de 5 de dezembro de 2017, processo C-42/17.

TJUE, Acórdão Ivo Taricco, de 8 de setembro de 2015, processo C-105/14.

TJUE, Acórdão Sigma Orionis SA/Comissão Europeia, de 3 de maio de 2018, processo T-48/16.

TJUE, Acórdão eVigilo Ltd contra Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, 12 de março de 2015, processo c-538/13.

TJUE, Acórdão Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH contra Telekom Austria AG, de 7 de dezembro de 2000, processo c-324/98.

TJUE, Acórdão de 22 de outubro de 2015, Impresa Edilux e SICEF.

TJUE, Acórdão Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08.

TJUE, Acórdão Comissão Europeia contra República Federal da Alemanha, de 15 de março de 2012, Processo C-574/10.

TJUE, Acórdão Reino de Espanha contra Comissão Europeia, 11 de julho de 2013, Processo T-358/08

TJUE, Acórdão Reino de Espanha contra Comissão Europeia, 29 de maio de 2013, Processo T-384/10

Jurisprudência do Tribunal Constitucional:

Acórdão n.º 422/2020, de 15 de julho

Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça:

Acórdão n.º 2/2006, de 04.01.2006