

e.

publica
public law journal

**Proteção de denunciante no setor público e
combate à corrupção - em particular na con-
tratação pública**

**Protection of whistleblowers in the public sec-
tor and the fight against corruption - in parti-
cular in public procurement**

Raquel Carvalho

Vol. 9 No. 2
outubro 2022
e-publica.scholasticahq.com

ISSN 2183-184x

Com o apoio de:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

PROTEÇÃO DE DENUNCIANTES NO SETOR PÚBLICO E COMBATE À CORRUPÇÃO - EM PARTICULAR NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

PROTECTION OF WHISTLEBLOWERS IN THE PUBLIC SECTOR AND THE FIGHT AGAINST CORRUPTION - IN PARTICULAR IN PUBLIC PROCUREMENT

RAQUEL CARVALHO

Professora Associada

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito, CRCFLCEID, Portugal

rmcarvalho@ucp.pt

<https://orcid.org/0000-0001-8929-7936>

Resumo: O combate à corrupção impõe-se como medida de proteção do Estado de Direito e da Democracia. Existem diversos níveis normativos e para normativos que se têm dedicado a estudar o fenómeno da corrupção, seus indícios e mecanismos de combate. Neste texto, abordamos a temática no contexto da contratação pública e de como os dados já disponíveis podem ser úteis na utilização de um mecanismo de combate à corrupção: a denúncia e a proteção dos denunciantes.

Abstract: The fight against corruption is required as a measure to protect the Rule of Law and Democracy. There are several normative and non-normative levels that have been addressing the phenomenon of corruption, its evidence, and mechanisms to combat it. In this text, we address the theme in the context of public procurement and how the data already available can be useful in the use of a mechanism to combat corruption: whistleblowing and the protection of whistleblowers.

Palavras-Chave: Denunciante; setor público; corrupção; contratação pública.

Keywords: Whistleblowers; public sector; corruption; public procurement.

1. Introdução

1. O combate contra a corrupção implica a conceptualização do conceito de integridade de ação. Implica imergir no contexto de conceitos que até há pouco tempo não tinham lugar no âmbito jurídico-administrativo, mas que cada vez mais têm sido convocados para a compreensão e proteção da ação administrativa. Esta integração mais não é do que a tradução, no âmbito de ação pública, das preocupações crescentes sobre a integridade no exercício de poderes públicos.

Por outro lado, o conceito de integridade é mais amplo porquanto se relaciona com o funcionamento do Estado de Direito e, em particular, com o cumprimento da Constituição no que respeita aos Direitos Fundamentais, em particular os Direitos e Deveres Económicos, Sociais e Culturais. O aprofundamento do Estado de Direito e da Democracia e o desafio da emergência de fenómenos políticos ameaçadores do sistema político, associado à preocupação com o controlo da utilização, pelos representantes diretos e indiretos, dos recursos públicos, faz emergir igualmente e com mais evidência a necessidade de apuramento de responsabilidades no sentido de “*accountability*” (Maia, 2020).

2. A atividade de contratação pública, pelo volume orçamental que movimenta, em termos da União Europeia e em termos nacionais, constitui um dos domínios da atividade do setor público que está em evidência no contexto de controlo de práticas ilegais. Como adiante se desenvolverá, o alcance do que se encontra abrangido pela expressão “contratação pública” é mais amplo do que a mera relação com “setor público”. Os diplomas e documentos de *soft law*, que têm vindo a ser emitidos neste âmbito, centram-se essencialmente na falta de integridade dos operadores económicos, durante o procedimento de contratação pública, e na sua relação com a entidade adjudicante.

3. A Diretiva *Whistleblowing*¹ é um dos mecanismos ou instrumentos, dos mais recentes, destinado a combater a corrupção. Insere-se num conjunto de diplomas de vários níveis normativos que, em cascata, abordam a temática da corrupção, uns numa perspetiva global, outros numa perspetiva mais dedicada. A referida Diretiva tem vindo a ser considerado um mecanismo importante na deteção de crimes de colarinho branco em contexto de contratação pública (Gottschalk, Smith, 2016).

Embora o foco principal da Diretiva *Whistleblowing* seja a proteção dos denunciadores de infrações ao Direito da União Europeia (doravante “DUE”) em matéria de contratação pública, iremos abordar a questão da denúncia das infrações não apenas no procedimento de contratação pública, que tem merecido particular atenção das várias entidades fiscalizadoras, mas também a propósito das infrações que surgem posteriormente, ou podem surgir, após a adjudicação de contratos públicos – quer no procedimento pós-adjudicatório, quer na execução do contrato público. Na verdade,

1. Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União (doravante “Diretiva *Whistleblowing*”).

as últimas diretivas sobre a contratação pública contêm disposições imperativas sobre a fase de execução dos contratos, relacionadas com os princípios da contratação pública, pelo que as infrações ao DUE, neste âmbito, podem igualmente referir-se à fase de execução e não apenas ao procedimento adjudicatório.

2. Os instrumentos para combater a corrupção

2.1. Multinível

1. O combate à corrupção tem tido a atenção de entidades internacionais, internacionais regionais e nacionais. A abordagem tem, por conseguinte, de ser feita na perspetiva multinível. Importa, num primeiro momento, dar conta dessas abordagens para, posteriormente, em aproximação de afunilamento, tratar as abordagens particularmente dedicadas à contratação pública.

2. O recentíssimo relatório das Nações Unidas sobre sustentabilidade [*Sustainable Development Report 2022 - From Crisis to Sustainable Development: the SDGs as Roadmap to 2030 and Beyond* (doravante “UN Report, 2022”)]², analisando a implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (doravante “ODS”) 16 - Paz, Justiça e Instituições Eficazes³ -, exhibe indicadores sobre a transparência da atividade e sobre os índices de perceção, também por país⁴. No que respeita a Portugal, pela representação gráfica, o ODS16 ainda comporta desafios, mas está em vias de concretização⁵. No que respeita ao índice de perceção de corrupção, referindo-se a 2021, Portugal obtém 62 pontos em 100⁶. Contudo, numa apreciação global de compromisso governamental e esforço de implementação dos ODS, Portugal surge na tabela de baixo comprometimento⁷.

3. Uma outra organização internacional - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (doravante “OCDE”) -, igualmente preocupada com a questão da corrupção, emitiu uma recomendação em 18 de fevereiro de 2015 sobre esta matéria⁸ [OCDE/Legal/0411(doravante “Recomendação 2015”)], tendo sido elaborado um relatório de acompanhamento a 16 de julho de 2019. A Recomendação 2015 sustentou-se nos princípios da Recomendação OCDE/LEGAL/0369⁹ sobre o “reforço

2. UN Report, 2022, acedido a 13 de junho de 2022 ([2022-sustainable-development-report.pdf](#)).

3. Realça-se que o *target 5* do referido ODS enuncia expressamente a redução substancial da corrupção, em todas as suas formas, principalmente em países em vias de desenvolvimento.

4. UN Report, 2022: pp. 83-469.

5. UN Report, 2022: p. 21.

6. UN Report, 2022: p. 363.

7. UN Report, 2022: p. 48.

8. Recomendação 2015, acedida a 10 de junho de 2022 (<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0411>)

9. Recomendação OCDE/LEGAL/0369, acedida a 21 de junho de 2022 (<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0369>).

da integridade em compras públicas” (transparência, boa gestão, prevenção de condutas de risco, *compliance* e monitorização, responsabilidade, controlo). A Recomendação 2015 sublinhava a necessidade de ser avaliada e equilibrada a inclusão de outras políticas em contexto de contratação pública. Na verdade, a inclusão de vários objetivos, de distinta natureza, num instrumento primordialmente económico, pode potenciar situações de falta de integridade. O relatório reconheceu a implementação das designadas políticas horizontais, o uso da tecnologia nos procedimentos de contratação pública, mas também assinalou a necessidade de investimento em capacitação de recursos humanos e a existência de países que previam instrumentos de avaliação, prevenção e mitigação de riscos. Mais sublinhou a existência de uma tendência crescente, entre os Estados que responderam aos inquéritos, de implementação de mecanismos de transparência, igualdade e não discriminação, proporcionalidade e concorrência efetiva e que funcionavam como “barreiras para o risco de corrupção e quebras de integridade” (p. 87).

4. A União Europeia há muito tem vindo a prestar atenção e a dedicar instrumentos de *soft* e *hard law* à questão da corrupção relacionada com a contratação pública.

A este propósito, há que dividir as preocupações europeias em contextos mais genéricos e em contexto de concretização de impedimentos no âmbito das Diretivas de contratação pública de 2014.

4.1. No âmbito mais genérico, parece-nos relevante, até porque vem sendo igualmente enunciado em outros fóruns, a questão da “profissionalização da contratação pública” (Mimoso, 2021: pp. 247 e ss). Existe, a este propósito, a Recomendação (UE) 2017/1805, da Comissão, de 3 de outubro de 2017 (doravante “Recomendação (UE) 2017”). O considerando (2) logo enuncia como desafio da contratação pública a responsabilização em matéria de fraude e corrupção. No contexto das recomendações do ponto II – Recursos Humanos – Melhorar a formação e gestão da carreira, a Comissão insta os Estados Membros a “incentivar e apoiar as autoridades/entidades adjudicantes a adotarem uma boa gestão dos recursos humanos e sistemas de planeamento de carreiras e motivacionais especificamente vocacionados para as funções da contratação pública” e a criar, entre outros instrumentos de incentivo profissional, “prémios de excelência para promover boas práticas em áreas como a contratação pública responsável em matéria ambiental, social e de inovação ou o combate à corrupção”. Incluem-se ainda “ferramentas e metodologias” para essa profissionalização, devendo os Estados Membros “apoiar e incentivar a integridade, a nível individual e a nível institucional, como uma parte intrínseca de conduta profissional, através de instrumentos que permitam assegurar a conformidade e a transparência e de orientações sobre a prevenção de irregularidades, por exemplo: a) a criação de códigos éticos, bem como de cartas em matéria de integridade; b) a utilização de dados sobre irregularidades como informação a fim de serem concebidas formações e orientações neste domínio, bem como a promoção da auto reabilitação; e c) o desenvolvimento de orientações específicas para evitar e detetar a fraude e a corrupção, nomeadamente através de canais de comunicação de irregularidades.”.

4.2. Em contexto mais restrito, importa referir a *Comunicação sobre ferramentas para lutar contra a colusão na contratação pública* (2021/C 19/01), de 18 de março de 2021 (doravante “Comunicação 2021”). Contextualizando a contratação pública como instrumento que mobiliza vastos recursos financeiros no âmbito do Produto Interno Bruto dos Estados Membros e da União, a Comunicação 2021 preocupa-se em concretizar o conceito de “colusão” (também muitas vezes denominado «manipulação das propostas»). Trata-se de um problema centrado nos operadores económicos e contexto de contratação pública, dentro e fora da União Europeia (García Rodríguez et al., 2022). A comunicação identifica várias formulações daquela manipulação: “concertação prévia do conteúdo das propostas dos operadores (especialmente o preço), de modo a influenciar o resultado do processo, a não apresentação de uma proposta, a atribuição do mercado com base na área geográfica, na autoridade adjudicante ou no objeto do concurso, ou o estabelecimento de mecanismos de alternância para um conjunto de processos”. A intenção é a de criar “a ilusão de que o procedimento foi efetivamente concorrencial”. Depois de indicar as consequências perniciosas de tais práticas (desde as evidentes violações de direito, ao mau uso dos dinheiros públicos por falta de efetiva e genuína concorrência, ao descrédito público nas instituições), a Comunicação 2021 sinaliza a prática, como risco significativo da contratação pública, em particular nos setores de construção civil, de tecnologias da informação e de saúde.

A colusão não é problema exclusivo das Diretivas¹⁰ e a sua deteção é problemática, pois inclui práticas dissimuladoras e muitas vezes bastante sofisticadas. O contexto da contratação pública tem “características específicas que [o] torna [m] mais vulnerável [eis] à colusão comparativamente a outros mercados”. A Comunicação 2021 estabelece instrumentos ao nível da União Europeia: políticas públicas¹¹; instrumentos de apoio aos Estados Membros, indicando práticas a adotar como a disponibilização de recursos, a “utilização dos incentivos administrativos disponíveis para premiar os funcionários”¹²; “a organização de sessões de formação e de sensibilização destinadas ao pessoal responsável por concursos”. Estão indicadas ações designadamente na formação profissional através da inclusão de competências específicas neste domínio¹³ e de partilha de boas práticas. Sublinha a necessidade de “melhorar a cooperação entre as autoridades centrais responsáveis pelos contratos públicos e da concorrência ao nível nacional”, referindo expressamente, entre outras medidas, a promoção de utilização de ferramentas de denúncia de casos de colusão. Além disso, são sugeridas medidas a aplicar nacionalmente, em relação mais íntima com a contratação pública, como a introdução de mecanismos de “apresentação em separado de uma declaração a atestar a independência da proposta,

10. Cfr. o disposto no artigo 101.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (doravante “TFUE”).

11. Veja-se, por exemplo, o «Plano de Ação a Longo Prazo para Melhorar a Aplicação e o Cumprimento das Regras do Mercado Único» [COM (2020) 94 final] - <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2020:0094:FIN:PT:PDF>.

12. Veja-se *supra* a COMUNICAÇÃO 2017.

13. ProcurComp EU (https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procurcompeu--european-competency-framework-public-procurement-professionals_pt).

apensa à própria proposta” ou até cláusulas de rescisão caso se venha a apurar que o adjudicatário atuou em colusão¹⁴.

A Comunicação 2021 estabelece ainda “orientações” (não vinculativas) sobre a forma de aplicação do motivo de exclusão fundado em colusão. Quanto ao âmbito de aplicação, esclarece-se que “a possibilidade de excluir um operador económico por suspeita de colusão não é interpretada, no âmbito da Diretiva, como uma sanção pelo comportamento do operador antes ou durante o processo de adjudicação. Funciona antes como uma forma de garantir o respeito pelos princípios da igualdade de tratamento e da concorrência no processo de adjudicação, bem como assegurar a idoneidade, fiabilidade e habilitação do futuro adjudicatário para executar o contrato”¹⁵. Comparando a previsão da Diretiva 2014/24/EU (doravante: “Diretiva”) com o artigo 101.º do TFUE, a Comunicação 2021 sugere: “[n]uma interpretação da Diretiva coerente com o Tratado, os Estados-Membros deveriam, ao transporem a Diretiva para o direito nacional, poder considerar que são passíveis de desencadear a aplicação deste motivo de exclusão não só os acordos, mas também as práticas concertadas na contratação pública destinadas a falsear a concorrência. Alternativamente, os Estados-Membros poderiam entender essas outras formas de violação das regras da concorrência como um caso de falta profissional grave, justificando uma possível exclusão de um operador económico ao abrigo do artigo 57.º, n.º 4, alínea c), da Diretiva”.

Em Portugal, a opção foi a de consagrar os motivos de exclusão como impedimentos, sem distinção entre motivos obrigatórios e motivos facultativos previstos nas Diretivas de contratação pública¹⁶. Atendendo às consequências da aplicação de um impedimento com estes contornos e gravidade, importa sublinhar a importância da prova, naturalmente, e da aplicação do princípio da proporcionalidade em particular. A previsão do motivo de exclusão (impedimento) trabalha com conceitos indeterminados, o que torna mais exigente a decisão da entidade adjudicante, designadamente em termos de fundamentação e aplicação do instituto do *self-cleaning*. Este instituto permite, para certo tipo de impedimentos, descritos no artigo 55.º A do CCP, a possibilidade de os mesmos, por terem sido implementadas medidas, não terem o efeito de exclusão.

No anexo da Comunicação 2021 constam um conjunto de “recomendações” para combater as situações de colusão: amplitude da concorrência, utilização de mecanismos de pesquisa prévia de mercado, planeamento do procedimento e da contratação pública em geral, ponderação da aquisição

14. A nota constante da Recomendação 2021 a este propósito é importante: “Os operadores económicos já são obrigados a declarar se celebraram qualquer acordo colusório quando apresentam o Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEU-CP). A Comissão poderá equacionar, no futuro, complementar esta disposição com a exigência de uma declaração a confirmar que o proponente preparou a sua proposta de forma independente. A OCDE elaborou um modelo exemplificativo deste tipo de declaração: <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox//search/certificate-independent-bid-determination.pdf>”.

15. Em linha com o considerando 101 da Diretiva.

16. Cfr. o disposto no artigo 55.º do Código dos Contratos Públicos (doravante “CCP”).

centralizada, previsão adequada de prazos de avaliação das propostas para permitir detetar situações de colusão, detetar padrões de propostas, etc.

Ainda em contexto europeu, importa referir o Relatório n.º 6/2019, do Tribunal de Contas Europeu – *Combater a fraude nas despesas da coesão da UE: as autoridades de gestão têm de reforçar a deteção, a resposta e a coordenação* (doravante “Relatório 2019”). Referindo-se a fraude nas políticas de coesão da União Europeia, o Tribunal identificou a maior incidência de fraude lesiva dos interesses financeiros da União no contexto da contratação pública (p. 37). Refere expressamente a ausência de deteção de fraude, associando-a especificamente a situações de conluio na contratação pública (p. 50). No mais, o Tribunal afirma ter observado «muito poucos controlos “pró-ativos” suplementares para detetar a fraude (por exemplo, verificações específicas para detetar conluio nos contratos públicos, incluindo a análise semântica das propostas recebidas ou a deteção de padrões de proposta anormais) (p. 26).

5. Internamente, a Autoridade da Concorrência tem igualmente sido bastante ativa na apresentação de instrumentos que combatam a corrupção (incluindo no setor da contratação pública). A referida entidade teve como principal preocupação o conluio entre operadores económicos e, por conseguinte, dirigido as entidades adjudicantes, tendo divulgado um *Guia de Boas Práticas no Combate ao Conluio na Contratação Pública*¹⁷. Este guia contém um conjunto de indícios de conluio que se destina a ajudar as entidades adjudicantes a identificar situações de potencial falta de integridade dos operadores económicos e a lidar com tais situações. Estes indícios podem, por isso, ser importantes para a denúncia das referidas situações, em contexto de atuações muitas vezes “encobertas”, dissimuladas e difíceis de provar. O referido guia apresenta os momentos em que o conluio pode aparecer: no momento da apresentação das propostas, nas condições comerciais, nas declarações dos concorrentes, nos resultados dos procedimentos e em diversos comportamentos ao longo do procedimento. São apresentados vários exemplos que indiciam situações de conluio – a) existência de um n.º de propostas substancialmente inferior ao habitual ou ao expectável; b) retirada inesperada de empresas do procedimento; c) a constante apresentação de propostas por empresas que não bem-sucedidas, vencendo sempre a mesma empresa; d) existência de concorrentes habituais que não apresentam propostas num procedimento no qual seria de esperar que o fizessem, continuando a concorrer em outros procedimentos; e) apresentação de propostas em consórcio quando seria expectável o surgimento de propostas individuais das empresas que compõem o consórcio; f) apresentação de propostas, com diferentes subscritores, que contêm os mesmos erros (erros ortográficos, gramaticais ou de cálculo), as mesmas lacunas face à informação requerida ou a mesma terminologia, em particular quando atípica; g) apresentação de propostas, subscritas por concorrentes diferentes, com semelhanças evidentes (a mesma formatação, grafia ou correções de última hora; o mesmo papel timbrado, formulários semelhantes ou os mesmos dados de contacto; carimbos de registo postal idênticos ou datas de receção, em

¹⁷<https://www.concorrenca.pt/pt/combate-ao-conluio-na-contratacao-publica> acedido a 13 de junho de 2022 (doravante “Guia, 2018”).

mão, coincidentes; em caso de envio online, os mesmos endereços IP)¹⁸. Por outro lado, é possível detetar padrões nas propostas, como propostas diferentes com preços idênticos, descidas de preços com a entrada de novos concorrentes, flutuações significativas nos preços apresentados pelo mesmo operador económico em diferentes procedimentos de concurso público, declarações de concorrentes que se referem a propostas de outros concorrentes em momento em que ainda não deviam conhecê-las, ou situações de caducidade de adjudicação a um concorrente que depois surge como subcontratado do adjudicatário subsequente. Há ainda que atender ao padrão de rotatividade e ao padrão de distribuição geográfica dos operadores económicos.

Muitas vezes estes padrões podem não ser de imediata deteção, principalmente em procedimentos em que o preço não é o único atributo em concorrência. É a este propósito designadamente que pode fazer sentido a utilização de instrumentos de IT, como programas informáticos de análise de dados, com eventual capacidade de *machine learning* e que se podem revelar precioso auxiliar dos recursos humanos das entidades adjudicantes (García Rodríguez et al., 2022).

O mesmo Guia 2018, além de identificar os riscos/indícios, apresenta igualmente instrumentos de prevenção de risco de conluio nos procedimentos, no lado dos operadores económicos. Realça a importância do planeamento do procedimento (acrescentamos que é importante desde logo planear toda a atividade de contratação pública também para este efeito), designadamente através da pesquisa de mercado – o instrumento adequado será a consulta preliminar ao mercado, prevista no artigo 35.º A do CCP. Tal preparação permitirá perceber que operadores estão no mercado, que produtos/serviços estão já habilitados a fornecer e respetivas características técnicas e mesmo comerciais. Esta prévia preparação será útil para uma clara e cuidadosa preparação das peças do procedimentos, tanto em termos das regras procedimentais (designadamente quanto aos prazos, tipo de tramitação, pedidos de documentos, etc. – domínios em que a tecnologia pode, mais uma vez, ser bastante útil para promover a transparência e assim dificultar o conluio entre operadores económicos), como na construção do critério de adjudicação (a modalidade multifatorial revela-se mais amiga da transparência, embora complexifique o modelo de avaliação das propostas).

A participação e seu alargamento por parte dos operadores económicos é outro dos mecanismos preventivos de risco. Tal pode promover-se através da utilização de procedimentos abertos¹⁹. Quando a opção da entidade adjudicante recair sobre procedimentos com concorrência mais limitada, como no caso de concurso limitado por mera qualificação, por exemplo, impõe-se ter algum cuidado no estabelecimento dos requisitos

18. Guia, 2018: p. 11.

19. Dos contratos celebrados durante o ano de 2020 o tipo de procedimento a que se recorreu com maior frequência foi o ajuste direto representando 50,7% do número total de procedimentos, seguindo-se a consulta prévia 23,6% (Relatório anual de contratação pública em Portugal 2020 - <https://www.base.gov.pt/Base4/pt/noticias/2021/relatorio-anual-de-contratacao-publica-em-portugal-2020/>).

de qualificação para evitar estrangulamento do mercado. Por outro lado, quando a entidade adjudicante pretenda não usar o instrumento da divisão em lotes, impõe-se igualmente uma cuidadosa fundamentação que afaste qualquer suspeita de limitação de concorrência, designadamente quanto a PMEs.

Por fim, mas relevantíssimo, deve existir um investimento na qualificação dos recursos humanos, preocupação partilhada com a União Europeia como acima se identificou. Esta qualificação não é apenas técnica, mas também focada na formação para a integridade de ação. Deverá naturalmente ser acompanhada de instrumentos institucionais adequados e igualmente transparentes, como a implementação de mecanismos de monitorização, consecutivos e aleatórios, que, em conjunto com os demais instrumentos, serão uma fonte séria e robusta para utilização nos canais de denúncia que todas as entidades, públicas e privadas, devem instituir.

6. Importa ainda sublinhar a existência da Recomendação do Conselho de Prevenção e Corrupção, de janeiro de 2020, pela coincidência de indicação de instrumentos de prevenção de situações de corrupção, muito semelhantes ou mesmo iguais aos que o Guia 2018 refere. Na referida Recomendação, sublinha-se a importância de existência de códigos de conduta; da elaboração e implementação de planos de prevenção de riscos de corrupção e respetivos relatórios de execução; a importância de implementação de medidas adequadas a prevenir e gerir situações de conflitos reais, aparentes ou potenciais; a efetivação de apresentação de declarações de interesses; a promoção de cultura organizacional que afaste situações de conflito, sendo que para esse objetivo é particularmente relevante a formação e qualificação profissional dos trabalhadores em funções públicas, qualquer que seja o vínculo que os une às entidades públicas, com a respetiva promoção de responsabilidade individual. É igualmente relevante a existência e funcionamento de mecanismos de monitorização das medidas implementadas, para melhor se identificarem riscos e caracterização das respetivas áreas. E, em particular, no que diz respeito à área de contratação pública, importa referir a Recomendação, do mesmo Conselho, de 2019, que assinala coincidentemente os instrumentos da fundamentação, a transparência, o planeamento, a qualificação de recursos humanos, os mecanismos de controlo e o pleno funcionamento da figura do gestor do contrato.

7. Mesmo a organização *Transparência e Integridade*, não pública, produziu um relatório, relativo a Portugal, sobre *Integridade na contratação pública* (2018)²⁰. Reconhecendo o impacto negativo da corrupção nesta atividade, o referido relatório apresenta, para o ano de 2016, a perceção sobre “má governança e corrupção na contratação pública”: 53% dos inquiridos tinham essa perceção e achavam que 1 em cada 3 membros do governo e legisladores eram essencial ou mesmo integralmente corruptos²¹. A

20. https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ug-TEjJb8N-OJ:https://transparencia.pt/wp-content/uploads/2018/04/TIPT_Integridade-na-Contrata%25C3%25A7%25C3%25A3o-P%25C3%25BAblica_2018.pdf+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clink&gl=pt acessado a 13 de junho de 2022.

21. Cfr. TI, Global Corruption Barometer 2016, p. 4.

TI, Global Corruption Barometer tem, desde 2016, um instrumento de transparência, designado como *pacto de integridade*, no setor das obras públicas. Segundo o relatório acima identificado, este pacto é “um acordo entre uma organização pública contratante de bens ou serviços, os fornecedores privados e a sociedade civil, que assegura os mais elevados níveis de transparência e participação num processo de contratação pública”. Tal instrumento não substitui os mecanismos legais de combate à corrupção. Publicita todas as fases do procedimento e de execução do subsequente contrato, contempla mecanismos de denúncia, prevendo sanções para a sua inobservância, contendo inclusive um mecanismo de resolução de disputas. Em Portugal, existe um Pacto de Integridade, relacionado com o Mosteiro de Alcobaça, celebrado em 2018²². Um dos indicadores que concorre para a perceção de corrupção na contratação pública passa pelo peso dos procedimentos de ajuste direto. Consultado o último Relatório de Contratação Pública do IMPIC, IP, relativo ao ano de 2019, é possível constatar que foram celebrados 72 434 contratos, na sequência de procedimento de ajuste direto. O indicador tem vindo a decrescer: eram 88 272 em 2016, 102 956, em 2017 e 75 143 em 2018²³. Por outro lado, a utilização de procedimentos eletrónicos de contratação pública constitui um instrumento de transparência, mas, embora muito utilizado em Portugal, não é obrigatório para os procedimentos de ajuste direto. O Portal Base, no separador de indicadores, tem dados a este respeito desde 2019: em 2019, foram tramitados em plataforma eletrónica 66 622 procedimentos; em 2020, 76 976 (o que significou um acréscimo de 16%); em 2021, 79 287 (aumento de 3%) e, em 2022, por agora, 50 244 (menos 7%, sendo que o ano ainda não terminou)²⁴.

8. Em termos normativos internos, importa referir a Estratégia Nacional Anticorrupção (Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, de 6 de abril – doravante “Estratégia 2021”) e o Regime geral de prevenção da corrupção (Decreto-Lei n.º 109-E/2021, de 9 de dezembro – doravante “Regime 2021”).

Destes dois diplomas, importa sublinhar a preocupação com a transparência, quer através da elaboração de planos de prevenção de corrupção²⁵, quer pelo reforço de procedimentos mais transparentes – Plano Nacional de Administração Aberta (Estratégia 2021) ou planos de prevenção de riscos de corrupção e infrações conexas, códigos de conduta, canais de denúncia e planos de formação (Regime 2021). No mais, o Código de Conduta do XXIII Governo Constitucional, pautado por vários princípios e por medidas associadas à transparência, foi aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 42/2022, de 9 de maio.

22. <https://pactodeintegridade.transparencia.pt/pacto-de-integridade/>.

23. Contratação Pública Em Portugal – Relatório Anual, 2019, p. 25 (<https://www.base.gov.pt/base4/media/w5adtmas/relat%C3%B3rio-contrata%C3%A7%C3%A3o-p-%C3%BAblica-2019.pdf>)

24. <https://www.base.gov.pt/Base4/pt/estatisticas/indicadores-do-portal-base/>, consultado a 28 de setembro de 2022.

25. Cfr. o disposto no n.º 9 do artigo 81.º do CCP.

5. As denúncias podem ser apresentadas por canais internos ou externos ou divulgadas publicamente (artigo 7.º). Privilegia-se a denúncia interna (“o denunciante só pode recorrer a canais de denúncia externa...”), estabelecendo-se igualmente as condições de divulgação pública (n.º 3).

A Lei 2021 impõe a criação de canais internos de denúncia a todas as pessoas coletivas que empreguem cinquenta ou mais trabalhadores, incluindo pessoas coletivas públicas (Estado e pessoas coletivas de direito público).

Quanto as características dos canais internos de denúncia, o artigo 9.º da Lei 2021 preocupa-se com a segurança, exaustividade, integridade e conservação da denúncia, confidencialidade/anonimato do denunciante e proteção da identidade de terceiros mencionados. Além disso, está igualmente impedido o acesso por pessoas não autorizadas a tais denúncias. A denúncia interna “pode ser apresentada com recurso a meios de autenticação eletrónica com cartão de cidadão ou chave móvel digital, ou com recurso a outros meios de identificação eletrónica emitidos em outros Estados-Membros e reconhecidos para o efeito”. Estes canais podem, todavia, ser operados externamente. Os canais externos estão regulados no artigo 13.º da Lei 2021.

6. Os mecanismos de proteção dos denunciantes encontram-se prescritos na secção IV: confidencialidade da identidade e informações do denunciante; preocupação com a proteção dos dados pessoais; regras sobre a conservação das denúncias. Os meios de proteção passam pela proibição de retaliação e medidas de apoio. Acresce a proteção ínsita na inexistência de cometimento de infração disciplinar, contraordenacional ou criminal associada a denúncia, nos termos do disposto no artigo 24.º da Lei 2021.

3. Proteção dos denunciantes de infrações associadas à violação de normas da contratação pública

3.1. Identificação das infrações

1. As infrações em matéria de contratação pública são uma das grandes preocupações do legislador europeu e nacional. Como vimos, é o primeiro contexto enunciado quer na Diretiva *Whistleblowing* quer na transposição portuguesa na Lei 2021. Embora a legislação expressamente se refira à violação do DUE em matéria de contratação pública (e dos atos que transpõem tais normas do DUE), as demais matérias descritas na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º podem ser alvo de violação em contexto de contratação pública. Por exemplo, e em cumprimento da prossecução de políticas transversais, pode, num procedimento de contratação pública, existir infração de normas que transpõem DUE em relação a segurança de produtos, proteção do ambiente e segurança alimentar. Recorde-se que a inclusão de objetivos associados a políticas transversais, que tornam os procedimentos de contratação pública mais complexos, são situações identificadas como propícias a fenómenos de quebra de integridade de ação pública. A complexidade do

procedimento (das decisões intra-procedimentais e de adjudicação) que resulta da incorporação e prossecução de várias outras políticas públicas, vertida nas especificações técnicas e/ou em fatores inseridos no critério de adjudicação multifatorial, também se reflete no procedimento de elaboração das propostas, apreciação e avaliação das mesmas. Esta complexidade pode ainda contribuir para uma menor transparência quando comparamos estes procedimentos com aqueles em que o único aspeto submetido a concorrência é o preço. Na verdade, os procedimentos de contratação pública sujeitos a critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa implicam um esforço acrescido de fundamentação da decisão final. Recorde-se que a utilização de critérios multifatoriais implica necessariamente a construção de grelhas ou modelos de avaliação de propostas também eles mais complexos (Decarolis, Giorgiantonio, 2022: p. 17). Esta complexidade pode ou não ser acrescida consoante a ela se juntar a complexidade inerente a tipos de procedimento de contratação pública como o diálogo concorrencial, o procedimento de negociação ou as parcerias para a inovação. Por outro lado, todo o acervo de *soft law* que vai sendo emanado, quer diretamente relacionado com a contratação pública, quer com outras matérias que confluem com a contratação pública, vão concretizando as políticas transversais associadas à contratação pública tradicional. Referimo-nos a *Um novo Plano de Ação para a Economia Circular - Para uma Europa mais limpa e competitiva* [COM(2020) 98 final, de 11 de março de 2020], ao *Pacto Ecológico Europeu* [COM(2019) 640 final, de 11 de dezembro de 2019] e às diversas concretizações, como, por exemplo, a *Estratégia do Prado ao Prato - para um sistema alimentar justo, saudável e respeitador do ambiente* [COM (2020) 381 final, de 20 de maio de 2020]. Estes documentos orientadores contêm indicações e apontam estratégias que podem abrir portas ou “facilitar” situações de falta de integridade como a preferência local²⁸, com a indicação de cadeias de abastecimento mais curtas²⁹ ou a política de incentivo às PME³⁰. Recorde-se que quer a integração das políticas transversais extraeconómicas (como as ambientais e as sociais), quer a implementação dos objetivos de abrir a contratação pública às PME são objetivos claramente assumidos pela União Europeia. Por conseguinte, não são objetivos que se possam afastar da contratação pública, sendo necessário implementar medidas e encontrar mecanismos e instrumentos que mitiguem ou excluam o acrescido risco de quebra de integridade associado a essa integração³¹.

2. Ainda antes de identificar os momentos em que a integridade pode estar em causa, importa refletir se, na sequência da transposição da Diretiva *Whistleblowing*, a Lei 2021 criou um dever funcional para os trabalhadores em funções públicas: o de denúncia de infrações em contexto de contratação

28. Sobre as opções, em contratação pública, compatíveis com o DUE, cfr. Fernandes, 2022: pp. 78 e ss.

29. COM (2020) 381 final, de 20 de maio de 2020, pp. 3, 14; COM (2019) 640 final, de 11 de dezembro de 2019, p. 11

30. COM (2020) 381 final, de 20 de maio de 2020, pp. 3, 14; COM (2019) 640 final, de 11 de dezembro de 2019, pp. 3, 8; COM (2019) 640 final, de 11 de dezembro de 2019, p. 11

31. *Vide*, a este propósito, e ainda que se refira a uma situação particular – o regime das Medidas Especiais previstas na Lei n.º 30/2021 –, a posição do Tribunal de Contas, no seu relatório n.º 1/2021, no âmbito da análise dos princípios da contratação pública, em particular o da concorrência.

pública (Carvalho, 2022: p. 132). Entendeu o legislador que a violação de normas de DUE e respetiva transposição podem integrar o conceito de infração disciplinar.

O dever de denúncia de infrações disciplinares existia no Estatuto Disciplinar dos Funcionários Públicos (1984)³². Nos regimes disciplinares que se seguiram, até por causa do contexto dogmático e político que justificava aquela solução, tal dever de denúncia desapareceu. A transposição da Diretiva *Whistleblowing* não parece conter a formulação de nenhum dever funcional nesta matéria, o que se deve louvar porquanto a instituição de tal dever, além de significar um recuo nas regras de gestão de recursos humanos, poderia gerar tensos ambientes de trabalho nas organizações. Daí que a denúncia do cometimento daquelas violações tenha carácter voluntário, o que justifica algumas notas de regime, como é o caso da característica da confidencialidade, prevista no artigo 18.º da Lei 2021. Entendemos, por conseguinte, que a Lei 2021 não instituiu um dever funcional de denúncia.

3. Importa, de seguida, identificar os vários momentos em que a integridade da contratação pública pode estar em risco. Os elementos que são sensíveis a situações de infração das regras de DUE e/ou transposição dos mesmos têm particular importância no procedimento pré-adjudicatório de contratação pública. Daí que os indícios, padrões, comportamentos e declarações suspeitos que se encontram elencadas nos diversos documentos atrás descritos possam ser muito úteis. Contudo, a integridade da contratação pública pode também estar em causa em dois outros momentos: um, ainda dentro da fase de formação do contrato, mas já após a emanção da adjudicação; o outro, anteriormente já adiantado e relacionado com a execução dos contratos, associado às regras sobre modificação objetiva e subjetiva dos contratos públicos já celebrados. Ambos os momentos já não envolvem um universo tão amplo de operadores económicos, circunscrevendo-se antes na relação entidade adjudicante/adjudicatário e contraente público/cocontratante (Ferwerda, Deleanu, Unger, 2017: pp. 249 e ss).

3.1. Concluída a fase de seleção e apreciação das propostas, o júri elabora o relatório final, com a ordenação das propostas (após a audiência dos interessados). Não existindo causa de não adjudicação, o procedimento prossegue com vista à celebração do contrato. Contudo, o nosso CCP permite a introdução de “ajustamentos” antes da celebração do contrato. O legislador teve o cuidado de inserir algumas cautelas, designadamente impedindo práticas que pusessem em causa a concorrência e assim ferissem também a integridade da contratação pública. Contudo, ao contrário do que sucede em sede procedimental préadjudicatária em que o conjunto de operadores económicos pode e atua como controlador recíproco de práticas infratoras das regras de contratação pública (exceto nas situações em que são atores dessas infrações), na fase pós-adjudicatória, tirando

32. A alínea c) do n.º 2 do artigo 23.º do Estatuto Disciplinar de 1984 previa a aplicação de pena de multa aos funcionários e agentes que «[d]eixarem de participar às autoridades competentes infrações de que tiverem conhecimento no exercício das suas funções». Sobre eventuais implicações da consagração de um dever funcional, cfr. Carvalho, 2022: p. 133.

a notificação da adjudicação a todos os concorrentes, nos termos do disposto no artigo 77.º do CCP, bem como a notificação da apresentação dos documentos pelo adjudicatário, nos termos do disposto no artigo 85.º do mesmo diploma (ou situações que conduzem à caducidade da adjudicação), o universo de “controladores” reduz-se significativamente. Ora, a questão dos ajustamentos pode ser um momento de fragilidade para a integridade do procedimento se os referidos ajustes não respeitarem os limites ali definidos ou forem mais amplos do que o permitido. Imagine-se a situação de alargamento do objeto de contrato de prestação de serviços em termos temporais ou ampliação do espaço para a prestação dos serviços contratos, beneficiando economicamente o adjudicatário por aumentar as suas economias de escala.

3.2. O outro momento é o da execução do contrato, designadamente com as modificações objetivas (alargamento do objeto contratual além dos limites permitidos pelo disposto no artigo 72.º da Diretiva e do artigo 313.º do CCP) ou mesmo subjetivas, e particularmente a subversão do instituto da subcontratação (Cesi, Lorusso, 2020).

Recorde-se que um dos limites à modificação objetiva está inscrito no Código dos Contratos Públicos desde o início e prende-se com a infração mais grave ao DUE – a restrição ilegítima, o falseamento ou impedimento da concorrência (n.º 2 do artigo 313.º do CCP). Ou seja, no decurso da execução do contrato, qualquer modificação do conteúdo das prestações ou modo de execução não pode traduzir-se nunca na afetação da concorrência. Ora, nesta fase, em que o olhar público é mais distante, a possibilidade de conluio, de corrupção a este propósito é igualmente uma possibilidade – que, a acontecer, se consubstancia na infração de normas de DUE, de Diretivas (as de contratação pública) e a respetiva transposição.

Portanto, e em conclusão parcial, as infrações ao Direito da União e às respetivas normas internas, em matéria de contratação pública, não se bastam nas matérias de colusão, impedimentos ou práticas anti concorrenciais³³, mas alargam-se a toda a vida do procedimento de formação do contrato e sua execução.

3.2. Instrumentos para denúncia

1. É de facto mais visível, no procedimento pré-adjudicatório, a infração de Direito da União Europeia e sua transposição, em matéria de contratação

33. Vide Acórdão do TCA (Norte), de 2/06/2021, Proc. N.º 00690/19.OBEALM: “por isso mesmo, choca à consciência ético-jurídica que uma empresa que foi condenada com uma coima num processo de contraordenação pela prática de graves infrações à Lei da Concorrência, com prejuízo para o funcionamento transparente do mercado e com prejuízo para uma entidade adjudicante, menos de um mês depois de ser condenada pela Autoridade da Concorrência ao pagamento de uma coima pela prática de tais infrações, venha a ser “premiada” pela mesma entidade adjudicante a quem quis prejudicar, com uma adjudicação de prestação de serviços que incidia igualmente sobre a rede ferroviária nacional” (<http://www.dgsi.pt/itcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c-8003279c7/4c21df782d7328f2802586f500326634?OpenDocument>).

pública. Recordemos que indícios podem ajudar a identificar potenciais situações de colusão entre operadores económicos e, por conseguinte, de ataque à integridade da contratação pública e violação do DUE: número muito inferior ao esperado de propostas, retirada inesperada de empresas habitualmente presentes em procedimentos de contratação pública, recorrência dos subscritores da proposta vencedora, padrão de rotatividade de propostas vencedoras, padrão de distribuição geográfica rotativa de propostas vencedoras, ausência de concorrentes expeáveis, conjugação improvável de propostas, propostas redigidas com o mesmo tipo de gralhas ou erros, propostas com o mesmo preço, alinhamento de preços, diferenças inexplicáveis de preços entre propostas, flutuações injustificadas nos preços apresentados pelos mesmos operadores; referências a outras propostas ou conhecimento indevido ou em tempo indevido de aspetos de outras propostas. Neste momento temporal, o problema centra-se mais, mas não exclusivamente, no universo de concorrentes ou candidatos, em particular se pensarmos nos procedimentos concorrenciais. Contudo, também podem surgir fenómenos de violação de DUE em procedimentos mais fechados, como o ajuste direto ou a consulta prévia. Desde logo, a propósito da própria escolha do procedimento³⁴.

2. A fase subsequente à adjudicação – procedimento pós-adjudicatário – pode igualmente conter infrações ao Direito da União Europeia, e, designadamente, na sua manifestação mais grave, o conluio. Contudo, é igualmente mais difícil detetar tais infrações (umas mais do que outras, naturalmente) porque o foco desloca-se do âmbito dos operadores económicos para a relação entre entidade adjudicantes e adjudicatário. Do mesmo passo, quando se entra na execução do contrato público. De todo o modo, existindo efetivamente monitorização das etapas procedimentais e de execução do contrato, poderão surgir padrões indiciadores: reiteradas situações não esperadas de caducidade da adjudicação ou subcontratação reiterada de concorrentes não adjudicatários, por exemplo.

Se existir um responsável de procedimento, a questão da denúncia pode surgir por essa via. Já no que respeita à execução do contrato, parece-nos que caberá ao gestor do contrato estar atento a fenómenos violadores da integridade da contratação pública. Já em outra sede advogamos a importância de ser criado um Estatuto do Gestor do Contrato. A norma do artigo 290.º A do CCP não parece ser suficiente para disciplinar as competências do Gestor do Contrato³⁵. Ora, uma das competências que pode perfeitamente integrar o acervo de poderes do Gestor é a da denúncia de situações de corrupção ou quebra de integridade em sede de execução do contrato. Até porque o próprio tem de ser independente, assinando uma declaração nos termos do disposto no n.º 7 do artigo 290.º A. O Gestor do contrato funcionaria, nesta perspetiva, como o veículo privilegiado, sem ser necessariamente o único, de identificação, receção e encaminhamento de denúncias.

34. Esta é uma das maiores preocupações do Tribunal de Contas e um dos maiores desafios às entidades adjudicantes que pretendem escolher, de forma legítima, este tipo de procedimentos. A fundamentação da escolha do procedimento afigura-se assim um instrumento de transparência e defesa da própria entidade administrativa (Carvalho, 2019: pp. 70 e ss.)

35. Nem a norma do artigo 344.º do CCP.

3.3. Âmbito subjetivo

Neste contexto, segundo o artigo 5.º da Lei 2021, pode ser denunciante, na fase procedimental antes da adjudicação, para as situações de infração ao DUE detetadas apenas do lado dos operadores económicos – como, por exemplo, uma situação de conluio entre operadores – algum trabalhador da entidade adjudicante que esteja envolvido na tramitação procedimental ou um voluntário ou estagiário [alíneas a) e d) do n.º 2 do artigo 5.º]. Já quanto a situações de infração de DUE que surjam em contexto da relação entre a entidade adjudicante e operadores económicos, a hipótese será mais delicada. Atendendo ao modelo organizacional vertical, tradicional, das entidades públicas como o Estado ou Institutos Públicos, atenta a relação funcional que liga os trabalhadores aos seus superiores hierárquicos, realizar uma denúncia de infração pode ser bastante complexo para um subalterno, principalmente quando a infração é cometida por um superior hierárquico. Se, contudo, a situação de infração ao DUE se situar ao nível do trabalhador, muito provavelmente será através do exercício do poder inspetivo e disciplinar que o superior hierárquico poderá detetar a situação. Neste caso, haverá lugar a procedimento disciplinar do trabalhador que, por força da violação do DUE, concomitantemente viola deveres funcionais gerais de prossecução do interesse público e de zelo, designadamente³⁶. Na fase de execução do contrato, a infração ao DUE situar-se-á na inobservância das normas relacionadas com a modificação do contrato, portanto, ao nível da relação entre contraente público e cocontratante. Na nossa perspetiva, como fomos adiantando, o Gestor do Contrato pode surgir como o sujeito denunciante³⁷.

3.4. Âmbito objetivo

Neste ponto, pretendemos salientar que aqueles indícios atrás mencionados, se bem que possam indicar a existência de situações de corrupção – verificação de, por exemplo, um número muito inferior ao esperado de propostas –, podem revelar-se insuficientes para cumprir o requisito legal descrito no artigo 4.º da Lei 2021: “infrações cometidas, que estejam a ser cometidas ou cujo cometimento se possa razoavelmente prever, bem como tentativas de ocultação de tais infrações”.

Podendo, à primeira vista, parecer fácil apresentar uma denúncia, tal implica que o denunciante consiga determinar, perante os factos de que tem conhecimento, que está perante “uma infração”, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º, e se ela foi cometida (ou, não tendo sido, se é razoavelmente previsível que venha a sê-lo). Ou seja, o denunciante tem de ter formação profissional que lhe permita preencher aqueles requisitos. Os indícios podem ser um instrumento relevante porquanto o denunciante poderá obtê-los, como refere o n.º 1 do artigo 5.º, “no âmbito da sua atividade profissional”. Todavia, entendemos que não se consegue retirar da norma que só assim

36. Cfr. o disposto no artigo 73.º da Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas.

37. Podendo, naturalmente, colocar-se a dificuldade assinalada na relação que este tem com a hierarquia da pessoa coletiva em que se insere.

será possível a denúncia, uma vez que o conceito de “atividade profissional” não se reconduz a atividade laboral, nem sequer pública.

3.5. Canais de denúncia e proteção do denunciante

1. O artigo 8.º exige que as pessoas coletivas, incluindo Estado e demais pessoas coletivas de direito público, com 50 ou mais trabalhadores, disponham de canais de denúncia interna. Não só para efeitos de interpretação da norma em relação a todos os contextos, mas em particular quando se fala em contratação pública, importa determinar com precisão a quem se dirige a norma. Designadamente por causa do conceito de organismo de direito público, previsto no n.º 2 do artigo 2.º do CCP. Estas entidades, que são consideradas entidades adjudicantes, podem ser pessoas coletivas públicas ou privadas, mas atuam no contexto de contratação pública. A luta contra a corrupção e falta de integridade na contratação pública não deve estar dependente, no que respeita a existência e funcionamento dos canais de denúncia, do número de trabalhadores que tem. Por outro lado e em sentido contrário, todas as pessoas coletivas, privadas ou públicas, que empreguem menos de 50 trabalhadores não estão obrigadas a ter canais de denúncia³⁸. Esta disparidade nos regimes, baseada no número de trabalhadores, não se alinha com a estratégia de combate às situações de infração, sendo que determinados fenómenos de quebra de integridade na contratação pública se manifestam em entidades adjudicantes mais pequenas (em dimensão)³⁹. Veja-se, por exemplo, a disposição normativa sobre as autarquias locais que “não têm de dispor de canais de denúncia (...) que, embora empregando 50 ou mais trabalhadores, tenham menos de 10 000 habitantes” (n.º 6).

2. No que respeita a proteção dos denunciantes, releva particularmente a garantia de não retaliação, prevista no artigo 21.º.

2.1. Para funcionar a garantia legal, presume-se que a denúncia se enquadre na lei. O legislador foi generoso quanto ao conteúdo de um ato de retaliação: ato ou omissão (atos, ameaças e tentativas); direto ou indireto; motivado por denúncia interna, externa ou divulgação pública; cause ou possa causar; danos patrimoniais ou não patrimoniais. Impõe que seja em contexto profissional e que a causalidade de dano seja injustificada. Além disso, estabeleceu presunções de atos de retaliação, invertendo assim o ónus da prova, no n.º 6 do artigo 21.º, e com isso “facilitando” o funcionamento da garantia de proibição de retaliação. Muitas das situações ali previstas implicam um aprofundamento do esforço de fundamentação e demonstração de que não se trata de retaliação. Por exemplo, as situações de não renovação de um contrato de trabalho a termo, a revogação de um ato, alterações das condições de trabalho. Sendo que estas situações

38. O n.º 2 do artigo 8.º permite a partilha de recursos para entidades que não sejam de direito público e que empreguem entre 50 e 249 trabalhadores.

39. Cfr. o Relatório n.º 6/2022, do Tribunal de Contas - Auditoria a casos de risco identificados em denúncias ao Tribunal de Contas na área da contratação pública nas autarquias locais.

podem ter regimes distintos quer na comparação entre emprego público e emprego privado, quer, dentro do emprego público, consoante as carreiras sejam gerais ou especiais⁴⁰.

2.2. O instituto da retaliação, ou melhor a sua proibição, levanta dois problemas fundamentais: existindo retaliação, quem praticar os atos que a concretiza comete uma infração disciplinar, por violação do dever de não retaliar. A delimitação desta infração disciplinar revela-se complexa porquanto haverá que determinar que atos foram praticados que possam ser configurados como sendo de retaliação (incluindo-se aí a questão abordada no texto imediatamente antecedente). Por outro lado, a Lei 2021 não aborda, nem seria suposto que o fizesse, a hipótese da retaliação praticada, por exemplo, por quem deve receber as denúncias e proteger o denunciante, na cadeia hierárquica. Por outro lado, quem denuncia indevidamente não beneficia da proteção criada para o denunciante. Importa, todavia, sublinhar que os pressupostos legais inscritos na lei para essa proteção se encontram formulados de modo discricionário: “beneficia da proteção conferida pela presente lei o denunciante que, de boa-fé, e tendo fundamento sério para crer que as informações são, no momento da denúncia ou da divulgação pública, verdadeiras, denuncie ou divulgue publicamente uma infração nos termos estabelecidos no capítulo ii” (artigo 6.º). As situações de fronteira irão colocar-se com toda a certeza, sendo que pode ser eventualmente excessivo o ónus de fundamentação exigido para demonstrar a não verificação de situações de proteção.

2.3. Por outro lado, se bem se compreende a questão do anonimato e confidencialidade, associado a um incentivo de combater a corrupção, também há a considerar a questão do direito de defesa e seu alcance (designadamente de conhecer quem acusa ou denuncia) daquele que é denunciado⁴¹ – que, até prova em contrário, goza da presunção de inocência. A lei reconhece alguma proteção à pessoa visada no artigo 25.º, assegurando o princípio de presunção de inocência e as garantias de processo penal (n.º 1). Sendo o combate às infrações um objetivo político-social de enorme relevância, que, em última instância, se liga à saúde do sistema democrático e das instituições, percebe-se o enfoque no desenvolvimento da denúncia, do denunciante e sua proteção. Mas, qual Maquiavel, o legislador deveria igualmente ter ponderado com mais detalhe, como em outras sedes pondera, a proteção do denunciado. Em particular, tendo em mente denúncias caluniosas e/ou falsas⁴². Não obstante, entendemos que o sistema constitucional de proteção e direito de defesa tem aqui aplicação, sendo eventualmente necessário regulamentar ou mesmo legislar, aperfeiçoando esta lei, no sentido de garantir o estatuto do

40. Acórdão do TCA (Norte), de 29/10/2015, Proc. N.º 01126/15.6BELRS: “Pode ainda o direito à informação sofrer outro tipo de restrições legalmente previstas, como é o caso do acesso à informação sobre o teor e autoria das denúncias, que visam proteger o denunciante de eventuais reacções, legais ou não, do denunciado” (<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/d7aaf3256502f3ce80257f160038e-7b4?OpenDocument>).

41. Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 18.º da Lei 2021. No entanto, se a denúncia for anónima, como se dará cumprimento a esta norma?

42. Cfr. o disposto no n.º 4 do artigo 24.º da Lei 2021. Discutindo a denúncia como direito, numa perspetiva ético-filosófica, cfr. Vandekerckhove, 2022.

denunciado, até plena elucidação da situação fáctica subjacente à denúncia.

3. Ainda sob o ponto de vista individual, existem ainda as medidas de apoio ao denunciante descritas no artigo 22.º, existindo a remissão para a proteção de testemunhas em processo penal e a “certificação de que o denunciante é reconhecido como tal”. Além disso, a denúncia feita nos termos da lei isenta o denunciante de todas as dimensões de responsabilidade, incluindo a disciplinar (n.º 1 do artigo 24.º)

4. Em termos organizacionais e institucionais, a lei estabelece algumas medidas que também protegem, ainda que de forma indireta, o denunciante.

A configuração do canal de denúncia interna, prevista e descrita no artigo 9.º, é igualmente um instrumento, agora organizacional, de proteção do denunciante: “a confidencialidade da identidade ou o anonimato dos denunciantes e a confidencialidade da identidade de terceiros mencionados na denúncia, e de impedir o acesso de pessoas não autorizadas”⁴³. A tal acrescem as garantias descritas no n.º 4 do mesmo artigo. Quanto aos canais externos, o legislador também estabeleceu a independência e autonomia de tais canais e a dimensão de monitorização dos procedimentos instituídos (artigo 13.º). Do mesmo passo, a imposição de obrigação de informação descrita no artigo 16.º, e a imposição de relatórios anuais, nos termos do disposto no artigo 17.º, contribuem para robustecer o sistema de proteção. Existe ainda, na nossa perspetiva, uma garantia de natureza institucional: a previsão de contraordenações quando não são observadas algumas garantias do denunciante, como é o caso da prática de atos de retaliação.

5. A lei não aborda a hipótese de a denúncia recair sobre quem é responsável por receber denúncias. Entendemos que as estruturas organizacionais, internamente, devem pensar em algum mecanismo para o funcionamento de denúncia interna, sob pena de, em tais casos, porventura até mais graves atentas as funções atribuídas ao agente em causa, ou não haver denúncia ou a mesma seguir por outros canais. Em termos disciplinares, a infração cometida por quem tem a função de receber a denúncia, parece-nos, em abstrato, uma infração “mais qualificada”.

4. Conclusão

O combate à corrupção pode ser abordado de várias formas e é um imperativo de defesa do Estado de Direito e da Democracia. A formalização e proteção da denúncia de infrações, designadamente no setor público e em particular no domínio da contratação pública, não está isenta de interrogações. O ordenamento jurídico dispõe agora de mais um mecanismo, a par de outros, de combate àquele flagelo. Contudo, a complexidade da vida jurídica, com múltiplos atores e seus direitos, implica uma cuidadosa aplicação dos instrumentos jurídicos, em conjunto e não isoladamente, para que o objetivo final não fique subvertido e se “deite fora o bebé com a água do banho”.

43. Sobre a importância das organizações, sua estruturação e motivações subjacentes às denúncias, com aspetos relevantes para entidades públicas, cfr. Richardson and Garner, 2022.

Bibliografia

CARVALHO, R. (2022). “O trabalhador em funções públicas e a contratação pública à luz da diretiva Whistleblowing” in Maia, A. J., Simões, P. P., *O Whistleblowing em Portugal - Proteção do denunciante nas organizações*. Coimbra: Almedina. pp. 119-144.

CARVALHO, R. (2019). “A exigência de fundamentação na contratação pública como instrumento de salvaguarda da concorrência” in *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 21, pp. 55-82.

CESI, B., LORUSSO, M. (2020). “Collusion in public procurement: the role of subcontracting” in *Economia Politica*, vol. 37, p. 251-265 (<https://doi.org/10.1007/s40888-019-00167-3>).

DECAROLIS F, GIORGIANTONIO C. (2022). “Corruption red flags in public procurement: new evidence from Italian calls for tenders” in *EPJ Data Science*, vol. 11, issue 16, p. 1-38 (<https://doi.org/10.1140/epjds/s13688-022-00325-x>).

FERNANDES, D. (2022). *Preferências Locais na Contratação Pública*. Coimbra: Almedina.

FERWERDA, J., DELEANU, I., UNGER, B. (2017). “Corruption in Public Procurement: Finding the Right Indicators”, in *European Journal on Criminal Policy and Research*. Vol. 23, pp. 245-267 (<https://doi.org/10.1007/s10610-016-9312-3>).

GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., RODRÍGUEZ-MONTEQUÍN, V, BALLESTEROS-PÉREZ, P., LOVE, P., SIGNOR, R. (2022). “Collusion detection in public procurement auctions with machine learning algorithms” in *Automation in Construction*. Vol. 133 (doi.org/10.1016/j.autcon.2021.104047).

GOTTSCHALK, P., SMITH, C. (2016). “Detection of white-collar corruption in public procurement in Norway: The role of whistleblowers” in *International Journal of Procurement Management*. Vol. 9, issue 4, pp. 427-443 (doi.org/10.1504/IJPM.2016.077703).

MAIA, A. J. (2020). “Ética e integridade na Governação Pública — A corrupção e a fraude, e a sua prevenção” in Maia, A. J., Almeida, J. F., Silva, M. T, Serra, R., *Ética e Integridade na Vida Pública*. Coimbra: Almedina. pp. 53-81.

MIMOSO, A. T. (2021). “A profissionalização do Comprador Público em Portugal” in Gomes, C. A., Pedro, R., Serrão, T., Caldeira, M., *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. I., Lisboa. AAFDL. pp. 247-281.

RICHARDSON, B. K., GARNER J. (2022). “Stakeholders’ Attributions of Whistleblowers: The Effects of Complicity and Motives on Perceptions of Likeability, Credibility, and Legitimacy”, *International Journal of Business Communication*, Vol. 59(3) pp. 334-354 (<https://doi.org/10.1177/2329488419863096>).

VANDEKERCKHOVE, W. (2022). "Is It Freedom? The Coming About of the EU Directive on Whistleblower Protection", *Journal of Business Ethics* 179, pp. 1-11 (<https://doi.org/10.1007/s10551-021-04771-x>)

Jurisprudência

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Acórdão de 12/02/2019, Pais Pires de Lima v. Portugal, queixa n.º 70465/12 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-189757%22%7D>).

Acórdão de 11/05/2021, Halet v. Luxembourg, queixa n.º 21884/18 (<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%22001-209869%22%7D>).

Tribunal de Contas Europeu:

Relatório n.º 6/2019, do Tribunal de Contas Europeu - Combater a fraude nas despesas da coesão da UE: as autoridades de gestão têm de reforçar a deteção, a resposta e a coordenação

Tribunal de Contas Português

Relatório N.º 1/2021 – OAC/PG -Acompanhamento da Contratação Pública abrangida pelas Medidas Especiais previstas na Lei n.º 30/2021 (<https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Relatorios/relatorios-oac/Documents/2021/relatorio-oac001-2021-pg.pdf>).

Relatório n.º 6/2022, do Tribunal de Contas – Auditoria a casos de risco identificados em denúncias ao Tribunal de Contas na área da contratação pública nas autarquias locais – Município de Montalegre (<https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Relatorios/RelatoriosAuditoria/Documents/2022/rel006-2022-2s.pdf>).

Tribunal Central Administrativo

Acórdão do TCA (Norte), de 29/10/2015, Proc. N.º 01126/15.6BELRS (<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/d7aaf3256502f3ce80257f160038e7b4?OpenDocument>).

Acórdão do TCA (Norte), de 2/06/2021, Proc. N.º 00690/19.0BEALM (<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/4c-21df782d7328f2802586f500326634?OpenDocument>).

Outras fontes

NAÇÕES UNIDAS, *Sustainable Development Report 2022 - From Crisis to Sustainable Development: the SDGs as Roadmap to 2030 and Beyond* (2022-sustainable-development-report.pdf).

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO (OCDE) Recomendação OCDE/Legal/0411, (<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0411>).

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO (OCDE) Recomendação OCDE/LEGAL/0369, (<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0369>).

UNIÃO EUROPEIA, ProcurComp EU (https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procurcompeu--european-competency-framework-public-procurement-professionals_pt).

COMISSÃO EUROPEIA, Recomendação (UE) 2017/1805, de 3 de outubro de 2017 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32017H1805>).

COMISSÃO EUROPEIA, «Plano de Ação a Longo Prazo para Melhorar a Aplicação e o Cumprimento das Regras do Mercado Único» [COM (2020) 94 final] <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2020:0094:FIN:PT:PDF>.

COMISSÃO EUROPEIA, *Um novo Plano de Ação para a Economia Circular - Para uma Europa mais limpa e competitiva* [COM (2020) 98 final, de 11 de março de 2020],

COMISSÃO EUROPEIA, *Pacto Ecológico Europeu* [COM (2019) 640 final, de 11 de dezembro de 2019].

COMISSÃO EUROPEIA, *Estratégia do Prado ao Prato - para um sistema alimentar justo, saudável e respeitador do ambiente* [COM (2020) 381 final, de 20 de maio de 2020].

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, *Guia de Boas Práticas no Combate ao Conluio na Contratação Pública* (<https://www.concorrenca.pt/pt/combate-ao-conluio-na-contratacao-publica>)

IMPIC, IP, Relatório anual de contratação pública em Portugal 2020 (<https://www.base.gov.pt/Base4/pt/noticias/2021/relatorio-anual-de-contratacao-publica-em-portugal-2020/>)
