

Burlas e fraudes sobre interesses orçamentais (do Estado Português e da União Europeia)

Uma “primeira palavra” sobre um tema complexo

– ou tentativa e erro em direito penal

(2.^a parte^[1])

José M. Damiano da Cunha

Professor Associado com Agregação

Universidade Católica Portuguesa

Escola de Direito do Porto / Centro de Estudos e Investigação em Direito

[¹] A primeira parte deste artigo foi publicada no n.º 162 desta revista.

SUMÁRIO: IV. O CRIME DE FRAUDE NA OBTENÇÃO E DE DESVIO DE SUBVENÇÃO. 1. Introdução. 2. Âmbito de aplicação. 3. A necessidade de um resultado – a obtenção / a concessão. 4. O objeto da fraude. 5. As condutas típicas e as qualidades do agente. 6. Breve apreciação da solução vigente. 7. O desvio de subsídio. 8. A fraude/desvio qualificado. 9. A fraude negligente. V. A FRAUDE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA. UM PRÉVIO ENQUADRAMENTO PENAL DE UMA FRAUDE SOBRE PATRIMÓNIO PÚBLICO. 1. Introdução: a contratação pública. 2. O crime de perturbação de arrematações (artigo 230.º do CP). 3. A fraude na contratação pública enquanto crime de burla. 4. Excurso: outros crimes contra a legalidade (orçamental) dos dinheiros públicos previstos na lei penal nacional. VI. OUTROS EFEITOS/OUTRAS IMPOSIÇÕES DECORRENTES DA DIRETIVA (OUTRAS “PRIMEIRAS PALAVRAS”). 1. Introdução. 2. A definição de “funcionário”. 3. Alterações na redação das tipicidades. VII. CONCLUSÃO.

IV. O CRIME DE FRAUDE NA OBTENÇÃO E DE DESVIO DE SUBVENÇÃO^[1]

1. INTRODUÇÃO

O fundamento político-criminal para a autonomização do crime de fraude de obtenção de subsídio insere-se na mesma linha de preocupações do crime de fraude fiscal. Trata-se aqui de garantir a boa

[1] O crime de fraude na obtenção de subsídio, previsto no nosso sistema jurídico-penal, é, como decorre do que já por

várias vezes se disse, muito influenciado pela homónima tipicidade do Código Penal alemão (§ 264 *Subventionsbetrug*).

De resto, no próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 28/84 refere-se expressamente: «Entre os novos tipos

despesa pública – no sentido de que os subsídios ou subvenções devem estar adstritos aos específicos fins que justificam a sua atribuição.

Neste sentido, o pressuposto fundamental é, desde logo, que as condições de elegibilidade para obter o subsídio ou subvenção sejam respeitadas. De facto, estando em causa a atribuição de dinheiros públicos, legalmente regulados (*i. e.*, orçamentalmente previstos), há que cuidar que eles sejam utilizados apenas por aqueles que tenham “verdadeiramente” as condições legais para os utilizar, que se encontrem em condições de realizar os interesses que justificam os subsídios e que tais fundos sejam concedidos na estrita medida do cumprimento das finalidades públicas^[2]. Além disso, é necessário, conseqüentemente, que quem obteve o subsídio o utilize apenas de acordo com o fim legal a que se destina. Por isso, o desvio de subsídio deve ser equiparado, enquanto tipicidade, à fraude na obtenção de subsídio.

de crimes incluídos neste diploma destacam-se a fraude na obtenção de subsídios ou subvenções, o desvio ilícito dos mesmos e a fraude na obtenção de créditos, conhecidos de outras legislações, como a da República Federal da Alemanha, os quais, pela gravidade dos seus efeitos e pela necessidade de proteger o interesse da correcta aplicação de dinheiros públicos nas actividades produtivas, não poderiam continuar a ser ignorados pela nossa ordem jurídica».

Todavia, além das diferenças na conformação do tipo legal de crime (*p. ex.*, em matéria de resultado), é preciso não esquecer que o ponto de partida da redação e regulamentação é anterior a qualquer preocupação com os interesses financeiros da UE (*i. e.*, é anterior a 1995, data do Acto do Conselho já referido).

Por isso, a necessidade de actualização deste tipo legal, como de resto de outros, para efeito de tutela dos interesses financeiros da UE é premente. Actualização a que, *p. ex.*, o StGB já há muito procedeu (*cf.* nota 2 da primeira parte do trabalho, *p. 10*).

Por outro lado, acrescente-se ainda, a título de informação, que o sistema legal alemão não se basta com a previsão do tipo legal referido. Com efeito, adiciona-se ainda um particular diploma legislativo, denominado de *Subventionsgesetz – de 29 de julho de 1976 – Gesetz gegen mißbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen* – Lei contra o recurso abusivo de subvenções; lei que complementa a regulamentação sobre fraudes nesta área. Cremos que, no sistema jurídico português, faltarão (terá faltado) uma lei correspondente/equivalente.

[2] A frustração de fim na obtenção e na utilização da subvenção corresponderá sempre a um “dano” para o Estado (por ausência de relação fim-meio, em termos de fim legal) e à obtenção de uma vantagem ilegítima para o beneficiário (que, no fundo, obtém um “ilegítimo auxílio público” e uma vantagem patrimonial ilícita que pode corresponder também a uma “violação das regras da concorrência”). Neste sentido, a obtenção ou utilização de fundos para fins não legalmente previstos constitui um enriquecimento indevido.

2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

2.1. O tipo legal de fraude na obtenção de subvenção pressupõe a determinação do que significa subvenção/subsídio.

Com efeito, só determinadas subvenções estão protegidas pela incriminação (cf. artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 28/84).

Assim, as subvenções terão de ser prestações provenientes de *fundos públicos*^[3]; isto é, do Estado ou de outras entidades públicas, e devem:

- a) destinar-se a empresas ou unidades produtivas;
- b) ter em vista, pelo menos em parte, o desenvolvimento da economia;
- c) e ser atribuídas sem uma contraprestação própria do mercado.

2.2. Impõe-se agora (se não já há muito tempo) incluir expressamente os fundos que, de acordo com o *Direito da União Europeia* e sob controlo de entidades da UE, devam ser atribuídos sem uma contraprestação de mercado. Observe-se que, pelo menos na Diretiva, os fundos da UE não necessitam de estar subordinados aos mesmos pressupostos (e aos mesmos fins) dos dinheiros públicos concedidos pelo Estado Português (p. ex., pode estar em causa como destinatário uma pessoa individual e não será exigida apenas esta especificação de finalidade, ou seja, dirigir-se à “promoção da economia”^[4]).

Assim, será exigida a inclusão expressa do subsídio proveniente da UE (por todas as razões já referidas) no âmbito desta definição e com um conteúdo próprio.

[3] Fundos públicos do Estado Português decorrentes do seu Orçamento ou então geridos por si ou por entidades sob a sua direção/controlo. Pois, estão em causa fundos, depen-

dentados de opções políticas, que têm de ser definidas por órgãos de soberania (nacionais).

[4] Ou seja, não basta equiparar expressamente o subsídio/subvenção da UE ao subsídio nacional. É preciso consagrar uma noção de subsídio ou subvenção autónoma e específica da UE.