

A APLICAÇÃO DE CORRECÇÕES FINANCEIRAS POR INCUMPRIMENTO DAS REGRAS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS FINANCIADOS POR FUNDOS DA U.E.*

PEDRO MATIAS PEREIRA**

RUI MESQUITA GUIMARÃES***

1. Introdução: a aplicação de correcções financeiras na execução de contratos públicos financiados

O tema que trazemos a estes Estudos em homenagem ao Venerando Senhor Juiz Conselheiro Simas Santos tem vindo a colocar-se, repetidamente, a várias entidades beneficiárias de fundos da União Europeia, por incumprimento das regras de contratação pública (originariamente das regras previstas nas Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE e dos princípios dos Tratados e, mais recentemente, das regras de direito nacional).

No âmbito das competências partilhadas entre as instituições da União Europeia e dos Estados-membros na gestão dos fundos europeus, podem ser (e vêm sendo) aplicadas, às entidades beneficiárias daqueles fundos, correcções financeiras por incumprimento das referidas regras da contratação pública.

A aplicação dessas correcções financeiras implica, pelo impacto financeiro que tem associado, relevantes dificuldades práticas para essas entidades beneficiárias que, perspectivando obter determinado montante de financiamento, o têm, afinal e em resultado da aplicação dessas correcções financeiras, parcial-

* Por decisão pessoal dos Autores, o texto não segue as regras do novo Acordo Ortográfico.

** Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado.

*** Advogado.

mente retido. E estas retenções podem atingir os vários milhões de euros – tudo depende do montante global do financiamento do contrato público em causa, claro está.

Tendo estas importantes consequências práticas seria de esperar que o quadro jurídico vigente para a aplicação de tais correcções fosse bastante claro, evidente e susceptível de ser devidamente apropriado pelas entidades beneficiárias.

Veremos que não é assim. Na verdade, a base legal para a aplicação de correcções financeiras encontra-se envolta numa daquelas nublosas jurídicas em que são férteis as matérias da concessão e execução de financiamentos providos dos programas de execução da Política de Coesão da União Europeia.

2. O Direito da União Europeia sobre correcções financeiras

2.1. Regulamento Euratom n.º 2988/95 (a protecção dos interesses financeiros da União Europeia)

Os antecedentes da previsão, a nível comunitário, da aplicação de correcções financeiras encontram-se no Regulamento (CE, Euratom) n.º 2988/95 do Conselho, de 18 de Dezembro de 1995, relativo à protecção dos interesses financeiros das (então ainda) Comunidades Europeias.

A adopção deste Regulamento teve por base necessidades de boa gestão financeira do orçamento da União Europeia. Essas necessidades, actualmente, não só se mantêm, como até se reforçaram nos tempos mais recentes com o desenvolvimento da cada vez mais presente noção do *best value for money* no âmbito das preocupações comunitárias, em particular, na contratação pública¹, procurando-se pois a obtenção do maior e melhor valor possível para as entidades públicas.

Do que se trata, afinal, é de evitar os comportamentos lesivos dos interesses financeiros da União, de modo a obter uma melhor gestão financeira dos recursos comunitários, adoptando-se, para esse efeito, uma regulamentação geral em matéria de controlos homogéneos e de medidas e sanções administrativas

¹ Notando esta evolução, v. Pedro MATIAS PEREIRA & João SOARES FRANCO, «A adjudicação de Contratos Públicos em contexto de crise», in: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

relativamente a irregularidades no domínio do direito comunitário (cf. artigo 1.º, n.º 1 do Regulamento).

De acordo com o regulamento, constitui uma irregularidade “qualquer violação de uma disposição de direito comunitário que resulte de um acto 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 directamente por conta das Comunidades, quer por uma despesa indevida” (cf. artigo 1.º, n.º 2 do Regulamento).

A preocupação do Regulamento centra-se, por isso, na necessidade da adopção das medidas efectivas e dissuasoras (cf. artigo 2.º, n.º 1 do Regulamento) da prática de tais irregularidades.

Essas medidas (e sanções) administrativas haveriam, de acordo com o Regulamento, de ser concretizadas pelo “direito comunitário” que lhes determinaria a natureza e âmbito, tudo “em função da natureza e da gravidade da irregularidade, do benefício concedido ou da vantagem recebida e do grau de responsabilidade” (cf. artigo 2.º, n.º 3 do Regulamento).

Portanto, o Regulamento acometia, ao direito da União Europeia, o ulterior desenvolvimento do quadro de prevenção das irregularidades (onde se inclui a previsão das sanções administrativas), prevendo também que caberia, ao direito interno dos Estados-membros, a previsão dos procedimentos relativos à aplicação dos controlos, medidas e sanções.

Sem prejuízo desse desenvolvimento ulterior – de que trataremos nos pontos subsequentes –, o Regulamento trata de, em primeira linha, prever o enquadramento aplicável às medidas e às sanções administrativas a aplicar.

Quanto às medidas administrativas, estabelece o Regulamento que qualquer irregularidade implica, em geral, a retirada da vantagem que tiver sido indevidamente obtida, o que pode ser atingido (i) com a determinação do pagamento dos montantes em dívida ou com o reembolso dos montantes indevidamente recebidos, ou, (ii) na eventualidade de ter sido constituída uma garantia, com a respectiva perda total ou parcial (artigo 4.º, n.º 1 do Regulamento).

As medidas administrativas têm apenas em vista, então, a retirada da vantagem irregularmente obtida, podendo, quando tal se encontrar especificamente previsto, a ela acrescer o pagamento de juros (artigo 4.º, n.º 2 do Regulamento).

O Regulamento tem o cuidado de esclarecer que estas medidas – que visam, essencialmente, a reposição de montantes recebidos – não configuram sanções administrativas (artigo 4.º, n.º 4 do Regulamento), previstas no artigo 5.º.

De acordo com o referido artigo, as sanções configuram irregularidades *intencionais* ou *negligentes* que podem levar à aplicação de verdadeiras sanções administrativas, designadamente (cf. artigo 5.º, n.º 1):

- (a) o pagamento de uma multa administrativa;
- (b) o pagamento de um montante superior às quantias que tiverem sido indevidamente recebidas ou elididas (eventualmente acrescidas de juros), que deve ser fixado em termos percentuais em relação a essas quantias, de acordo com regulamentação específica e que está limitada ao que for estritamente necessário para promover a dissuasão de tais comportamentos;
- (c) privação total ou parcial da vantagem concedida pela regulamentação comunitária (mesmo que o agente infractor tenha beneficiado indevidamente de apenas parte dessa vantagem);
- (d) exclusão ou retirada do benefício da vantagem durante um período posterior ao da irregularidade;
- (e) retirada temporária da aprovação ou do reconhecimento necessários à participação num regime de auxílio comunitário;
- (f) perda da garantia ou caução constituída para efeitos de cumprimento das condições de uma regulamentação ou reconstituição do montante de uma garantia indevidamente liberada; e ainda
- (g) outras sanções de carácter exclusivamente económico, de natureza e âmbito equivalentes, previstas nas regulamentações sectoriais adoptadas pelo Conselho em função das necessidades específicas do sector em causa e na observância das competências de execução conferidas à Comissão pelo Conselho.

Assim, as situações que podem fazer perigar o orçamento da União Europeia podem, de acordo com o Regulamento, conduzir à aplicação de correcções financeiras, quer nas vestes de “medidas administrativas”, quer nas vestes de “sanções administrativas”. Sucede, como veremos de modo mais detalhado, que a fronteira entre as denominadas “medidas administrativas” e “sanções administrativas” não é de todo clara, dificultando, por isso, a sua delimitação e âmbito de aplicação.

Veja-se a este propósito que, para efeitos de aplicação do Regulamento, se considera *medida administrativa* “a retirada da vantagem que tiver sido indevidamente obtida” (cf. artigo 4.º). Por seu turno, integram o conceito de *sanção administrativa* as irregularidades intencionais ou negligentes, as quais podem

resultar na “privação total ou parcial da vantagem concedida pela regulamentação comunitária” (cf. artigo 5.º).

Do exposto parece resultar que a pedra de toque para a distinção entre “medidas” e “sanções” administrativas está relacionada com o facto de a irregularidade ser intencional ou negligente.

Deixando, para já, apenas aludida esta ideia, continuemos a análise do quadro jurídico para efeitos de aplicação das correcções financeiras.

2.2. O Regulamento (CE) n.º 1260/99 (Fundos Estruturais)

Dentro do quadro de concretização das medidas e sanções administrativas destinadas à protecção dos interesses financeiros, encontramos a aprovação, pelo Conselho da União Europeia, do Regulamento (CE) n.º 1260/1999, de 21 de Junho de 1999, que estabelece disposições gerais sobre os fundos estruturais.

Nesse regulamento, passaram a prever-se, pela primeira vez, as “correcções financeiras” (pelo menos com esta designação) no âmbito dos fundos estruturais, estabelecendo-se que incumbe aos Estados-membros a responsabilidade principal pela investigação das irregularidades, assim como pela realização das correcções financeiras necessárias (cf. artigo 38.º e 39.º, n.º 1, § 1). Sem prejuízo dessa responsabilidade primária dos Estados-membros, especifica o n.º 2 do artigo 38.º do Regulamento que incumbe à Comissão – enquanto responsável pela execução do orçamento – a certificação dos sistemas de gestão e controlo dos Estados-Membros, admitindo-se, para o efeito, a realização de controlos *in loco* com um pré-aviso de um dia útil.

O mesmo Regulamento determinava que a correcção financeira poderia consistir na supressão total ou parcial da participação comunitária, sendo que, os fundos que fossem libertados em consequência da aplicação de uma correcção poderiam ser reafectados pelo Estado-Membro à intervenção em causa (cf. artigo 39.º, n.º 1, § 2).

Assim, estabelecida a responsabilidade principal dos Estados-Membros, reserva-se à Comissão, nos termos do n.º 2 do artigo 39.º do Regulamento, a responsabilidade de verificação da eventual aplicação de correcções financeiras, sendo que, verificando-se o incumprimento do Estado-Membro a esse respeito, era dado início a um procedimento com vista a obter uma justificação quanto aos factos relativos ao incumprimento. O início desse procedimento implicava a suspensão imediata dos pagamentos intermédios que estivessem em causa por

parte dos Fundos europeus e poderia culminar na aplicação de correcções financeiras pela Comissão, dentro de certo prazo (cf. artigo 39.º, n.º 2).

Encontrava-se ainda prevista a possibilidade de a Comissão, em caso de contestação por parte do Estado-Membro das suas conclusões quanto à aplicação das correcções, efectuar, ela própria, as correcções financeiras necessárias, suprimindo total ou parcialmente a participação dos Fundos na intervenção em causa [cf. artigo 39.º, n.º 3, alínea b)]. Para esses casos, o Regulamento previa que a fixação do montante da correcção pela Comissão observaria o princípio da proporcionalidade, atendendo ainda à natureza da irregularidade, assim como à importância e às consequências financeiras das falhas verificadas nos sistemas de gestão ou de controlo dos Estados-Membros (cf. artigo 39.º, n.º 3, § 2).

2.3. O Regulamento (CE) n.º 1083/2006 (Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, Fundo Social Europeu e Fundo de Coesão)

Actualmente ainda em vigor, o Regulamento (CE) n.º 1083/2006, 11 de Julho de 2006 veio estabelecer disposições gerais sobre o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, o Fundo Social Europeu e o Fundo de Coesão, revogando o Regulamento (CE) n.º 1260/1999.

Em matéria de correcções financeiras, este Regulamento mantém que são os Estados-Membros os responsáveis, em primeira linha, “pela investigação de eventuais irregularidades, pelas medidas a tomar sempre que seja detectada uma alteração significativa que afecte a natureza ou os termos de execução ou de controlo das operações ou dos programas operacionais, e pelas correcções financeiras necessárias” (cf. artigo 98.º, n.º 1).

Dos anteriores regulamentos mantém-se a configuração da correcção financeira como uma supressão/anulação da participação pública/financiamento (cf. artigo 98.º, n.º 2), bem como a possibilidade de reutilização desses fundos para outras actividades do mesmo programa operacional e com o limite máximo para a sua utilização a ser 31.12.2015.

Também na sequência de anteriores disposições, temos a previsão da possibilidade de aplicação de correcções financeiras pela própria Comissão; como condições necessárias para esta actuação por parte da instituição europeia estão previstas as seguintes (cf. artigo 99.º, n.º 1):

- (a) que o sistema de gestão e controlo do programa apresente uma deficiência grave que coloque em risco a participação comunitária já paga ao programa;

- (b) que as despesas que constam de uma declaração de despesas certificada estejam incorrectas e não tenham sido rectificadas pelo Estado-Membro;
- (c) que o Estado-Membro incumpra a sua obrigação de aplicar as correcções financeiras.

Além da expressa previsão do poder da Comissão para aplicar correcções financeiras em caso de falha do Estado-Membro com essa responsabilidade, o Regulamento prevê, de forma inovatória, a possibilidade de sancionamento do próprio Estado-membro incumpridor através da anulação, total ou parcial da participação dos fundos estruturais feitos a favor desse Estado-Membro, o que se deverá aferir em função do grau de incumprimento que esteja em causa (cf. artigo 99.º, n.º 5).

O procedimento de aplicação de correcções financeiras pela Comissão surge reforçado com algumas novidades, como sejam (i) o prazo para o Estado-Membro apresentar as suas conclusões provisórias e (ii) a possibilidade de demonstração da dimensão da irregularidade (cf. artigo 100.º, n.º 1).

Por fim, notamos que o Regulamento prevê expressamente que a aplicação da correcção financeira pela Comissão – que atinge os montantes transferidos pela União Europeia para as Autoridades de Gestão – não exime os Estados-Membros da obrigação de, através da aplicação de correcções financeiras, procederem à recuperação dos recursos que tenham libertado para os beneficiários dos programas operacionais (cf. artigo 101.º).

2.4. O Regulamento (UE) n.º 1303/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17.12.2013

Apesar de se manter em vigor o Regulamento (CE) n.º 1083/2006 – nomeadamente ao nível da anulação total ou parcial – para as intervenções aprovadas com base nele, esse diploma foi, entretanto revogado pelo Regulamento (UE) n.º 1303/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17.12.2013, que veio estabelecer as disposições comuns relativas à aplicação de diversos fundos europeus².

² Designadamente, para o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, para o Fundo Social Europeu, para o Fundo de Coesão, para o Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural, para o Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas e para o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional.

Neste novo Regulamento está previsto um novo limite para a aplicação de correcções financeiras pela Comissão; assim, é necessário que se verifique uma de duas condições alternativas:

- (a) que o incumprimento tenha afectado a escolha da atribuição do apoio ou, nos casos em que, devido à natureza do incumprimento, não seja possível determinar esse impacto, exista um risco fundamentado de que o incumprimento tenha tido esse efeito [cf. artigo 85.º, n.º 2, alínea a)];
ou
- (b) que o incumprimento tenha afectado o montante da despesa declarada para reembolso pelo orçamento da União; ou – nos casos em que, devido à natureza da infracção, não seja possível determinar esse impacto –, exista um risco fundamentado de que o incumprimento tenha tido esse efeito [cf. artigo 85.º, n.º 2, alínea b)].

Este novo regulamento veio também acrescentar a necessidade de existir um quadro legal para o efeito de determinação das correcções financeiras a aplicar, em concretização do princípio da segurança jurídica.

A referida intenção de reforço da segurança jurídica resulta de vários dos seus considerandos. No *considerando* (72) prevê-se que “Para salvaguardar o orçamento da União, a Comissão poderá ter de efetuar correções financeiras. A fim de garantir a segurança jurídica dos Estados-Membros, é importante definir as circunstâncias em que as violações do direito da União ou nacional aplicável relacionadas com a sua aplicação podem conduzir à realização de correções financeiras pela Comissão”.

Densificando o exposto no considerando anterior, o legislador da União Europeia, no *considerando* (120), dispôs que “Convém estabelecer formas e procedimentos específicos para as correções financeiras efetuadas pelos Estados-Membros e pela Comissão no que diz respeito aos Fundos, no respeito do princípio da proporcionalidade, a fim de proporcionar segurança jurídica aos Estados-Membros”. Ainda a este respeito, no *considerando* seguinte [(121)], afirmou a necessidade de “criar um quadro legal que preveja sistemas de gestão e controlo sólidos, a nível nacional e regional, e uma repartição adequada das funções e das responsabilidades no contexto da gestão partilhada. Por conseguinte, o papel da Comissão deverá ser especificado e clarificado, e deverão também ser definidas regras proporcionadas para a aplicação de correções financeiras pela Comissão”.

No restante, mantém-se, sem especificidades de maior, o regime dos anteriores regulamentos a propósito da matéria e que se explicitaram *supra*.

2.5. As orientações da Comissão em matéria de correcções financeiras

De forma a melhor concretizar o poder de aplicação de correcções financeiras pela Comissão, esta instituição europeia adoptou, através da Decisão C/2001/476³, orientações que definem os princípios, os critérios e as tabelas indicativas a aplicar pelos serviços da Comissão na determinação das correcções.

Um dos princípios de aplicação das correcções financeiras é relativo ao seu montante, estabelecendo-se que, sempre que isso fosse possível, ele deveria ser igual ao montante das despesas indevidamente imputadas aos Fundos – é dizer, ao montante do financiamento europeu indevidamente recebido. Quando tal não se revele possível – por ser difícil alcançar o exacto montante ou por a anulação total constituir uma medida desproporcionada –, a Comissão deve determinar as correcções com base numa extrapolação ou em taxas forfetárias, determinadas em função da gravidade da infracção determinada e das implicações financeiras da irregularidade.

Relativamente às irregularidades detectadas na aplicação dos regulamentos comunitários relativos aos processos de adjudicação de contratos públicos co-financiados pelos Fundos Estruturais e pelo Fundo de Coesão para os períodos de programação 2000-2006 e 2007-2013, a Comissão Europeia adoptou orientações específicas no documento com a referência COCOF 07/0037/03⁴, a que anexou uma tabela identificando tipos de irregularidades mais recorrentes a que são associadas as “correcções recomendadas”.

Estas orientações tinham como destinatários os Serviços da Comissão, pretendendo dotá-los de um mecanismo apto a uma abordagem comum para o tratamento das irregularidades identificadas e em que a Comissão deveria intervir em substituição da intervenção principal (acometida, como se evidenciou, aos Estados-Membros).

No entanto, e como vem sendo cada vez mais recorrente nos actos da Comissão, as referidas orientações continham uma recomendação às autoridades nacionais para que seguissem os mesmos critérios e as mesmas taxas na aplicação das correcções financeiras.

Estas orientações vieram a ser substituídas e actualizadas através da Decisão da Comissão Europeia, de 19.12.2013 [C(2013) 9527], relativa à “definição e

³ Idêntica decisão foi tomada para o Fundo de Coesão – cf. Decisão da Comissão C/2002/2871.

⁴ Trata-se do documento intitulado “Orientações para a determinação das correcções financeiras a aplicar às despesas co-financiadas pelos Fundos Estruturais e pelo Fundo de Coesão em caso de incumprimento das regras em matéria de contratos públicos”.

à aprovação das orientações para a determinação das correcções financeiras a introduzir nas despesas financiadas pela União no âmbito da gestão partilhada, em caso de incumprimento das regras em matéria de contratos públicos”, a aplicar para os períodos de programação de 2007-2013 e 2014-2020.

De acordo com a referida Decisão, as orientações reflectem a experiência adquirida na aplicação das correcções (durante os períodos de programação de 2000-2006 e de 2007-2013) – visível, por exemplo, na especificação de novas irregularidades – e destinam-se a ser utilizadas pelos serviços da Comissão para garantir a igualdade de tratamento entre os Estados-Membros, a transparência e a proporcionalidade na aplicação de correcções financeiras relacionadas com despesas financiadas pela União. Ainda de acordo com a decisão, o seu objectivo é reconstituir, ao nível financeiro, a situação que deveria existir no caso de cumprimento integral das regras comunitárias aplicáveis.

De notar, também, que nas novas orientações se harmonizam as correcções aplicáveis aos contratos públicos abrangidos pelas Directivas em matéria de contratação pública e aquelas que estavam abrangidas pelos princípios dos Tratados⁵.

Igualmente presente nas novas orientações temos o *soft law* comunitário resultante da recomendação às autoridades competentes dos Estados-Membros para aplicarem os mesmos critérios e taxas ao corrigir as irregularidades detectadas pelos seus próprios serviços, excepto quando apliquem normas internas mais rigorosas.

Quanto à taxa de correcção a aplicar – que varia, de acordo com a tabela anexa à decisão, entre 5%, 10%, 25% e 100% –, a decisão da Comissão refere expressamente que as tabelas “são aplicáveis quando não seja possível quantificar com precisão as implicações financeiras para o contrato em causa”, admitindo também que “se a irregularidade é apenas de natureza formal, sem qualquer impacto financeiro, efetivo ou potencial, nenhuma correcção será efectuada”.

A propósito das orientações para a determinação das correcções financeiras a introduzir nas despesas financiadas pela União no âmbito da gestão partilhada, em caso de incumprimento das regras em matéria de contratos públicos, tem-se assistido a uma certa extensão do seu âmbito objectivo de aplicação.

As orientações adoptadas através da Decisão C/2001/476 e COCOF 07/0037/03 tinham por âmbito de aplicação objectivo a violação das directivas

⁵ Na senda, aliás, da *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos* (documento 2006/C 179/02).

relativas aos procedimentos de contratação pública e dos princípios do Tratado nos casos dos contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, abrangidos pelas directivas.

Na mais recente Decisão da Comissão que aprovou as orientações para a aplicação das correcções financeiras por incumprimento das regras de contratação pública, foi alargado o âmbito de aplicação à violação das normas nacionais de contratação pública de cada um dos Estados-membros⁶. Decorre da referida Decisão que “independentemente da existência de um interesse transfronteiriço certo em relação a um determinado contrato não abrangido (ou só parcialmente abrangido) pelas disposições das Directivas, é necessário examinar se a despesa declarada para o contrato está conforme com as regras nacionais em matéria de contratos públicos”.

Assim, tendo em conta este novo quadro, prevê-se a possibilidade de aplicação de correcções financeiras pela Comissão Europeia em três situações: (i) violação das directivas relativas à formação de contratos públicos; (ii) violação dos princípios do Tratado; e (iii) violação das regras nacionais de contratação pública.

3. A aplicação de correcções financeiras em Portugal

O ordenamento jurídico português é absolutamente omissivo no que respeita ao quadro legal de aplicação das correcções financeiras impostas aos beneficiários dos fundos comunitários por violação das regras da contratação pública.

No entanto, a previsão para a aplicação de correcções financeiras às entidades beneficiárias dos fundos comunitários resulta do Decreto-Lei n.º 312/2007, que define o modelo de governação do QREN e dos respectivos programas operacionais, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 74/2008, de 22 de Abril e pelo Decreto-Lei n.º 99/2009, de 28 de Abril. Assim, prevê-se (ainda que de

⁶ A inclusão, nas novas orientações aprovadas pela Comissão Europeia, da aplicação de correcções financeiras pela violação das regras de contratação pública nacionais dos vários Estados-membros não é isenta de dúvidas. Veja-se que, nos diversos Estados-membros da União Europeia se estabelecem diferentes limiares para a obrigação de adopção de procedimentos de contratação pública mais concorrenciais. Isto significa que, um Estado-membro que possua limiares superiores para a realização de um procedimento de formação de contrato mais concorrencial estará menos sujeito à aplicação de correcções financeiras que um Estado-membro em que os limiares sejam menores. Esta solução irá, por um lado, suscitar novos litígios entre os Estados-membros e a Comissão e poderá constituir, por outro lado, um desincentivo à criação de regras de contratação pública mais restritivas, principalmente nos Estados-Membros que mais beneficiam dos fundos estruturais.

forma lata) na alínea v) do n.º 1 do artigo 45.º daquele diploma que, compete à autoridade de gestão dos programas operacionais temáticos, através da sua comissão directiva, “assegurar a criação e o funcionamento de um sistema de controlo interno que previna e detecte as situações de irregularidade e permita a adopção das medidas correctivas oportunas e adequadas”.

As diversas entidades nacionais que gerem os fundos comunitários vêm densificando as normas constantes do Decreto-Lei n.º 312/2007 através da criação de diversos regulamentos. Com uma abrangência mais transversal, pode salientar-se o *Regulamento Geral do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional e do Fundo de Coesão*. Num âmbito mais sectorial, os programas operacionais (concretamente, *Potencial Humano*, *Factores de Competitividade* e *Valorização do Território*) vêm também aprovando regulamentos, nos quais está prevista a aplicação de correcções financeiras no caso de incumprimento das regras de contratação pública.

Sucedem que, em todos estes casos, as regras específicas dirigidas à aplicação das correcções financeiras surgem previstas de forma muito abrangente e sem a clareza necessária, tendo em consideração os impactos financeiros que comportam para as entidades beneficiárias.

Assim, em face da inexistência de um quadro jurídico nacional que preveja as taxas e critérios a aplicar no caso de incumprimento das regras de contratação pública, as autoridades nacionais vêm fundamentando (pelo menos no caso do *Programa Operacional Temático Valorização do Território*) a aplicação das correcções financeiras com base nos critérios e taxas estipulados no anexo à Decisão da Comissão Europeia, de 19.12.2013 [C(2013) 9527].

Ora, como se analisará *infra*, a solução adoptada pelas entidades nacionais responsáveis pela gestão dos fundos comunitários poderá não ser, do ponto de vista jurídico, a mais acertada, considerando, por um lado, os efeitos jurídicos que a decisão da Comissão pretende produzir (internos ou externos) e, por outro lado, o âmbito de aplicação subjectivo daquela Decisão da Comissão.

3.1. Dos efeitos jurídicos da Decisão da Comissão que aprova as orientações para a aplicação de correcções financeiras

Como se vinha dizendo, as entidades nacionais gestoras dos fundos comunitários vêm aplicando as orientações e os critérios e taxas adoptados pela Decisão da Comissão Europeia para fundamentar a imposição de correcções financeiras às entidades beneficiárias que incumpram as regras de contratação pública.

Ora, uma das questões que resulta da aplicação da Decisão da Comissão que aprovou as orientações e de que, em primeira linha, depende a admissibilidade de estas poderem ser aplicadas pelos Estados-membros com carácter vinculativo, é a de saber se esta Decisão tem a pretensão de produzir efeitos jurídicos externos ou apenas internos.

No que respeita a este ponto, não existe no Tribunal de Justiça um acerto que permita aferir dos efeitos jurídicos produzidos por esta Decisão – desde logo, porque a mesma é ainda recente (19.12.2013). No entanto, o TJUE já teve oportunidade de se pronunciar sobre este tema, embora com conclusões distintas, nos acórdãos de 16.09.2013 e de 06.04.2000, respectivamente, Processo n.º T-402/06 e Processo n.º C-443/97.

No âmbito do acórdão proferido a 16.09.2013, o TJUE veio decidir que “através da criação das Orientações de 2002, a Comissão adoptou as regras de conduta administrativa que visam produzir efeitos externos, anunciou através da sua publicação que as aplicaria no futuro aos casos por ela abrangidos”. Já no acórdão de 06.04.2000, que versou em particular sobre os efeitos jurídicos das “orientações da Comissão, de 15 de Outubro de 1997, relativas às correcções financeiras líquidas no quadro da aplicação do artigo 24.º do Regulamento (CEE) n.º 4253/88 do Conselho, de 19 de Dezembro de 1988”, foi decidido que “orientações internas não podem ser consideradas um acto destinado a produzir efeitos jurídicos” e que “produzem efeitos unicamente na esfera interna da administração e não criam direitos ou obrigações na esfera jurídica de terceiros”.

Assim, caso se venha a entender que a Decisão da Comissão de 19.12.2013, apenas é susceptível de produzir efeitos jurídicos internos, não poderá servir de pressuposto ou base jurídica para aplicação de quaisquer correcções financeiras, seja no âmbito da relação entre a Comissão e os Estados-membros, seja no âmbito da relação entre os Estados-membros e as entidades beneficiárias dos fundos.

Entendendo-se que daquela Decisão emergem efeitos jurídicos externos, então esta poderá servir de base para a aplicação das correcções financeiras aos Estados-membros. Mais duvidosa será a sua aplicação directa dentro dos próprios Estados-membros, isto é, no âmbito das correcções financeiras aplicadas pelos Estados aos beneficiários dos fundos.

Para aferir dessa eventual aplicabilidade (Estados-membros/beneficiários) é, desde logo, necessário atender às características da Decisão no âmbito dos actos jurídicos da União Europeia, e em particular, como veremos ao seu âmbito de aplicação subjectivo.

3.2. As características jurídicas das Decisões (da União Europeia)

Nos termos do disposto no parágrafo terceiro do artigo 288.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), “a decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória em relação a estes”, normativo do qual podemos inferir as seguintes características estruturais da *decisão*:

- (i) Tem aplicabilidade individual (o que a distingue do regulamento), dirigindo-se, então, individualmente aos seus destinatários que deve obrigatoriamente designar. Para esse efeito, basta que o universo dos destinatários seja claramente identificável na altura da produção de efeitos da decisão e que tal universo não possa posteriormente ser alterado. O conteúdo da decisão deve, pois, ser adequado para produzir efeitos directos e precisos no que se refere à situação do destinatário. Nesse sentido, a decisão pode também afectar individualmente terceiros, na medida em que estes, devido a características pessoais ou a circunstâncias específicas, sejam susceptíveis de ser identificados em condições similares aos destinatários e, por isso, e de uma forma idêntica, possam ser identificáveis como destinatários;
- (ii) É vinculativa em todos os seus elementos, o que a distingue da directiva, que só vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar;
- (iii) Tem aplicabilidade directa aos seus destinatários⁷.

No mesmo sentido, salienta João MOTA DE CAMPOS que “a decisão obriga apenas os destinatários que ela própria designar, individualizando-os”, podendo “também ser utilizada para prescrever a um Estado ou grupos de Estados-membros um objectivo cuja realização passa pela adopção de medidas nacionais de alcance geral – apresentando-se nesse caso como um instrumento de legislação indirecta próximo da directiva mas que desta se distingue porque, à semelhança do regulamento, a decisão é obrigatória em todos os seus elementos e não apenas quanto ao resultado a atingir”⁸.

⁷ Cf. Klaus-Dieter BORCHARDT, *O ABC do Direito da União Europeia*, Serviço de Publicações da União Europeia, 2011, pp. 93 e 94.

⁸ Cf. João MOTA DE CAMPOS, *Direito Comunitário*, Vol. II, 5.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 139 e 140.

Ora, da análise da Decisão da Comissão 19.12.2013, identificam-se como destinatários directos apenas os serviços da própria Comissão:

- tal decorre, desde logo, do *Considerando (1)*, no qual se expõe que “As presentes orientações têm como objectivo fornecer as indicações aos serviços pertinentes da Comissão sobre os princípios, critérios e tabelas indicativas a aplicar na determinação das correcções financeiras introduzidas pela Comissão nas despesas financiadas pela União” (cf. ainda a este respeito o *Considerando 6* da Decisão).
- decorre ainda do 2.º parágrafo do artigo 2.º da Decisão, no qual se prevê que “As orientações em anexo devem ser aplicadas pela Comissão ao efectuar correcções financeiras relacionadas com irregularidades detectadas”.

De acordo com o texto da Decisão são, então, os serviços da Comissão os destinatários das orientações dela resultantes.

A Decisão secundariza, por isso, a referência aos Estados-membros. Com efeito, apenas do Anexo aprovado pela Decisão da Comissão resulta que “as autoridades competentes dos Estados-membros são aconselhadas a aplicar os mesmos critérios e taxas ao corrigir as irregularidades detectadas pelos seus próprios serviços, exceto quando apliquem normas mais rigorosas”.

Emerge assim desta Decisão uma dupla dimensão: (i) para os serviços da Comissão, esta Decisão é vinculativa; (ii) para os Estados-membros, funciona como uma recomendação no sentido de conformar a actuação destes em certo sentido, sem que, no entanto, se estabeleça a sua obrigatoriedade ou uma sanção para o caso de não se acatar a recomendação.

De modo que, tendo em consideração a lição de João MOTA DE CAMPOS, esta Decisão da Comissão constitui para os Estados-membros um *instrumento de legislação indirecta* que necessitaria, para se tornar efectivo, de ser introduzido no ordenamento jurídico nacional, por via de um acto legislativo.

Considerando o já exposto no que respeita ao quadro jurídico nacional relativamente à previsão de regras de aplicação das correcções financeiras, verifica-se que não existe qualquer acto legislativo ou sequer regulamentar que tenha “transposto” para a ordem jurídica nacional as regras e tabelas indicativas a aplicar na determinação das correcções financeiras.

Essa omissão pode constituir, para as entidades gestoras dos fundos, uma dificuldade acrescida nas situações em que, verificando a existência de irregularidades nos procedimentos de formação de contratos pelas entidades benefi-

ciárias, não possuem um quadro jurídico, legal ou regulamentar, que permita sustentar a aplicação das correcções financeiras.

Ainda conexcionada com esta questão, emerge a questão de saber se o enquadramento pode resultar de um acto regulamentar ou se é necessário que a sua consagração resulte de um acto legislativo. Tudo dependerá da extensão interpretativa que for conferida ao n.º 8 do artigo 112.º da Constituição da República Portuguesa. Nos termos do referido comando constitucional, a “transposição de actos jurídicos da União Europeia para a ordem jurídica interna assume a forma de lei, decreto-Lei ou, nos termos do disposto no n.º 4, decreto legislativo regional”.

Ora, no âmbito dos actos jurídicos da União Europeia enquadram-se os Regulamentos, as Directivas, as Decisões e as Recomendações. Deste modo, a entender-se que a Decisão da Comissão constitui para os Estados-membros uma Recomendação, a sua transposição teria de ser incorporada no direito nacional por via “de lei, decreto-Lei ou, nos termos do disposto no n.º 4, decreto legislativo regional”⁹.

Contribui para esta interpretação o disposto no n.º 4 do artigo 2.º do Regulamento (CE, Euratom) n.º 2988/95, do Conselho, de 18 de Dezembro de 1995, no qual se prevê que “sob reserva do direito comunitário aplicável, os procedimentos relativos à aplicação dos controlos e das medidas e sanções comunitários são regidos pelo direito dos Estados-membros”. Efectivamente, o legislador comunitário, ao definir que os procedimentos dos controlos e das medidas e sanções comunitários “são regidos pelo direito dos Estados-membros”, está a transmitir para estes a responsabilidade de introduzir no direito interno as regras e medidas para a sua aplicação.

Concluindo-se neste sentido, caberia ao Estado-membro criar o quadro legal de aplicação das correcções financeiras, seja, no âmbito do procedimento propriamente dito, seja no âmbito da respectiva tipificação das situações que originam a aplicação das correcções financeiras e, obviamente, das respectivas consequências.

Poderá, todavia, partir-se do entendimento de que a integração dos critérios e taxas constantes da Decisão no direito interno dos Estados-membros não

⁹ Poderia pensar-se que a expressão “transposição de actos jurídicos da União Europeia” constante do normativo citado respeita tão só às Directivas; no entanto, essa não seria uma interpretação consentânea com a revisão constitucional de 2004 em que se substituiu a expressão “transposição das directivas” pela formulação actual (“transposição de actos jurídicos da União Europeia”), totalmente coincidente com a epígrafe da Secção I do TFUE (no qual se integra o *supra* citado artigo 288.º do TFUE).

comporta, necessariamente, uma transposição, nos termos previstos no n.º 8 do artigo 112.º da Constituição.

Nessa circunstância, seria de admitir que a previsão das correcções financeiras a aplicar em caso de incumprimento, pelos beneficiários, das regras da contratação pública fosse susceptível de ocorrer por via regulamentar.

Isto posto, a resposta a dar à questão exposta sempre haverá de ser encontrada no âmbito da interpretação a conferir ao n.º 8 do artigo 112.º da Constituição.

3.3. Do carácter (não?) sancionatório das correcções financeiras

Uma outra questão que vem emergindo no âmbito da aplicação das correcções financeiras relaciona-se com o facto de se aferir se – para efeitos de aplicação do Regulamento (CE, Euratom) n.º 2988/95 do Conselho, de 18 de Dezembro de 1995, relativo à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias – as correcções financeiras aplicadas constituem (verdadeiras) *sanções* ou *medidas administrativas* e se, em consequência, estão (ou não) sujeitas ao princípio da não retroactividade¹⁰.

Esta questão assume particular relevância na medida em que, no § 2.º do artigo 2.º da Decisão, se estipula que as “orientações em anexo devem ser aplicadas pela Comissão ao efectuar correcções financeiras relacionadas com irregularidades detectadas após a data de adopção da presente decisão”. Significa isto que, a Decisão, ao referir-se às *irregularidades detectadas* e não às *irregularidades ocorridas* após a data da sua adopção, admite que as correcções a aplicar poderão ter efeitos retroactivos (na medida em que se poderiam aplicar a irregularidades *detectadas* após a Decisão mas *ocorridas* antes de esta ter sido adoptada).

Ora, a legalidade da aplicação retroactiva da Decisão há-de depender do enquadramento das correcções financeiras aplicadas, no âmbito das *sanções administrativas* ou no âmbito das *medidas administrativas*.

Com efeito, a entender-se que as correcções financeiras aplicadas pelo incumprimento das regras da contratação pública constituem “sanções administrativas”, a sua aplicação com carácter retroactivo viola o disposto no n.º 2 do

¹⁰ A questão de saber se a aplicação de correcções financeiras pelo incumprimento das regras de contratação pública acarreta sanções administrativas ou apenas medidas administrativas, encontra-se actualmente em discussão perante no TJUE, suscitada que foi através de reenvio prejudicial, no TJUE (Processo n.º C-260/14 e C-261/14), pela Curtea de Apel Bacău (Roménia).

artigo 2.º do Regulamento (CE, Euratom) n.º 2988/95 do Conselho, de 18 de Dezembro de 1995, relativo à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias. De acordo com esta norma, “não pode ser aplicada qualquer sanção administrativa que não tenha sido prevista em acto comunitário anterior à irregularidade”.

A respeito da distinção entre *medidas* e *sanções* administrativas é necessário recorrer ao disposto no artigo 4.º e no artigo 5.º do referido Regulamento.

Nos termos do disposto no artigo 4.º é considerada *medida administrativa* (n.º 4 do referido artigo), a retirada “vantagem indevidamente obtida”.

Nos termos do artigo 5.º, são consideradas *sanções administrativas* as que visam reprimir as “irregularidades intencionais ou causadas por negligência”, e que consistem, entre outras, na “privação total ou parcial da vantagem concedida pela regulamentação comunitária” [cf. alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º].

Refira-se que na identificação de um critério diferenciador do conceito de *medidas* e *sanções* administrativas, não é possível recorrer apenas à dimensão da correcção financeira a aplicar, na medida em que, resulta tanto do disposto no artigo 4.º do Regulamento (relativo às *medidas*), como do artigo 5.º [em particular da al. c) do n.º 1, relativo às *sanções*], que a correcção financeira proposta tem por objecto unicamente uma parte do financiamento concedido.

Assim, o critério de distinção entre as *sanções* e as *medidas* administrativas terá que ser outro:

- i. O artigo 4.º tem aplicação nas situações em que é atribuída uma vantagem, com erro nos pressupostos de facto ou de direito na atribuição da mesma¹¹; e,
- ii. O artigo 5.º é aplicável nas situações em que, apesar de estarem reunidos os pressupostos de facto e de direito para a atribuição da vantagem, não são cumpridas as regras estabelecidas na execução dos projectos que determinaram a obtenção da vantagem.

¹¹ Isso mesmo parece resultar da jurisprudência do Tribunal de Justiça. No acórdão de 13.12.2012, Processo n.º C-670/11, o TJUE decidiu que “quando o legislador da união fixa condições de elegibilidade para a concessão de uma ajuda, a exclusão a que conduz a inobservância de uma dessas condições é, não uma sanção, mas sim a simples consequência do incumprimento das condições previstas na lei”. Também no Acórdão de 04.06.2009, Processo n.º C-C158/08, parece indiciar essa solução ao decidir que “essa obrigação [de reembolsar] não constitui uma sanção, mas antes a simples consequência da constatação de que as condições exigidas para a obtenção do benefício resultante da regulamentação comunitária foram criadas artificialmente, fazendo com que seja indevido o benefício concedido e justificando assim a obrigação de o reembolsar”. Cf., no mesmo sentido, Acórdãos de 24 de Maio de 2007, *Maatschap Schonewille-Prins*, C-45/05, Colet., p. I-3997, n.º 47, e de 24 de maio de 2012, *Hehenberger*, C-188/11, n.º 37.

A valer como boa a interpretação agora apresentada, nas situações em que não há erro nos pressupostos de facto ou de direito que justificaram a atribuição da vantagem, o incumprimento das regras (de forma intencional ou negligente) implicará a aplicação de uma sanção.

Esse parece ser, inclusivamente, o entendimento do TJUE em matéria de aplicação de correcções financeiras por irregularidades na observância das regras de contratação pública.

A este propósito, o TJUE decidiu no Acórdão de 21.12.2011 (Processo n.º C-465/10) que “na medida em que resulta expressamente do artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2058/88 que as acções financiadas pelo orçamento da União devem ser realizadas no respeito total das directivas relativas à adjudicação de contratos públicos, a violação pelo beneficiário de uma subvenção da União, na sua qualidade de entidade adjudicante, das regras previstas pela Directiva 92/50 [relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços] com vista à operação objecto dessa subvenção, constitui uma irregularidade como a prevista no artigo 23.º, n.º 1, do Regulamento 4253/88 e o comportamento desse beneficiário deve ser qualificado consoante o caso, de «abuso» ou de «negligência», na acepção dessa disposição”. E que, “a este respeito, há que salientar, por um lado, que a violação das obrigações cujo respeito assumam importância fundamental para o bom funcionamento do sistema comunitário, como as obrigações resultantes da Directiva 92/50 no que se refere à realização de acções financiadas pelo FEDER, pode ser aplicada a sanção de perda de um direito proporcionado pela regulamentação da União”¹².

Admite-se, efectivamente, que esse seja o entendimento mais consentâneo com o disposto no Regulamento (CE, Euratom) n.º 2988/95 do Conselho, de 18 de Dezembro de 1995, principalmente porque na grande maioria das correcções financeiras aplicadas por incumprimento das regras de contratação pública não são aplicadas correcções financeiras líquidas (isto é, que repõem o montante exacto de prejuízo que resultou para o orçamento da União Europeia), mas correcções forfetárias. Ora, este tipo de correcções são aplicadas nas situações em que não é possível apurar um valor financeiro certo da afectação do orça-

¹² O nosso Supremo Tribunal Administrativo também já veio considerar que o acto que ordena a “reposição dos montantes indevidamente recebidos” por beneficiários dos fundos da União Europeia é de natureza sancionatória; no Acórdão de 26.08.2009 (Processo n.º 0609/09), decidiu que “O acto de natureza sancionatória de rescisão desse contrato e ordem de reposição dos montantes indevidamente recebidos, enquanto estatuição autoritária aplicadora do direito ao caso, define-se como acto administrativo”.

mento da União, sendo ainda atendida, para a sua determinação, a “natureza” da infracção cometida¹³.

O legislador da União, ao fazer emergir a “natureza” da irregularidade para a determinação do montante da correcção financeira a aplicar, parece determinar que, além de se dever repor o orçamento da União afectado pela irregularidade, importará ainda graduar a correcção a aplicar, tendo em consideração o tipo de irregularidade cometida. Ou seja, existe, nestas situações, a ideia de produzir um efeito de prevenção geral negativo e positivo, característico do direito sancionatório.

Referências bibliográficas

- BORCHARDT, Klaus-Dieter, *O ABC do Direito da União Europeia*, Serviço de Publicações da União Europeia, 2011, pp. 93 e 94.
- MATIAS PEREIRA, Pedro & SOARES FRANCO, João, «A adjudicação de Contratos Públicos em contexto de crise», in: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- MOTA DE CAMPOS, João, *Direito Comunitário*, Vol. II, 5.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

¹³ Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 448/2001 da Comissão, de 2 de Março de 2001 – que estabelece as regras de execução do Regulamento (CE) n.º 1260/1999 do Conselho no que respeita ao procedimento para a realização de correcções financeiras aplicáveis às intervenções no quadro dos Fundos estruturais [o Regulamento (CE) n.º 1260/1999, foi posteriormente revogado pelo Regulamento (CE) n.º 1083/2006 do Conselho, e mais recentemente, este último foi revogado pelo Regulamento (UE) n.º 1303/2013, do parlamento Europeu e do Conselho] – “Quando não for possível ou praticável quantificar com precisão o montante da despesa irregular ou quando for desproporcionado suprimir integralmente a despesa em questão e, por conseguinte, a Comissão fixar as correcções financeiras com base na extrapolação ou numa base forfetária, o procedimento será o seguinte: (a) No caso da extrapolação, usará uma amostra representativa de transacções com características idênticas; (b) No caso de uma base forfetária, apreciará a importância da infracção às regras, bem como a extensão e as consequências financeiras da irregularidade constatada.”