

AS AVERIGUAÇÕES PRELIMINARES DA CMVM NO ÂMBITO DA LUTA CONTRA A CRIMINALIDADE FINANCEIRA: NATUREZA JURÍDICA E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR*

Ana Pascoal Curado

ABSTRACT: *One of the solutions found by modern states in relation to the struggle against financial crime has consisted in providing the financial regulators with the necessary abilities to trace it. In Portugal, a preliminary inquiry has been legally created to be conducted by the Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (the equivalent to the U. S. Securities and Exchange Commission). This paper intends to find out the legal nature of this proceedings and analyse the application of the nemo tenetur se ipsum accusare principle during its course.*

SUMÁRIO: Introdução. I. A necessidade de tutela sancionatória do mercado dos valores mobiliários – Um modelo assente no regime do ilícito de mera ordenação social. II. Direito Comparado. 1. No Direito italiano. 2. No Direito britânico. 3. No Direito norte-americano. 4. No Direito espanhol. III. As averiguações preliminares incluídas nos poderes de supervisão da CMVM. IV. Natureza jurídica das averiguações preliminares. 1. Notas introdutórias e colocação do problema. 2. Das investigações preliminares. 3. Conclusão sobre a natureza administrativa das averiguações preliminares. V. O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e a sua eventual aplicação no contexto das averiguações preliminares. 1. Notas introdutórias sobre o princípio *nemo tenetur*. 2. Aplicação do princípio *nemo tenetur* ao processo de averiguações preliminares. a) O conflito entre o princípio *nemo tenetur* e os deveres de colaboração das entidades supervisionadas. b) O âmbito material de aplicação do princípio *nemo tenetur* em sede averiguações preliminares. Conclusões gerais.

INTRODUÇÃO

A criminalidade financeira constitui um fenómeno com contornos cada vez mais preocupantes. As consequências nefastas desta criminalidade chegam, as mais das vezes, a assumir dimensão internacional, pelo que urge incentivar

uma luta contra a mesma e uma procura de soluções que se coadunem com as características particulares destes crimes.

O combate a esta nova criminalidade tem constituído uma das preocupações dos Estados modernos e das autoridades reguladoras dos respetivos mercados, fomentando-se um envolvimento de várias entidades e a criação de novas formas de detetar os indícios desta que é uma criminalidade sofisticada, dotada de uma enorme complexidade e que conta com a colaboração de profissionais especializados, profundamente conhecedores dos intrincados mecanismos que caracterizam o funcionamento do mercado em causa.

O processo de averiguações preliminares da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (doravante, “CMVM”) foi, precisamente, criado com o intuito de facilitar a obtenção de uma notícia de crime contra o mercado. A sua utilidade como meio para combater a criminalidade financeira torna-se manifesta quando nos lembramos dos especiais conhecimentos que a CMVM detém sobre o mercado em causa, bem como dos meios técnicos que a mesma possui, os quais levam a que a mesma tenha uma maior facilidade em encontrar os indícios da prática de crimes.

No entanto, quando confrontados com este processo de averiguações preliminares, surge a dúvida: será a sua natureza penal ou administrativa?

Este processo entronca ainda nos poderes de supervisão da autoridade reguladora?

Tendo as entidades supervisionadas um dever de cooperação com a CMVM, não poderão as mesmas, ao cumprir esse dever, estar a contribuir com grande parte das provas que irão ser usadas contra si num posterior processo penal? Até onde vai o dever de colaboração das empresas e onde se inicia o âmbito do seu direito à não autoincriminação?

Pretendemos responder às questões acima colocadas, bem como apresentar uma análise do Direito Comparado nesta matéria.

I. A NECESSIDADE DE TUTELA SANCIONATÓRIA DO MERCADO DOS VALORES MOBILIÁRIOS – UM MODELO ASSENTE NO REGIME DO ILÍCITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL

Na segunda parte do século XX, dado o “crescente gigantismo industrial e financeiro”¹ verificado, os Estados, ainda que vocacionados para uma atuação político-económica mínima, depararam-se com a necessidade de criação de

¹ Costa Pinto, 2000b: 92.

mecanismos de intervenção e tutela dos valores fundamentais do mercado. Com efeito, e no que respeita ao mercado dos valores mobiliários, as economias da sociedade pós-industrial têm revelado a existência de riscos para os investidores, para as empresas e até para os sistemas económicos,² merecendo os mesmos uma resposta dos Estados no sentido da proteção dos mercados e da promoção do seu funcionamento em condições de segurança e estabilidade. O mercado financeiro é hoje, reconhecidamente, uma “área de risco por excelência.”³

Sobretudo nas últimas décadas, fenómenos como a criminalidade financeira têm assumido contornos alarmantes, nomeadamente pelo facto de terem adquirido uma dimensão à escala global.

A criminalidade financeira tem importantes consequências na confiança dos investidores e no funcionamento do mercado dos valores mobiliários, razões pelas quais tem sido objeto da atenção de numerosos estudiosos, bem como do legislador, que tem procurado criar mecanismos que permitam uma resposta mais eficiente a este fenómeno. Na verdade, muitas são as peculiaridades deste tipo de criminalidade, caracterizado pela inexistência de uma “conflitualidade exposta entre agente do crime e vítima”, e pela reduzida visibilidade das condutas. Ademais, “muitas vezes, as próprias partes estabelecem relações de cumplicidade e de solidariedade contra a devassa e a intromissão das instâncias formais de controlo”.⁴

O merecimento de tutela sancionatória por parte dos valores de estabilidade, eficiência, profundidade e liquidez no âmbito do mercado dos valores mobiliários tem como fundamento, antes de mais, o reconhecimento, por parte da nossa Lei Fundamental, do importante papel do sistema financeiro (v. art. 101.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”)) ao nível da proteção das poupanças dos cidadãos e da promoção do desenvolvimento económico e social do país.⁵ De facto, o sistema financeiro permite, entre outros aspetos, a “diversificação das fontes de financiamento das empresas, a aplicação das poupanças das famílias [e] a gestão de mecanismos de cobertura de risco de atividades e de investimentos”.⁶

2 *Ibidem*.

3 Sousa Mendes & Miranda, 2005: 192.

4 Fonseca, 2010: 97.

5 Paz Ferreira, 2005: 436.

6 Costa Pinto, 2000a: 17.

É, assim, este fundamento constitucional que legitima a atuação da CMVM, nomeadamente ao nível das averiguações preliminares.

Este artigo da nossa Lei Fundamental deixa, no entanto, ao legislador a difícil tarefa de conformar o equilíbrio entre os vários bens jurídicos e interesses em causa, estabelecendo as concretas formas de intervenção das autoridades administrativas em causa.⁷

Acrescente-se ainda que, nos termos do art. 81.º, alínea *f*), da CRP, estabelece-se o “funcionamento eficiente dos mercados” como uma das incumbências prioritárias do Estado, pelo que se torna evidente que este é um tema caro ao legislador constitucional pela sua importância, tanto na prossecução de interesses económicos dos particulares, como no desenvolvimento económico do país.

Aquando da reforma jurídico-económica do mercado dos valores mobiliários em Portugal de 1991 (através da publicação do Código do Mercado dos Valores Mobiliários, doravante designado por “CdMVM”⁸), foi criada uma “estrutura infracional dualista”⁹ que se baseava na distinção entre as infrações a “deveres cujo acatamento se revela necessário para garantir o funcionamento correto e adequado do mercado” (infrações punidas como contraordenações) e os comportamentos com um “nível de danosidade mais intenso e intolerável” por agredirem bens jurídicos essenciais à organização, estrutura e funcionamento deste setor do mercado dos valores mobiliários, os quais mereceriam a tutela do direito penal.^{10/11}

Contudo, o legislador tomou uma clara opção “pelo regime das contraordenações como modelo central de tutela dos mercados de valores mobiliários”,¹² classificando a grande maioria dos comportamentos ilícitos como contraordenações e reservando “a tutela penal para uma intervenção de *ultima ratio*”,

7 Catarino, 2010: 281.

8 O CdMVM foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10 de abril, o qual, no seu preâmbulo, contém uma explicação pormenorizada das modificações subjacentes à reforma de 1991.

9 Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, 2009: 10.

10 É interessante notar que, diversamente do nosso sistema jurídico, que utiliza, também no âmbito dos crimes contra o mercado, a técnica legislativa tradicional de descrição exaustiva das condutas típicas que se incluem nesses ilícitos, o legislador britânico limita-se a esclarecer quais os princípios suscetíveis de violação, competindo posteriormente ao tribunal, analisar se o comportamento em causa viola o princípio em questão. Neste sentido, veja-se Gageiro, 2009: 49.

11 Com um interessante estudo dos processos penais em que se investigaram crimes contra o mercado dos valores mobiliários entre 1992 e 1998, veja-se Pedroso & Verdelho, 1998.

12 Costa Pinto, 1999a: 287.

assim se dando cumprimento ao princípio da subsidiariedade da tutela penal (art. 18.º, n.º 2, da CRP).¹³

O Código dos Valores Mobiliários, aprovado em 1999 (doravante, “CdVM”),¹⁴ manteve o essencial do modelo que vimos descrevendo, continuando a tipificar grande parte dos comportamentos proibidos como ilícitos contraordenacionais, e não como ilícitos criminais. Criou-se também o regime das averiguações preliminares como o conhecemos atualmente.¹⁵

Subjacente ao regime das averiguações preliminares constante do CdVM e previsto nos artigos 383.º a 387.º do mesmo encontra-se a ideia de encontrar respostas rápidas e adequadas ao fenómeno criminal do *white collar crime*.¹⁶ Na verdade, através deste processo, uma vez obtido o conhecimento de factos que possam vir a ser qualificados como crime contra o mercado (designadamente, abuso de informação privilegiada ou manipulação do mercado) por parte da CMVM, esta entidade desenvolve um conjunto de diligências no intuito de confirmar a existência de uma notícia de crime e, nesse caso, remeter os elementos ao Ministério Público para que o mesmo abra o competente processo penal.¹⁷

Como bem realça Luís Guilherme Catarino, “[o] sistema criminal estadual encontra-se pensado para a perseguição de atos passados e não para a monitorização de comportamentos continuados, que não têm lesados específicos e que não podem estar dependentes de queixa de uma vítima concreta”.¹⁸

13 Para uma explicação pormenorizada das razões subjacentes à opção por uma tutela baseada no ilícito de mera ordenação social, veja-se Costa Pinto, 1999a: 287 ss.

14 O CdVM foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99 de 13 de novembro e contém atualmente as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.º 61/2002, de 20 de março, 38/2003, de 8 de março, 107/2003, de 4 de junho, 183/2003, de 19 de agosto, 66/2004, de 24 de março, 52/2006 de 15 de março (retificado pela Declaração de Retificação n.º 21/2006 de 30 de março), 219/2006, de 2 de novembro, 357-A/2007, de 31 de outubro, 211-A/2008, de 3 de novembro, Lei n.º 28/2009, de 19 de junho, Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de agosto, Decreto-Lei n.º 49/2010, de 19 de maio, Decreto-Lei n.º 52/2010, de 26 de maio, Decreto-Lei n.º 71/2010, de 18 de junho, Lei n.º 46/2011, de 24 de junho e Decreto-Lei n.º 85/2011, de 29 de junho.

15 Para uma análise da evolução histórica do processo de averiguações preliminares, veja-se a nossa Dissertação de Mestrado, intitulada “As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: regime jurídico e questões inerentes”, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa a 16 de março de 2012, e que serviu de base ao presente artigo.

16 Fonseca, 2010: 115.

17 Para um estudo pormenorizado do regime jurídico das averiguações preliminares, veja-se a nossa Dissertação de Mestrado, intitulada “As averiguações preliminares da CMVM na luta contra a criminalidade financeira – regime jurídico e questões inerentes” (cfr. nota 15).

18 Catarino, 2010: 449.

No caso dos crimes contra o mercado, estamos perante atividades que necessitam de um controlo permanente e proativo e que justificam uma intrusão da CMVM na esfera privada das entidades supervisionadas, tendo em conta os interesses públicos em causa.¹⁹

Com efeito, a criminalidade financeira encontra-se estreitamente ligada a associações criminosas complexas e dotadas de *know-how* e recursos que facilitam a “dissimulação dos seus membros e camuflagem dos meios envolvidos”.²⁰ Cumpre, portanto, reconhecer que qualquer tentativa no sentido de travar este fenómeno terá, obrigatoriamente, de passar pela obtenção de conhecimentos técnicos especializados acerca do mercado dos valores mobiliários por parte das autoridades judiciárias ou, diferentemente, por conceder às autoridades independentes que regulam e supervisionam o mercado um papel mais ativo na investigação destes ilícitos criminais e, assim, poder selecionar a matéria que consubstancia um comportamento violador daqueles e, portanto, merecedor de constituir objeto de um processo penal.

II. DIREITO COMPARADO

Para melhor compreensão do regime das averiguações preliminares, julgamos ser importante fazer um estudo das opções dos legisladores de vários ordenamentos jurídicos de referência no que respeita ao papel das respetivas autoridades de mercado no apuramento da prática de crimes contra o mercado dos valores mobiliários. Vejamos quais as opções dos legisladores dos ordenamentos jurídicos italiano, britânico, americano e espanhol nesta matéria.

1. No Direito italiano

Em Itália, a *Commissione Nazionale per la Società e la Borsa* (doravante, “CONSOB”) é a autoridade do mercado que regulamenta, supervisiona e sanciona.

Tal como sucede com a CMVM, também a maioria das prerrogativas da CONSOB estão relacionadas com ilícitos sem relevância criminal, no âmbito dos quais assume competências mais alargadas.

No que toca aos crimes de abuso de informação privilegiada e de manipulação de mercado, porém, encontra-se consagrada na legislação italiana uma solução *sui generis*²¹ de relacionamento entre o MP italiano e a CONSOB. Com

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Fonseca, 2010: 115.

²¹ *Ibidem*.

efeito, no *articolo 187-decies, comma 1* do *Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 – Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*²², o legislador italiano estabelece que, quando haja notícia da prática de um dos crimes acima indicados, o MP deve informar obrigatoriamente o presidente da CONSOB. Para Pedro Miguel Fonseca, encontramos, assim, perante uma “impossibilidade de investigação autónoma dos ilícitos em apreço, por parte daquela magistratura, não obstante o seu carácter de crimes públicos e, por isso, de conhecimento oficioso”.²³

O *articolo 187-decies, comma 2* do *Testo unico* vem esclarecer que, findo o *accertamento*, o presidente da CONSOB remete os autos ao MP, caso haja indícios que façam presumir a existência de um crime. Tendo em conta o teor desta norma, alguma doutrina italiana afirma que o MP acaba por controlar a atividade da CONSOB, existindo assim uma mera aparência de derrogação do princípio processual penal da oficialidade e conseguindo-se um “filtro entre a notícia de um eventual crime e a autoridade judiciária”.²⁴

O *Testo unico*, todavia, no seu *articolo 187-undecies*, concede ainda à CONSOB, enquanto autoridade do mercado, direitos e faculdades semelhantes às do assistente, conforme configurados pelo legislador português no Código de Processo Penal. Resulta do *articolo 187-undecies* que a CONSOB tem a capacidade de exercício de direitos e as faculdades atribuídas pelo Código de Processo Penal italiano aos entes e às associações representativas de interesses dos lesados pela prática de determinado crime.²⁵

Como podemos observar, o sistema italiano concede importantes poderes à autoridade do mercado, que assume um papel importante quanto aos crimes contra o mercado dos valores mobiliários, revelando-se “dona e senhora” da investigação dos mesmos e estando responsável por uma análise da qual dependerá o ulterior inquérito a realizar pelo MP.

22 Fonseca, 2010: 105.

23 *Ibidem*.

24 Mucciarelli, cit. por Fonseca, 2010: 106.

25 Refiram-se, neste particular, os poderes de apresentar petições aos autos; de indicar elementos de prova e de avançar no sentido de uma acusação particular subsidiária; de oposição ao despacho de arquivamento do MP, entre outros (Fonseca, 2010: 107, referindo-se ao comentário de Polverosi ao *articolo 187* do *Testo unico*).

2. No Direito britânico

No Direito britânico, muita tem sido a preocupação com a necessidade de uma postura mais ativa por parte da *Financial Services Authority* (doravante, “FSA”) no que toca à investigação de ilícitos criminais no âmbito do mercado dos valores mobiliários.

Este ordenamento jurídico foi um pouco mais além do que se encontra consagrado entre nós. A lei britânica não se limitou a prever a existência de um processo de averiguações preliminares como aquele que se encontra configurado na nossa lei: diversamente, dotou a FSA com os poderes necessários para a investigação de ilícitos criminais, estabelecendo mesmo a redução do crime financeiro como um dos “*regulatory objectives*” daquela autoridade de mercado. Finda a investigação, a FSA tem ainda poderes para aplicar sanções penais.

Ora, nos termos do *article 2* do *Financial Services and Markets Act 2000* (“FSMA”), a FSA deve atuar, “*so far as is reasonably possible [...], in a way (a) which is compatible with the regulatory objectives*”.

Acresce que, nos seus *articles 401* e *402*, o FSMA concede poderes à FSA para investigar um conjunto de ilícitos criminais.²⁶ A FSA tem ainda um conjunto de poderes para juntar informação e indicar investigadores (*articles 165* a *169* do FSMA) e pode, desde logo, requerer informações e documentos às pessoas e empresas envolvidas, bem como solicitar que as mesmas forneçam um relatório de um perito (“*skilled person*”).

26 Contudo, para que se inicie uma investigação deve estar reunido um conjunto de pressupostos desenvolvidos pela FSA e que se encontram representados sob a forma das seguintes perguntas: “*a) Has there been actual or potential consumer loss/detriment?; b) Is there evidence of financial crime or risk of financial crime?; c) Are there actions or potential breaches that could undermine public confidence in the orderliness of financial markets?; d) Are there issues that indicate a widespread problem or weakness at the firm/issuer?; e) Is there evidence that the firm/issuer/individual has profited from the action or potential breaches?; f) Has the firm/issuer/individual failed to bring the actions or potential breaches to the attention of the FSA?; g) Is the issue to be referred relevant to an FSA strategic priority?; h) If the issue does not fall within an FSA strategic priority, does the conduct in question make the conduct particularly egregious and presenting a serious risk to one of the FSA’s Objectives?; i) What was the reaction of the firm/issuer/individual to the breach?; j) Overall, is the use of the enforcement tool likely to further the FSA’s aims and Objectives?; k) Does the suspected misconduct involve an overseas jurisdiction? If so, would enforcement action materially further investor protection or market confidence in that jurisdiction?” (Perguntas disponíveis em <http://www.fsa.gov.uk/pages/Doing/Regulated/Law/criteria.shtml> [consultado em 2011-06-21]). No entanto, a FSA tem chamado a atenção para o facto de nem todos estes critérios serem necessariamente tidos em conta em todos os casos, podendo, ademais, ser necessário considerar diferentes critérios, em situações concretas que assim o justifiquem. Tudo dependerá, assim, da situação em causa e dos seus contornos específicos. Como refere Jamie Symington no seu discurso de 6 de novembro de 2008 intitulado “*The FSA and enforcing the market abuse regime*”, “[n]obody should read too much into a decision taken in one case as to what that might mean for another. The factors to be considered are very varied” (Symington, 2008).*

À luz do “*The Enforcement Guide*”,²⁷ elaborado pela própria FSA, e que constitui “*general guidance*” para a sua atuação (*article 158* do FSMA), a decisão da FSA de iniciar uma investigação de um ilícito criminal deve basear-se nos mesmos “*basic principles*” que regem a atuação dos *Crown Prosecutors* (entidade britânica com competências equivalentes às do MP português), devendo aferir da consistência das provas obtidas (“*evidential test*”) e da oportunidade de investigar a infração em causa (“*public interest test*”). Todas estas circunstâncias revelam a importância das competências de investigação criminal que lhe são atribuídas e a relevância que o objetivo de redução da criminalidade financeira assume para esta autoridade.²⁸

A importância deste objetivo da FSA leva Margaret Cole, diretora do *Department of Enforcement* daquela entidade, a afirmar: “*we are not only a regulator but also a prosecutor – a prosecutor with a specific remit*”.²⁹

Com efeito, o *Divisional Court* britânico teve já oportunidade de se pronunciar sobre as competências de investigação da FSA, num caso que opôs a FSA a Neel e Matthew Uberoi, e em que estes invocaram a ilegalidade da investigação da FSA por esta não ter obtido autorização por parte do *Secretary of State* ou do *Director of Public Prosecutions* para tal. Contudo, o juiz Purdy veio a decidir que a FSA não carecia de tal autorização, uma vez que o objetivo do Parlamento ao criar esta autoridade reguladora era conceder-lhe um papel central na regulação dos “*fiscal markets*”, incluindo os respetivos procedimentos criminais. Por conseguinte, considerou o juiz Purdy que o Parlamento pretendia que a FSA fosse um investigador independente (“*fully independent prosecutor*”) nesta matéria.³⁰

Contudo, a FSA não tem competências exclusivas para investigar os crimes contra o mercado dos valores mobiliários, nem tão-pouco se estabelece no regime britânico uma prejudicialidade como a italiana, onde o MP tem o dever de, numa primeira fase, remeter a notícia de crime à autoridade de mercado para que esta proceda à investigação competente e apure se existem ou não indícios da prática de crimes contra o mercado dos valores mobiliários.

27 Financial Services Authority, 2012: 69.

28 Procedendo a uma análise da adaptação do direito britânico à Directiva n.º 2003/6/CE, Sousa Mendes, 2009: 334-335.

29 Cole, 2009.

30 Cole, 2009.

Em suma, no que respeita ao sistema britânico, é importante reter que o objetivo de redução da criminalidade financeira é visto como uma das funções primordiais da FSA, que foi dotada de importantes poderes de investigação dos crimes contra o mercado dos valores mobiliários, podendo inclusivamente impor sanções penais pela prática dos mesmos. A FSA é assim considerada como a investigadora por excelência destes crimes.

3. No Direito norte-americano

No âmbito do ordenamento jurídico norte-americano, desde cedo se revelou necessário um *enforcement* das leis dos valores mobiliários, no intuito de se aumentar a proteção dos investidores e da confiança por eles depositada no regular funcionamento dos mercados.

A *U.S. Securities and Exchange Commission* (“SEC”), autoridade responsável pelo controlo da aplicação das leis dos valores mobiliários nos Estados Unidos da América, pela promoção da estabilidade dos mercados e pela proteção dos investidores foi criada pela *Securities Act* de 1933 e pela *Securities Exchange Act* de 1934, depois do *crash* da Bolsa de Nova Iorque de 1929, que arrastou milhões para o desemprego, causando uma profunda crise sem precedentes.

Assim, há muito que se tornou uma preocupação da SEC proceder à investigação dos ilícitos do mercado dos valores mobiliários.

Contudo, a SEC apenas tem competências para punir os ilícitos civis, e não os criminais.³¹

Segundo António Gageiro, a investigação dos crimes contra o mercado dos valores mobiliários tem também, no sistema jurídico dos EUA, uma “fase administrativa à semelhança do que sucede em Portugal”³², a qual é levada a cabo pela SEC. Assim que se conclua pela existência de indícios da prática do crime, os elementos são apreciados pela Direção da SEC (“*board*”), que, caso os valide, ordena a remessa dos mesmos para a entidade competente para a investigação criminal (*Department of Justice* ou, a nível estadual, as autoridades judiciárias dos Estados federados).³³ Neste caso, os funcionários que procederam à investigação anterior “mudam de chapéu” e passam a ser auxiliares no processo penal em curso, podendo mesmo “elaborar representações da acusa-

31 Veja-se *Securities and Exchange Commission*, 2012: 106.

32 Gageiro, 2009: 70.

33 *Ibidem*.

ção na sala de audiências sob a direção do Ministério Público e podendo ser ouvidos como peritos ou testemunhas”.³⁴

Contudo, o *Enforcement Manual* da SEC, que foi elaborado para constituir uma referência na atuação da *Division of Enforcement* da SEC na investigação de potenciais violações das leis do mercado dos valores mobiliários, revela preocupação perante a possibilidade de as investigações de ilícitos civis e administrativos levadas a cabo pela SEC acabarem por servir os propósitos de investigações criminais a decorrer simultaneamente. Neste sentido, estabelece este manual que é importante que a investigação civil não tenha como propósito, nem seja iniciada para obter prova para uma investigação criminal.³⁵

No que respeita à colaboração da SEC com as autoridades judiciais, o manual estabelece que, em geral, é permitida a partilha de informação com os investigadores criminais, no intuito de facilitar a sua investigação. Mais se acrescenta que, em certos casos, a autoridade judiciária poderá solicitar à SEC que se abstenha de tomar medidas que possam prejudicar a investigação criminal. O inverso poderá também suceder, ou seja, a SEC poderá também solicitar à autoridade judiciária que não adote medidas que possam pôr em causa as suas investigações.

4. No Direito espanhol

No ordenamento jurídico espanhol, a atual legislação não prevê qualquer figura semelhante às averiguações preliminares. Contudo, o *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal* (doravante, “PLOCP”) de 1992, mais precisamente no seu *art.* 305, previa um mecanismo que vinha instituir, na expressão da doutrina, uma “prejudicialidade” do procedimento da *Comisión Nacional del Mercado de Valores* (doravante, “CNMV”) no que dizia respeito à análise do crime de informação privilegiada.

De facto, estabelecia o *art.* 305 do PLOCP o seguinte: “não se procederá criminalmente contra a conduta descrita no n.º 1 deste artigo até que se tenha concluído o expediente sancionador, iniciado pelo organismo competente encarregado da supervisão do Mercado de Valores, o qual, nestes casos, abstendo-se de impor sanções, remeterá o processo ao Ministério Fiscal,

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ No entanto, e tal como se esclarece naquele manual, “[t]his does not prevent the staff from taking an action if the action will provide a benefit to both the SEC’s case and the parallel criminal matter. It does mean, however, that staff should not take an SEC civil investigative action for which the sole aim is to benefit the criminal matter”.

sem prejuízo das faculdades deste para instar a iniciação ou conclusão de tal expediente.”

Assim, propunha-se uma solução mediante a qual o juiz penal deveria esperar que a CNMV terminasse o “expediente administrativo, ao invés de solicitar da mesma a colaboração necessária para o esclarecimento dos factos.”³⁶

Esta solução justificou muitas críticas por parte da doutrina, nomeadamente por parte de Arroyo Zapatero,³⁷ uma vez que a mesma assentava, na sua opinião, na “sujeição da conduta do acusado a uma investigação administrativa prévia” que não permitia ao acusado gozar dos direitos de defesa penal reconhecidos ao arguido, assim se verificando uma maior insegurança jurídica, bem como uma possibilidade de abuso por parte da Administração, e uma inadmissível sujeição do poder judicial ao poder executivo.

Vários Autores se manifestaram, porém, no sentido de reconhecer vantagens nesta “prejudicialidade”³⁸: em primeiro lugar, uma instrução por especialistas no mercado de valores revelava-se útil, tendo em conta a “tecnicidade da matéria de facto”; por outro lado, uma intervenção judicial anterior à conclusão de uma investigação prévia realizada por especialistas da CNMV poderia alterar de imediato a cotação do valor em causa, tendo em conta as “características singularíssimas de funcionamento psicológico do mercado de valores”.

Por sua vez, J. C. Ferré Olivé³⁹ chamou a atenção para o facto de a participação da CNMV ter como fundamento a complexidade das normas em causa e o carácter intrincado das operações realizadas no mercado dos valores, parecendo assim aconselhável uma investigação prévia por parte da CNMV.

Apesar de haver uma certa aceitação relativamente à participação da CNMV, o que não parecia ser de admitir para a doutrina espanhola era que a fase administrativa fosse concebida como uma condição *sine qua non* para que fosse instaurado o processo penal.

Esta solução acabou por não ser adotada pelo Código Penal atualmente em vigor no ordenamento jurídico espanhol.

Ainda assim, cumpre reconhecer que a discussão gerada em torno do art. 305.º do PLOCP focou importantes aspetos que devem ser ponderados

36 Fonseca, 2010: 109.

37 *Ibidem*.

38 Fonseca indica, como exemplos, Gomés Iniesta, Arroyo Zapatero e López Peregrín. Veja-se Fonseca, 2010: 110.

39 Referido por Fonseca, 2010: 110.

aquando de uma análise do regime das averiguações preliminares consagradas no CdVM português.

III. AS AVERIGUAÇÕES PRELIMINARES INCLUÍDAS NOS PODERES DE SUPERVISÃO DA CMVM

A crise financeira de 1929 deu origem à primeira autoridade independente criada para supervisionar o mercado dos valores mobiliários, a SEC.

Por detrás da criação de autoridades independentes para supervisão e regulação do mercado esteve o intuito de proteção do investidor, dos seus interesses e da sua posição patrimonial,⁴⁰ no rescaldo de uma das mais profundas crises económicas conhecidas até aos nossos dias.

Como bem realça Paulo Câmara,⁴¹ os objetivos subjacentes à criação de uma entidade como a SEC permanecem atuais e constituem a base da supervisão do mercado dos valores mobiliários que hoje em dia se realiza em quase todo o mundo. Inspirados na criação da SEC, Estados de todo o mundo procederam à criação de autoridades independentes que supervisionassem e regulassem o mercado dos valores mobiliários, o que, em Portugal, ocorreu com a criação da CMVM, em 1991.⁴²

Note-se que, em última análise, os poderes que a CMVM detém relativamente ao mercado têm legitimidade constitucional (nomeadamente através do art. 101.º da CRP), conforme foi já referido, tendo cabido ao legislador ordinário proceder à conformação concreta destes poderes que têm, como intuito, “garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social”.

Tendo em conta a necessidade de regulação e de supervisão deste mercado, bem como a necessidade de se manter uma “distância e separação em relação aos detentores do poder político”, criaram-se autoridades reguladoras e supervisoras independentes.⁴³

40 Figueiredo, 2005: 25.

41 Câmara, 2009: 249.

42 Cfr. Pina, 2012: 50. A Autora refere que a supervisão “enquanto atividade técnica especializada sobre os mercados de valores mobiliários, levada a cabo por entidade pública independente constitui uma manifestação da modernidade nos mercados objeto, sendo uma resposta do Estado aos desafios específicos que a atividade em causa comporta.”

43 Gomes Canotilho & Vital Moreira, 2007-2010: 1081.

A supervisão, uma das principais atribuições da CMVM, representa “o controlo, a vigilância, o acompanhamento ou a fiscalização da atividade dos agentes e dos mercados”,⁴⁴ e tem como objetivos “detetar e perseguir ilícitos e evitar e remediar perturbações no mercado.”⁴⁵

A supervisão, tal como a regulação, surgiu como uma resposta dos Estados aos riscos apresentados pelo funcionamento dos mercados, procurando-se garantir a eficiência dos mesmos com um objetivo último de proteção dos que nele atuam.

Os poderes de supervisão que a lei concede à CMVM para desempenho das suas competências são bastante variados, podendo corresponder a um controlo através dos registos (cfr. art. 365.º do CdVM), ao acompanhamento em tempo real da negociação (cfr. art. 362.º do CdVM), às inspeções de rotina (cfr. art. 364.º, n.º 1, alínea *a*) do CdVM),⁴⁶ etc.

A supervisão vai, assim, complementar a atividade de regulação, verificando se estão a ser cumpridas as normas aplicáveis, sejam elas normas legais ou regulamentares.

A supervisão é levada a cabo através do controlo prévio (exercido nomeadamente através da concessão de autorizações), da vigilância permanente (recolhendo informação e fazendo inspeções, por exemplo) e de “intervenções corretivas” (como injunções e ordens) que podem culminar no exercício de poderes sancionatórios por parte da autoridade de mercado.⁴⁷

Esta atividade da CMVM pode assim ser subdividida entre supervisão *a priori* e supervisão *a posteriori*.⁴⁸ No primeiro caso, a CMVM exerce a supervisão mediante a concessão de registos e de autorizações de que depende o exercício de atividades no âmbito do mercado dos valores mobiliários. Por outra parte, na supervisão *a posteriori*, a CMVM acompanha a atuação dos participantes do mercado, procurando aferir da existência de comportamentos ilegais, punindo-os quando assim se encontre previsto na lei (como sucede nos situações de contraordenação).

44 Definição de Costa Pinto, 2000b: 94.

45 Câmara, 2008: 44. No mesmo sentido, Câmara, 2009: 267.

46 Cfr. Costa Pinto, 2000b: 94. O Autor inclui também nos poderes de supervisão as averiguações preliminares, mas estudaremos essa matéria *infra*.

47 Catarino, 2010: 288.

48 Câmara, 2009: 268.

Distinção importante no âmbito da supervisão é também aquela que se deve fazer entre supervisão comportamental e supervisão prudencial. A primeira traduz-se na definição das normas de conduta dos operadores e na fiscalização do seu cumprimento, bem como no sancionamento do incumprimento das mesmas. Por sua vez, a supervisão prudencial tem em vista controlar os problemas de solvabilidade e liquidez de certas entidades consideradas fundamentais, prevenir o risco sistémico e garantir a idoneidade das pessoas com uma posição de especial importância no seio dessas entidades, estando, contudo, limitada às competências previstas no art. 363.º do CdVM.⁴⁹

Atualmente, no nosso ordenamento jurídico, a autoridade de supervisão do mercado dos valores mobiliários concentra ambas as funções.

Ora, em nosso entender, as averiguações preliminares tratam-se, ainda, de uma competência de supervisão da CMVM.⁵⁰ As averiguações preliminares consubstanciam, tipicamente, uma atividade de supervisão, enquadrando-se, ademais, nos conceitos de supervisão acima avançados. Na realidade, também no caso das averiguações preliminares a CMVM estará a agir no âmbito da sua função de “acompanhamento dos mercados”⁵¹ e de fiscalização do cumprimento das normas que conformam a atuação dos participantes do mercado, detetando os ilícitos por estes perpetrados, reconduzindo-se assim a sua atuação ao conceito de supervisão comportamental.

As averiguações preliminares consubstanciam, todavia, uma fase facultativa do procedimento de supervisão,⁵² dependente do conhecimento, pela CMVM, de factos que possam vir a ser qualificados como crime contra o mercado dos valores mobiliários.

O que ora se defende não fica prejudicado pelo facto de, uma vez finalizadas as averiguações preliminares, não haver lugar ao sancionamento dos comportamentos criminais por parte da CMVM, mas antes a uma remessa dos elementos para o MP. Tal facto decorre tão-somente das normas constitucionais e legais aplicáveis em sede de processo criminal, que implicam que seja o MP a abrir inquérito quando tenha conhecimento de uma notícia de

49 Cfr. Pina, 2012: 51, que distingue os conceitos de “supervisão contínua”, “supervisão prudencial” e “supervisão de fiscalização”.

50 Também neste sentido, Costa Pinto, 2000a: 106; Costa Pinto, 2000b: 103; Santiago, 2001: 610 ss.; Fonseca, 2010: 113.

51 Costa Pinto, 2000a: 104.

52 Costa Pinto, 2000b: 105.

crime, pertencendo-lhe o monopólio nesta matéria. Os poderes de supervisão da CMVM cessam, portanto, nesse momento.

A supervisão realizada através do processo de averiguações preliminares consubstancia uma supervisão *a posteriori*, que funciona como um “filtro técnico especializado”,⁵³ utilizando a expressão de Frederico de Lacerda da Costa Pinto, permitindo que a posterior investigação criminal se foque no essencial, evitando também “que sejam remetidos para a investigação criminal elementos sem viabilidade técnica no âmbito dos crimes contra o mercado”.⁵⁴

Na verdade, com a adoção do modelo sancionatório bipartido já referido, foram criados três níveis de supervisão: um primeiro nível constituído pela atuação administrativa permanente de acompanhamento da atividade dos agentes e das operações no mercado; um segundo nível correspondente ao sancionamento imediato dos comportamentos ilegais, através da figura das contraordenações; e um terceiro nível que se relaciona com os casos mais graves de violação das regras de funcionamento do mercado dos valores mobiliários, que representam uma verdadeira negação funcional do mercado, violação essa que se identifica com as situações em que existem indícios da prática de um crime contra o mercado dos valores mobiliários e em que a CMVM poderá realizar as diligências necessárias para apurar a existência da notícia de crime.⁵⁵

As competências relativas ao processo de averiguações preliminares enquadram-se nos poderes de vigilância e controlo da CMVM e o ato em que as mesmas culminam traduz-se num juízo de “análise e parecer para terceiros”.⁵⁶

Na verdade, muito embora não seja como tal definido pela lei, pensamos que a decisão da CMVM que se traduz na existência da notícia de crime e na decisão de remessa dos elementos para o MP pode ser equiparada a um parecer, porquanto se trata de um ato opinativo.⁵⁷ Através da comunicação da notícia de crime ao MP, a CMVM formula uma opinião de que os indícios recolhidos da prática de certos crimes consubstanciam uma verdadeira notícia de crime. De seguida, cabe ao MP iniciar o competente processo criminal e realizar as devidas diligências.

53 Costa Pinto, 2000b: 103; Costa Pinto, 2000a: 106.

54 Costa Pinto, 2000a: 106.

55 Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, 2009: 12.

56 Nas palavras de Catarino, 2010: 447.

57 Para uma definição de “parecer”, veja-se Freitas do Amaral, 2003: 273 ss.

Os poderes da CMVM relacionados com as averiguações preliminares, apesar de enquadrados no Direito Administrativo, foram já qualificados como “parajudiciários”⁵⁸, pois permitem à autoridade de mercado, com um elevado grau de discricionariedade, conformar o futuro processo penal de investigação destes crimes.⁵⁹

Apesar de estes poderes irem além daquelas que são as competências tradicionalmente concedidas às autoridades administrativas, os mesmos justificam-se por várias razões, nomeadamente a especificidade dos crimes em causa e os especiais conhecimentos detidos nesta matéria pela CMVM e que permitem minorar “atrasos judiciais e enormes custos judiciários”⁶⁰ que adviriam de uma investigação deste tipo se a mesma fosse levada a cabo pelas autoridades judiciárias.

Assim sendo, quando falamos em averiguações preliminares estamos, ainda, a falar de supervisão levada a cabo pela CMVM. Note-se que o facto de se concluir que se trata de uma competência de supervisão não é despicienda, dado que implica que as prerrogativas de supervisão previstas no art. 361.º do CdVM sejam de aplicar nesta sede, o que, por si só, envolve implicações da maior relevância.

IV. NATUREZA JURÍDICA DAS AVERIGUAÇÕES PRELIMINARES

1. Notas introdutórias e colocação do problema

A doutrina tem-se dividido quanto à questão da natureza jurídica das averiguações preliminares.

Para Frederico de Lacerda da Costa Pinto, o processo em causa trata-se de um momento prévio ou preliminar à verdadeira investigação criminal, que é realizada posteriormente no inquérito pelas autoridades judiciárias e órgãos

58 Catarino, 2010: 452.

59 Estamos assim ainda no quadro de uma “administração de controlo” levada a cabo pela autoridade reguladora, pelo que Catarino (2010: 447) considera que os poderes relacionados com as averiguações preliminares estão no “extremo oposto” relativamente aos “atos de *verificação prévia* da atuação dos particulares” (itálico do Autor).

60 Apontados por Catarino, 2010: 452. Este Autor refere ainda a “inserção [da autoridade reguladora] numa rede mais vasta de reguladores para um mercado comum de serviços financeiros” e uma “supervisão unificada contínua que possibilita o conhecimento de factos e indícios criminais só possíveis mediante comunicações e entajada internacional”.

de polícia criminal (doravante, “OPC”).⁶¹ Desta forma, permite-se que a intervenção posterior destas entidades em sede de processo penal seja feita apenas sobre factos essenciais para a descoberta da verdade, o que consubstancia uma concretização processual do princípio da necessidade da intervenção penal (art. 18.º, n.º 2 da CRP).⁶²

Por sua vez, Pedro Miguel Fonseca considera que estamos talvez perante uma atuação “materialmente processual, de natureza investigatória e até, de certa forma, de natureza instrutória”,⁶³ enquanto Bruno Vinga Santiago afirma que não se trata de uma “atividade puramente administrativa nem assumidamente processual penal”, mas sim de uma “zona cinzenta, de contornos não totalmente definidos e que seria bom se recebessem um tratamento legal mais completo”.⁶⁴

Na verdade, com Bruno Vinga Santiago, cumpre reconhecer que, quando falamos em averiguações preliminares, não estamos perante verdadeiro direito processual penal, uma vez que a CMVM atua ao abrigo dos seus poderes de supervisão, tipicamente poderes de direito administrativo.⁶⁵

Além do mais, a CMVM atua ainda numa fase anterior ao processo penal, aferindo, tão-somente, se determinados indícios da prática de crimes contra o mercado podem vir a consubstanciar uma verdadeira notícia de crime.

De facto, à primeira vista, as competências da CMVM no quadro das averiguações preliminares situam-se numa zona de “transição de funções perante a tradicional separação de poderes do Estado”,⁶⁶ uma vez que a autoridade reguladora coopera com as autoridades judiciárias, ao atuar no sentido de obter uma notícia de crime que depois possa ser remetida ao MP.

Contudo, julgamos insuficiente classificar a natureza jurídica das averiguações preliminares como correspondendo a uma “zona cinzenta”, parecendo-nos de todo o interesse aprofundar esta questão. Vejamos em que medida.

61 Costa Pinto, 1999b: 107. Note-se que esta opinião foi escrita ainda ao abrigo do regime legal anterior, mas tendo por base um estudo que permanece atual face ao teor do CdVM, pelo que se cita aqui.

62 Costa Pinto, 2000a: 106.

63 Fonseca, 2010: 123.

64 Santiago, 2001: 629.

65 Santiago, 2001: 630.

66 Catarino, 2010: 448.

2. Das investigações preliminares

O nosso Direito tem conhecido, em várias áreas de atividade, a possibilidade de realização de investigações preliminares em matéria penal, anteriores ao processo penal propriamente dito, e que podem ser realizadas por entidades policiais ou não policiais.⁶⁷

Assim ocorre, por exemplo, com a Lei n.º 36/94, de 29 de setembro,⁶⁸ que estabelece medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira e permite que sejam realizadas, pelo MP e pela Polícia Judiciária (doravante, “PJ”), ações de prevenção que incluem a possibilidade de realizar atos como recolha de informação e solicitação de inquéritos.

Da mesma forma, na atual Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento ao Terrorismo,⁶⁹ prevê-se que as entidades sujeitas a este regime efetuem verdadeiras averiguações para compreender a estrutura de propriedade e de controlo do cliente, devendo as mesmas ainda investigar a origem e o destino dos fundos.⁷⁰ Acontece que as entidades sujeitas a este regime são variadíssimas, incluindo entidades financeiras como instituições de crédito e sociedades de consultoria para investimento, mas também entidades não financeiras como notários e advogados (cfr. artigos 3.º e 4.º da mencionada Lei).

Assim sendo, é lícito defender que nem toda a investigação criminal acontece no seio do processo penal.⁷¹ Nos regimes que ora referimos, as especificidades técnicas das realidades em causa justificam a intervenção de entidades com maior proximidade ou conhecimentos técnicos, por forma a apurar aquilo que será verdadeiramente relevante em termos criminais. Caso se conclua pela existência de uma verdadeira notícia de crime, deve a mesma ser remetida ao MP para que este abra o competente inquérito, iniciando assim o processo penal, nos termos gerais.

67 Costa Pinto, 2000a: 30.

68 Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 90/99, de 10 de julho, pela Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, pela Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro e pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro.

69 Aprovada pela Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e alterada pela Retificação n.º 41/2008, de 4 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 317/2009, de 30 de outubro e pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho.

70 Costa Pinto dá ainda outros exemplos, que se prendem com os poderes da Inspeção Geral das Atividades Económicas, e ainda com os poderes da Administração Fiscal na investigação de crimes fiscais (Costa Pinto, 1999b: 35 ss).

71 Costa Pinto, 1999b: 38.

Nos termos do art. 3.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, assim que, no decurso de uma ação de prevenção, “surjam elementos que indiciem a prática de um crime, é instaurado o respetivo processo criminal”. O mesmo sucede no âmbito da Lei do Combate ao Branqueamento de Capitais e do Financiamento ao Terrorismo. Caso as entidades sujeitas a este regime “saibam, suspeitem ou tenham razões suficientes para suspeitar que teve lugar, está em curso ou foi tentada uma operação susceptível de configurar a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo” (art. 16.º da Lei), devem comunicá-lo ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira.

Como vemos, as investigações preliminares que nos ocuparam nos precedentes parágrafos não consubstanciam um verdadeiro inquérito criminal, situando-se num momento anterior a esse, não se confundindo com aquele e sendo a sua necessidade justificada pelas razões acima adiantadas.

O mesmo sucede com as averiguações preliminares.

As averiguações preliminares acabam por funcionar como um pré-inquérito, na senda daquilo que vem sucedendo recentemente através da criação de figuras como as ações de prevenção criminal, que vêm introduzir alguma dificuldade na separação entre o que é Direito Administrativo e o que é Direito Processual Penal.

No entanto, os atos praticados no processo de averiguações preliminares não são ainda atos processuais, dado que têm lugar num momento anterior, sendo antes uma “realidade extraprocessual conexas com a processual”,⁷² conforme refere Germano Marques da Silva relativamente às medidas cautelares e de polícia, numa afirmação que nos parece traduzir também aquela que é a realidade no âmbito das averiguações preliminares.⁷³

72 Marques da Silva, 2000: 63.

73 Tão-pouco nos parece que a CMVM, ao atuar no âmbito do processo de averiguações preliminares, possa ser entendida como um órgão de polícia criminal, em virtude de não se enquadrar no conceito de entidade e agente policial previsto no art. 1.º, alínea c) do CPP e não existir uma lei expressa que atribua essa qualificação à mesma. Na verdade, a CMVM não é “organicamente nem materialmente uma entidade policial, mas sim uma autoridade administrativa” (Costa Pinto, 1999b: 114). Os poderes que detém em sede de averiguações preliminares decorrem, ainda, da sua qualidade de entidade dotada de *ius imperii* e mais não são do que uma explicitação, no que a este processo respeita, dos poderes que já constavam do art. 361.º, n.º 2 do CdVM, que contém as prerrogativas gerais de supervisão da CMVM.

3. Conclusão sobre a natureza administrativa das averiguações preliminares

Refere Bruno Vinga Santiago que as averiguações preliminares também não se tratam de um verdadeiro procedimento administrativo porque “nos termos do art. 1.º do CPA [Código do Procedimento Administrativo] não é da ‘formação de manifestação de vontade da Administração’ que se trata mas sim, do apuramento da existência da notícia de um crime”. Da mesma forma, argumenta o Autor que a comunicação da notícia de crime ao MP não é um verdadeiro ato administrativo, “mas sim o primeiro ato de inquérito”.⁷⁴

Contudo, não nos parece que tal opinião seja de acolher.

Efetivamente, apesar de ser verdade que o ato de comunicação da notícia de crime ao MP, ato em que culmina o processo de averiguações preliminares, não corresponde ao conceito geralmente aceite de ato administrativo, que, para Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco Amorim, se pode definir como uma “medida ou prescrição unilateral da Administração que produz direta, individual e concretamente efeitos de direito administrativo vinculantes de terceiros”,⁷⁵ é preciso notar que, atualmente, a doutrina vem aceitando um conceito de ato administrativo mais alargado, que abarca diferentes atos sob a sua alçada.

De acordo com esta nova doutrina, arreigada nas diversas classificações de ato administrativo apresentadas pela doutrina alemã, os atos administrativos podem exteriorizar declarações de vontade (correspondendo então a decisões ou deliberações), mas podem também tratar-se de declarações intelectuais, que traduzem um juízo, um conhecimento, ou atividades meramente materiais, como sejam os atos materiais de exercício, de informação geral ou de execução.⁷⁶ Apenas o primeiro tipo de ato administrativo (ato decisório com efeitos externos) corresponde ao clássico conceito de ato administrativo.⁷⁷ No entanto, como é evidente, tal facto não retira a qualidade de ato administrativo a outras ações da CMVM, *vg* a comunicação dos elementos obtidos através do

74 Santiago, 2001: 629.

75 Esteves Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco Amorim, 1993-1995: 550. Para uma melhor densificação do conceito tradicional de ato administrativo, veja-se Esteves Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco Amorim, 1993-1995: 550 ss.

76 Catarino, 2010: 382, bem como Pereira da Silva, 1996: 445 ss., *passim*.

77 Este tipo de ato administrativo é também o mais importante no âmbito da atuação da CMVM, uma vez que se entende que esta autoridade reguladora pode impor às pessoas e entidades sujeitas à sua supervisão os comportamentos que esta considere como necessários à obtenção de um “equilíbrio” dos interesses particulares com os interesses públicos em causa neste setor. Catarino, 2010: 382.

processo de averiguações preliminares à autoridade judiciária. São também atos administrativos os atos desenvolvidos ao longo do processo de averiguações preliminares, esses já atos de execução de uma determinada competência que é atribuída por lei à CMVM.

Assim, como já referimos, o processo de averiguações preliminares não consubstancia verdadeiro direito processual penal. Poderá questionar-se, então, por que razão remete o CdVM para as normas do CPP que respeitam aos meios de obtenção de prova e às formalidades exigidas quanto a estes no seio do processo penal. Não estará o mesmo a reconhecer uma identidade de natureza entre o processo penal e o processo de averiguações preliminares?

Em nosso entender, a resposta a dar a esta questão é negativa. A remissão para as normas do CPP respeitantes aos meios de obtenção de prova visa tão-somente assegurar a proteção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos envolvidos na investigação desenvolvida no processo de averiguações preliminares, convocando-se assim a aplicação de um regime mais protecionista.⁷⁸ Procura-se evitar uma investigação da CMVM que se revele invasiva da esfera dos direitos fundamentais dos cidadãos em causa, garantindo-se a validade da prova no posterior processo penal.

Por outro lado, também a CMVM fica dependente da colaboração das autoridades judiciárias no que a estes atos respeita.

Note-se, todavia, que a solução em vigor vai ao encontro daqueles que são os ditames constitucionais em matéria de processo penal, designadamente no que se refere ao monopólio da ação penal, que, no nosso ordenamento jurídico, cabe ao MP.

De facto, a nossa Lei Fundamental não permitiu ir mais longe, nomeadamente concedendo uma verdadeira possibilidade de ser a autoridade reguladora a instruir o processo penal, e a aplicar posteriormente a competente sanção, como sucede no Direito britânico, conforme vimos já.

No entanto, formulou-se um regime que permite colocar a CMVM “ao serviço” da luta contra a criminalidade financeira, beneficiando de todas as suas capacidades de supervisão e sem, no entanto, apurar a responsabilidade

78 Cláudia Verdial Pina refere que a CMVM deve limitar-se a “recolher os indícios suficientes para imputar o ilícito a suspeito determinado e a afastar a hipótese, pelo menos numa primeira avaliação do ilícito, que este não se reconduz a contraordenação”, acrescentando ainda que “será de natural coerência sujeitar os atos mais solenes e gravosos da investigação criminal à tutela do Ministério Público e do Juiz de Instrução, reservando para a fase de inquérito as buscas domiciliárias, a intromissão no sigilo da correspondência e o interrogatório do arguido” (2012: 55).

criminal das pessoas envolvidas. A CMVM limita-se a constatar factos e a remetê-los para o MP.⁷⁹

O legislador português optou, também, por não estabelecer um regime jurídico tão ambicioso quanto o italiano no que se refere às averiguações preliminares, não prevendo, assim, a existência de uma fase obrigatória prejudicial ao processo penal, sujeita à direção da autoridade de mercado.

Na verdade, terão sido determinantes para o legislador português argumentos como o de se estar a criar uma condição de procedibilidade em crimes públicos, o de se estar a consagrar uma fase obrigatória mesmo que o caso não a justifique e a eventualidade de surgirem “animosidades” com o MP.⁸⁰

Na verdade, a invalidade da prova obtida ao abrigo deste processo poderá ser sindicada no posterior processo penal, bem como poderão os investigados ser ressarcidos dos danos que tiverem advindo do processo de averiguações preliminares, nos termos gerais.

Ainda no que respeita à natureza jurídica deste processo, parece-nos que o legislador não terá ignorado o facto de uma investigação levada a cabo ainda no âmbito da supervisão poder beneficiar dos deveres de cooperação das entidades supervisionadas, que estariam muito mais protegidas num processo penal, com o estatuto de arguidas. Sucede ainda que durante o processo de averiguações preliminares a CMVM não estará limitada pela invocação dos investigados do seu dever de segredo profissional, uma vez que as entidades têm, em processo de averiguações preliminares como na regular e normal supervisão da sua atividade, o dever de dar elementos e prestar informações à autoridade de mercado (esta última, limitada porém pelo princípio *nemo tenetur*, conforme se verá adiante).⁸¹

Esta solução tem ainda a vantagem de manter esta primeira investigação dos crimes financeiros no seio da CMVM, limitando-se o campo da devassa das matérias em causa. Esta questão assume especial relevância num mercado como o dos valores mobiliários, onde determinadas informações podem influenciar o

79 Precisamente por essa razão, estamos em crer que o MP não poderá avocar o processo de averiguações preliminares, porquanto este se trata, ainda, de um processo administrativo, com poderes administrativos que, em certos casos, recebem um regime processual penal por terem uma especial potencialidade de lesar os direitos dos investigados.

80 Apontando estes argumentos, Santiago, 2001: 618.

81 Cfr. os arts. 304.º, n.º 4 do CdVM e 135.º a 182.º do CPP com o art. 385.º do CdVM.

funcionamento do mesmo de forma drástica, tendo efeitos relevantes na vida das várias entidades que nele atuam.⁸²

V. O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE* E A SUA APLICAÇÃO NO CONTEXTO DAS AVERIGUAÇÕES PRELIMINARES

1. Notas introdutórias sobre o princípio *nemo tenetur*

O princípio *nemo tenetur* é um princípio estruturante do processo penal que tem dois corolários: o direito ao silêncio e o direito a não facultar provas autoincriminatórias.

Na verdade, este princípio, que consubstancia, para Paulo de Sousa Mendes, “um dos pilares do processo penal português”,⁸³ é típico dos processos penais de estrutura acusatória e reflete uma “reação a procedimentos inquisitórios que transformavam o arguido em instrumento da sua própria condenação”.⁸⁴

Apesar de este princípio não ter consagração expressa na CRP, é tido unanimemente pela doutrina como um princípio de natureza constitucional.^{85/86}

Ao abrigo deste princípio, para além do arguido, também o suspeito é titular do direito ao silêncio (59.º, n.º 2 do CPP).

Este direito, contudo, não é absoluto, conhecendo limitações no que toca à identificação pessoal do arguido e aos seus antecedentes criminais (art. 61.º, n.º 3, alínea *b*) do CPP). No primeiro interrogatório judicial, o arguido é obrigado a responder com verdade quanto a estas duas matérias (art. 141.º,

82 Note-se que, nos termos do CPP (art. 86.º, n.os 1 e 2), o processo penal é em princípio público. Sobre a forma como as informações podem influenciar a evolução das cotações dos instrumentos financeiros, veja-se Sousa Mendes & Miranda, 2005: 196 ss.

83 Sousa Mendes, 2010: 127.

84 Costa Andrade & Figueiredo Dias, 2009: 37.

85 O fundamento constitucional do princípio pode ser material ou processual. Enquanto uns lhe atribuem um fundamento processual, dizendo que o mesmo se baseia nas garantias penais consagradas na CRP, nomeadamente no seu art. 32.º, n.º 2, outros preconizam uma fundamentação material mais profunda, alicerçada nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana. A doutrina portuguesa tem optado maioritariamente pela fundamentação processual do princípio, ligando o mesmo à própria estrutura acusatória do processo penal e às garantias de defesa, ou, mais particularmente, à presunção de inocência ou ao princípio do processo equitativo (veja-se Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 15). No sentido de que “[a] primeira razão do direito ao silêncio é [] a própria presunção de inocência do arguido.”, veja-se Palma, 2008-2009: 1. O Tribunal Constitucional, por sua vez, parece optar também por um fundamento processual, baseado nas garantias de defesa do arguido previstas no artigo 32.º, n.º 2 da CRP.

86 Já na lei ordinária, mais concretamente no CPP, várias são as manifestações deste princípio, mas apenas na sua vertente de direito ao silêncio (artigos 61.º, n.º 1, alínea *d*), 132.º, n.º 2, 141.º, n.º 4, alínea *a*) e 343.º, n.º 1 do CPP).

n.º 3 do CPP), e na fase do julgamento é obrigado a responder com verdade apenas acerca da sua identificação (art. 342.º do CPP).⁸⁷

Quanto ao âmbito de validade normativo do princípio⁸⁸, este pode aplicar-se a todo o direito sancionatório, adquirindo, apesar de tudo, maior relevância no Direito Penal e no Direito de Mera Ordenação Social.

Reportando-nos por ora ao âmbito de validade temporal, note-se que o princípio pode vigorar ainda antes da constituição de arguido, permanecendo em vigor até ao trânsito em julgado da sentença. Este princípio pode até consubstanciar, ele próprio, um fator de constituição de arguido caso sejam feitas perguntas ou pedidos cuja resposta possa implicar a sua autoincriminação (veja-se, a este respeito, em sede de processo penal, o disposto no art. 59.º, n.º 2 do CPP).

Quanto ao âmbito de validade material do princípio, a discussão cabal do mesmo em toda a sua dimensão ultrapassaria o escopo do presente trabalho,⁸⁹ cabendo, neste ponto, sublinhar que o seu núcleo clássico corresponde ao direito ao silêncio. No entanto, é comumente entendido que este princípio inclui qualquer “contributo involuntário (baseado em violência, coação ou engano) do suspeito para alimentar uma pretensão punitiva contra si próprio”,⁹⁰ impedindo-se assim a degradação da pessoa em mero objeto de prova contra si própria.⁹¹

Tendo em conta o fundamento constitucional deste princípio, qualquer restrição ao mesmo deverá constar de lei prévia e expressa (exigência de leg-

87 O Tribunal Constitucional considerou inconstitucional a norma que obrigava o arguido a responder com verdade às questões acerca dos seus antecedentes criminais em sede de julgamento, considerando que essa norma violava, entre outros, o princípio da presunção de inocência (Acórdão do Tribunal Constitucional, de 5 de dezembro de 1995, processo 695/95, de 5 de dezembro). Para Silva Dias & Costa Ramos, este argumento deveria valer também para o primeiro interrogatório do arguido, uma vez que o juiz do julgamento terá “acesso fácil” às declarações ali feitas pelo arguido, e além disso as mesmas são feitas perante o juiz de instrução, que pode aplicar-lhe uma medida de coação (Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 20).

88 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 22 ss.

89 Para uma discussão aprofundada do âmbito de validade material do princípio, nomeadamente no que respeita a temas como a extração coativa da saliva, siga-se Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 23 ss.

90 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 34.

91 Na opinião de Cláudia Verdial Pina, “[p]ara que o visado possa invocar o direito à não autoincriminação deve o pedido formulado pela autoridade conter um elemento coativo para a obtenção de certas informações, não ocorrendo em situações de colaboração voluntária, ou seja, sempre que o pedido não imponha nenhuma sanção para o seu incumprimento.” (2012: 59).

idade) e respeitar o princípio da proporcionalidade previsto pelo art. 18.º, n.º 2 da CRP.⁹²

2. Aplicação do princípio *nemo tenetur* ao processo de averiguações preliminares

Cabe, de seguida, procurar dar resposta à questão de saber se o princípio em análise se aplica ao processo de averiguações preliminares. Pode o cidadão investigado no âmbito de um processo de averiguações preliminares recusar prestar informações ou fornecer documentos pedidos pela CMVM com fundamento neste princípio?⁹³

*a) O conflito entre o princípio *nemo tenetur* e os deveres de colaboração das entidades supervisionadas*

Como vimos, os poderes que a CMVM detém no âmbito das averiguações preliminares inserem-se, ainda, nas suas competências de supervisão. Ora, facto é que a lei reconhece à CMVM o poder de solicitar informações e pedir documentos, sendo que, a essas prerrogativas, corresponde o dever de as entidades em causa prestarem os elementos pedidos. Poderão, assim, as pessoas em causa recusar-se a fornecer os elementos em causa à CMVM ao abrigo do princípio *nemo tenetur*, ou prevalece a sua obrigação legal de o fazer?⁹⁴

O princípio *nemo tenetur*, como se disse acima, não é um princípio absoluto, admitindo restrições, desde que estas sejam realizadas no respeito dos requisitos previstos no art. 18.º, n.º 2 da CRP.

Com Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade⁹⁵, estamos em crer que os deveres de colaboração correlativos à supervisão representam, em si só, uma restrição ao direito ao silêncio e ao direito à não autoincrimina-

92 Costa Andrade & Figueiredo Dias, 2009: 45.

93 A jurisprudência comunitária tem vindo a desenvolver-se no sentido de considerar que as empresas são obrigadas a colaborar com a Comissão, entregando-lhe documentos relevantes para produção de prova no âmbito de processos em que estão implicados, com exceção dos casos em que as empresas sejam obrigadas a admitir que cometeram uma infração. Nestas situações, por respeito pelo *nemo tenetur*, a empresa em causa pode não entregar os documentos em causa ou não prestar as informações solicitadas. Chamando a atenção para este posicionamento da jurisprudência comunitária, Martinho, 2010: 164.

94 Para um estudo aprofundado da vigência do *nemo tenetur* nos processos de contraordenação no âmbito dos valores mobiliários, siga-se Silva Dias, 2010, bem como Bolina, 2010: 410.

95 Costa Andrade & Figueiredo Dias, 2009: 47 e 48.

ção, admissível nos termos do art. 18.º, n.º 2 da mesma, i.e., ao princípio da proporcionalidade.⁹⁶

Na verdade, quando falamos no mercado dos valores mobiliários, falamos de um setor da atividade económica que não é absolutamente livre em termos de atuação dos seus intervenientes. As entidades que nele pretendem atuar sujeitam-se a “restrições e condicionamentos que resultam da necessidade de proteção do interesse público em geral e dos interesses de terceiros em particular”.⁹⁷

A supervisão exercida é fulcral para que os investidores mantenham a sua confiança no regular funcionamento do mercado, e aí invistam as suas poupanças. Desta forma, podemos dizer que a supervisão, por garantir o cumprimento das normas em vigor relativamente ao mercado dos valores mobiliários, acaba por beneficiar as próprias entidades sujeitas à supervisão da CMVM, que assim podem prosseguir a sua atuação nesse mercado e obter as fontes de financiamento que procuram.

Assim se compreende que se possa exigir a essas entidades “a máxima lealdade para com o Estado, especialmente quando estiverem defronte dos Reguladores, o que implicará que tenham um dever de colaborar com essas autoridades, nos termos legalmente impostos.”^{98/99}

Acresce ainda que uma supervisão eficiente e completa seria difícil de conceber sem a cooperação das entidades supervisionadas, pelo que a previsão de deveres de cooperação nestes termos não contende com o princípio

96 Veja-se, a este propósito, Pina, 2012: 61. A Autora afirma que, tendo em conta que a violação dos deveres de colaboração se encontra cominada com a prática do crime de desobediência qualificada ou de contraordenação muito grave, existe de facto “um elemento de tensão com o direito a não autoincriminação, pois a colaboração dos supervisionados encontra-se correlacionada com um elemento de coação.” Acrescenta no entanto a Autora que o direito ao silêncio não é absoluto, admitindo “compressão que não elimine o seu núcleo essencial”.

97 Sousa Mendes, 2010: 138

98 Sousa Mendes, 2010: 138. Apesar de o Autor tecer estas considerações a propósito dos poderes da Autoridade da Concorrência (e não da CMVM), as mesmas podem ser transpostas para esta sede por manterem aqui a sua inteira validade.

99 Como exemplo de outro âmbito onde ocorre uma semelhante “autolimitação” temos a condução de veículos. Trata-se de uma atividade não livre e regulada: quando tomamos a decisão de conduzir um veículo, aceitamos cumprir certas regras e assumimos determinadas responsabilidades. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem teve já ocasião de se pronunciar sobre esta temática, no caso *O'Halloran and Francis vs. The United Kingdom*, perante uma situação em que um cidadão se recusou a informar quem conduzia o seu veículo no momento em que foi cometida uma infração com o mesmo (Acórdão de 29 de Junho de 2007, processos 15809/02 e 25624/02, referido por Martinho, 2010: 171). O Tribunal considerou que a informação deveria ter sido prestada, por a “especial natureza do regime regulatório” implicar uma “interpretação mais limitada do direito ao silêncio e à não autoincriminação.”

nemo tenetur.¹⁰⁰ A colaboração das entidades supervisionadas revela-se assim imprescindível para que a CMVM possa desempenhar corretamente as suas atribuições de regulação e supervisão do mercado e, assim, “garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças” (art. 101.º da CRP). Neste sentido, os seus deveres de colaboração assumem uma “indiscutível raiz constitucional”.¹⁰¹

Mais: uma vez estando inseridos no âmbito de um processo de averiguações preliminares da prática de um crime, os seus deveres assumem ainda a natureza de “*dever de cooperação para a boa administração da justiça e para a descoberta da verdade*, à semelhança do que sucede com os deveres consagrados, entre outras instâncias, a nível processual civil (artigo 519.º, n.º 1, do Código de Processo Civil – CPC) e penal (por ex., artigos 131.º, n.º 1, 153.º, n.º 1 e 172.º do Código de Processo Penal – CPP).”¹⁰² [*sic*]

b) O âmbito material de aplicação do princípio nemo tenetur em sede averiguações preliminares

Aqui chegados, cumpre analisar quais os deveres de cooperação que os suspeitos poderão escusar-se a satisfazer perante a CMVM com fundamento no princípio *nemo tenetur*.

Para Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, o princípio *nemo tenetur* deve ser reconhecido aqui em toda a sua plenitude, abarcando não só as declarações dos suspeitos, mas também as entregas de elementos por parte dos mesmos.¹⁰³ Estes Autores adotam assim a “tese da inadmissibilidade do uso probatório de quaisquer elementos recolhidos ao abrigo do dever de colaboração”.¹⁰⁴ Segundo os Autores, a CMVM deverá, ao pedir documentos ou informações aos suspeitos, comunicar-lhes que passam a ser arguidos, aplicando para tal o art. 58.º, n.º 1, alínea *a*) do CPP.

Contudo, entendemos que semelhante solução não é de aceitar por várias razões.

Em primeiro lugar, a mesma implica uma total inutilização dos deveres de cooperação dos investigados e a função de supervisão da CMVM, à qual as

100 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 52.

101 Anastácio, 2010: 204.

102 *Ibidem*.

103 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 76.

104 Como lhe chama Bolina, 2010: 410.

entidades supervisionadas se sujeitam voluntariamente em contrapartida da possibilidade de atuação no mercado dos valores mobiliários.

Se por um lado se pode argumentar que o facto de estarmos perante a investigação de ilícitos criminais, e não de meras contraordenações, deveria convocar um regime mais protecionista relativamente aos cidadãos investigados, também é verdade que estão em causa comportamentos que representam uma agressão mais grave às regras de funcionamento do mercado, e que portanto justificam que a CMVM não possa ver as suas diligências totalmente frustradas perante um suspeito que se “escuda” atrás do princípio *nemo tenetur*, em contradição com as obrigações a que se comprometeu para que pudesse atuar neste mercado.

Se, ao abrigo das habituais competências de supervisão da CMVM, a mesma pode solicitar os referidos elementos às entidades supervisionadas, e estas encontram-se adstritas à prestação de toda a colaboração da CMVM nos termos do n.º 3 do art. 359.º do CdVM, por maioria de razão, tais obrigações deverão manter-se em sede de averiguações preliminares, atendendo à importância dos bens jurídicos em causa e das agressões aos mesmos que os ilícitos investigados através desse processo representam.

O mesmo se diga relativamente a elementos pedidos pela CMVM anteriormente à existência de um processo de averiguações preliminares e que venham, depois, a ser usados como prova neste âmbito.

Como bem defende Helena Magalhães Bolina (ainda que no âmbito do processo contraordenacional do CdVM), caso se entendesse que não podiam ser usados como prova em processo de contraordenação documentos entregues pela entidade supervisionada antes da existência de um processo e ao abrigo dos normais poderes de supervisão da CMVM, chegaríamos a conclusões contraditórias.¹⁰⁵ Negar que tais elementos pudessem ser utilizados em sede de averiguações preliminares equivaleria, muitas vezes, a negar a própria existência deste processo, dado que será natural que a CMVM adquira conhecimento da existência de indícios da prática de crimes contra o mercado precisamente atentas as suas competências de supervisão.¹⁰⁶

105 Bolina, 2010: 417.

106 Também neste sentido, ainda que no âmbito dos processos contra-ordenacionais, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de outubro de 2008, processo 2140/08-9, 9.ª Secção, onde o Tribunal considerou que o poder de instruir processos sancionatórios consubstancia ainda um poder de supervisão da CMVM, e que o dever de colaboração correlativo desta supervisão se mantém em vigor durante pelo que as provas recolhidas em sede de supervisão são válidas. No mesmo sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de dezembro de 2009, processo 5523/07.8TFLSB.L1, 3.ª Secção. Também o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias já se pronunciou sobre esta matéria,

Admitir que essas prerrogativas da CMVM deixassem de existir a partir do momento em que ocorresse a abertura do processo de averiguações preliminares poderia ter o efeito nefasto de incentivar a CMVM a proceder à recolha de todos os elementos necessários anteriormente à abertura formal de um processo de averiguações preliminares, para que depois não corresse o risco de o cidadão investigado negar qualquer colaboração.

Acresce que considerar que os elementos obtidos anteriormente à abertura de um processo de averiguações preliminares não pudessem ser utilizados, sendo portanto inválidos, inquinaria de invalidade todas as provas obtidas na sequência dos primeiros elementos fornecidos pela entidade investigada. Se os mesmos tivessem de ser desconsiderados, não poderia haver lugar a investigação ao abrigo das averiguações preliminares, tornando este processo mera “letra morta” e sem qualquer possibilidade de aplicação prática.

O mesmo se diga quanto a informações meramente factuais, que deverão ser fornecidas pela entidade, como defende a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“TEDH”), ainda que no âmbito do direito da concorrência.¹⁰⁷

Relembre-se que este processo foi criado no âmbito e com o intuito de aprofundar a tutela do sistema financeiro, também ela com dignidade constitucional (conforme já ficou visto) e cujo âmbito seria grandemente prejudicado através de uma solução como esta.

Por outro lado, a solução apontada pelos Autores Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos de a CMVM promover a constituição de arguido por parte do suspeito investigado através do processo de averiguações preliminares é em si mesma impossível de aplicar, uma vez que a CMVM não pode fazê-lo. Na verdade, essa figura não existe no processo de averiguações preliminares. Acresce que a autoridade de mercado não tem competências para o fazer, e que, nesta fase, ainda nem sequer se encontra em curso um processo penal.

nomeadamente no seu Acórdão de 18 de outubro de 1989, *Orkem vs. Commission*, processo 374/87. Nesta decisão, que respeitou a uma questão de Direito da Concorrência, o Tribunal sublinha a obrigação de serem fornecidos pelas empresas à Comissão todos os elementos que estejam na sua posse, ainda que os mesmos possam vir a ser utilizados para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial.

107 Neste sentido, veja-se o Acórdão do TEDH, de 8 de Abril de 2004, *Weh vs. Austria*, processo 38544/97. Este aresto debruça-se sobre uma situação em que um cidadão foi punido por não ter informado de forma cabal a identidade da pessoa que conduzia o seu veículo no momento em que fora registada uma infração. O Tribunal defendeu que os esclarecimentos meramente factuais não são autoincriminatórios, para além de ter sublinhado que as informações solicitadas não poderiam ter sido obtidas de outra forma.

Daqui resulta a impossibilidade prática de proceder à constituição de arguido em sede de averiguações preliminares.

Frederico de Lacerda da Costa Pinto,¹⁰⁸ por sua vez, defende que o âmbito do princípio *nemo tenetur* em sede de processo contraordenacional da CMVM incluirá somente “o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados e não abrange o direito a recusar a entrega de elementos que estejam em seu poder”.

De facto, este Autor justifica o direito ao silêncio através dos direitos de defesa, mas não consubstancia o dever de entrega de elementos à CMVM como uma restrição a esse direito, atendendo à previsão constitucional da garantia de funcionamento eficiente dos mercados como incumbência do Estado e à necessidade de proteção das condições de funcionamento do sistema financeiro. Nesta sequência, alega ainda o Autor que a entrega de elementos por parte das entidades supervisionadas constitui um dever fundamental para o exercício da supervisão por parte da CMVM, o qual é aceite pelas entidades em “contrapartida do privilégio de acesso ao mercado”.¹⁰⁹

Apesar de ser nossa opinião que estamos perante uma verdadeira restrição ao direito ao silêncio pelas razões acima referidas, tendemos também a defender que o direito ao silêncio no âmbito do processo de averiguações preliminares se deverá limitar à possibilidade de o cidadão investigado se poder recusar a prestar informações que se traduzam numa verdadeira confissão,¹¹⁰ numa declaração de autoincriminação, sob pena de se fazer “tábua rasa” dos deveres de colaboração a que o mesmo se sujeitou previamente.

Diferentemente, caso sejam pedidos elementos, os mesmos terão de ser entregues, por tal ato se enquadrar ainda nos deveres normais de cooperação a que estas entidades estão sujeitas e que possibilitam, em larga medida, o exercício da supervisão.

108 Costa Pinto, 2009: 95.

109 Costa Pinto, 2009: 97.

110 Conforme esclarece Anastácio, “[u]ma declaração “autoincriminatória” neste contexto é [...] aquela através da qual o declarante admite direta e expressamente a sua participação na infração, através da qual ‘confessa’ essa sua participação” (Anastácio, 2010: 223). Acrescenta ainda a Autora que “ir mais longe do que isto, considerando que é autoincriminatória qualquer declaração que possa ser usada como meio de prova, dessa forma contribuindo para a condenação do arguido, não nos parece compatível com o dever de colaboração que àquele cabe ao abrigo dos dispositivos legais já referidos.” (*ibidem*). Apesar de estas afirmações terem sido feitas quanto ao processo contra-ordenacional da Autoridade da Concorrência, nada nas averiguações preliminares e no CdVM faz com que as mesmas não possam ser aplicadas nesta sede.

Por outro lado, esta solução não viola o núcleo essencial do princípio *nemo tenetur*, e que, nas palavras de Catarina Anastácio, determina que “ninguém pode ser coagido a emitir declarações autoincriminatórias, a declarar a sua culpabilidade, a admitir a sua participação numa infração, uma vez que tal admissão, a verificar-se, deverá ser sempre um ato totalmente livre e consciente”.¹¹¹

Note-se que esta restrição ao princípio *nemo tenetur* respeita o princípio da proporcionalidade, sendo adequada – é um meio idóneo à prossecução do objetivo de proteção do interesse constitucional com que conflitua – e necessária – constitui o meio exigível, visto que a nossa lei não prevê qualquer forma alternativa de prosseguir o mesmo objetivo com a mesma eficácia. A restrição é ainda proporcional em sentido estrito, revelando-se como uma justa medida, que resulta da ponderação do peso relativo dos bens jurídicos constitucionais em confronto, porquanto se deixa incólume o núcleo essencial do direito restringido.

Para efetivar o direito à não autoincriminação na sua aceção mais restrita a aplicar nesta sede, consideramos que a CMVM deve, aquando do pedido de informações e/ou declarações, informar que se encontra em curso um processo de averiguações preliminares,¹¹² informação essa que terá como fundamento um princípio de lealdade processual que deverá ser exigido a esta autoridade de mercado pelas especiais funções que desempenha e pelos poderes que detém.^{113/114}

CONCLUSÕES GERAIS

O presente trabalho teve como objetivo proceder a um estudo do processo de averiguações preliminares da CMVM, nomeadamente apurando a natureza jurídica desse processo e aferindo se o mesmo se deveria incluir ainda nas competências de supervisão da CMVM.

¹¹¹ Anastácio, 2010: 217.

¹¹² Diferentemente, a CMVM não está obrigada a informar que está em curso um processo de averiguações preliminares quando faça meros pedidos de elementos. No sentido de que a utilização nestes termos dos poderes de supervisão não se trata de um meio enganoso de obtenção da prova, veja-se Pina, 2012: 64-65.

¹¹³ Sousa Mendes, 2010: 13. Mais uma vez se reforça que as considerações feitas pelo Autor a propósito dos poderes da Autoridade da Concorrência mantêm a sua validade neste âmbito, pelo que se adotam.

¹¹⁴ Relativamente à forma como o princípio deve ser aplicado às várias pessoas a quem a CMVM poderá fazer pedidos de informações e de elementos, veja-se o disposto na nossa Dissertação de Mestrado intitulada “As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira – regime jurídico e questões inerentes” (cfr. nota 15).

De facto, podemos concluir o seguinte:

- As averiguações preliminares incluem-se no poder de supervisão da CMVM, mais propriamente naquele a que podemos chamar de “terceiro nível de supervisão”.
- As averiguações preliminares têm natureza administrativa, mas alguns dos seus atos merecem uma tutela do CPP porque se visou assegurar a proteção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos envolvidos na investigação desenvolvida e até garantir a validade da prova, quando utilizada no processo penal.
- O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* vigora no âmbito das averiguações preliminares, devendo, no entanto, limitar-se às declarações autoincriminatórias, sob pena de total anulação dos deveres de cooperação das entidades supervisionadas.

BIBLIOGRAFIA

ANASTÁCIO, Catarina

- 2010 “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, pp. 199-235.

BOLINA, Helena

- 2010 “O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado dos valores mobiliários”, in *Revista do CEJ*, n.º 14, pp. 383-430.

CÂMARA, Paulo

- 2009 *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina.
 2008 “Supervisão e Regulação do Mercado de Valores Mobiliários” in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VIII, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 39-64.

CATARINO, Luís Guilherme

- 2010 *Regulação e supervisão dos mercados de instrumentos financeiros – Fundamento e limites do governo e jurisdição das autoridades independentes*, Coimbra: Almedina.

COLE, Margaret

- 2009 *Setting Out the FSA’s Strategy and Approach to Fighting Fraud*, disponível em http://www.fsa.gov.uk/pages/Library/Communication/Speeches/2009/0910_mc.shtml [consultado em 21.03.11].

COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS

2009 *Contra-ordenações e crimes no mercado dos valores mobiliários*, disponível em <http://www.cmvm.pt/CMVM/Estudos/Em%20Arquivo/Documents/ContraOrdenacoeseCrimes199120091.pdf> [consultado em 01.02.11].

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda

1999a “A tutela dos mercados de valores mobiliários e o regime do ilícito de mera ordenação social”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 285-321.

1999b *Os crimes contra os mercados de valores mobiliários: averiguações preliminares e investigação criminal (modelos de articulação entre a CMVM, as autoridades judiciais e os órgãos de polícia criminal)*, texto não publicado.

2000a *O novo regime dos crimes e contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina.

2000b “A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários”, in *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, n.º 7, pp. 91-103.

2009 “Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processos de contra-ordenação”, in Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade & Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, pp. 61-125.

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, COSTA GONÇALVES, Pedro & PACHECO AMORIM, J.
1997 *Código do Procedimento Administrativo: Comentado*, 2.ª ed., act. rev. e aum., Coimbra: Almedina.

FIGUEIREDO, André Lopes Teixeira de

2005 “A informação difundida no mercado de valores mobiliários e os poderes da CMVM – uma «nova dimensão do Direito Administrativo»?” in *Prémio CMVM 2005*, disponível em <http://www.cmvm.pt/CMVM/A%20CMVM/Premio/Documents/aad53b401ca74c9caa7eb1d17cccfaadTrabalhoCMVM.pdf> [consultado em 11.06.11].

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

2007 *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & COSTA ANDRADE, Manuel da

2009 “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, in Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade & Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, pp. 11-56.

2012 *The Enforcement Guide*, http://media.fsahandbook.info/Handbook/EG_20120206.pdf [consultado em 01.04.12].

- FONSECA, Pedro Miguel
2010 “As averiguações preliminares – CMVM – conteúdo, função e limites”, in *Revista Polícia e Justiça*, n.º 4, pp. 91-127.
- FREITAS DO AMARAL, Diogo
2003 *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 3.ª ed., Coimbra: Almedina.
- GAGEIRO, António
2009 “Modelos de Direito estrangeiro na perspectiva do *enforcement*: E.U.A./R.U./Europa Continental”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa Mendes (coord.), *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 41-72.
- GOMES CANOTILHO, J. J. & MOREIRA, Vital
2007-2010 *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4.ª ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora.
- MARQUES DA SILVA, Germano
2000 *Curso de Processo Penal*, Vol. III, 2.ª ed. rev. e at., Lisboa: Verbo.
- MARTINHO, Helena Gaspar
2010 “O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do direito comunitário da concorrência – uma análise da jurisprudência dos tribunais comunitários”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, pp. 145-174.
- PALMA, Maria Fernanda
2008-2009 “O direito à não auto-incriminação”, in Boletim Informativo do IDPCC da FDUL, n.º 1, disponível em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=d9%2BqYZXWhyU%3D&tabid=622> [consultado em 06.08.11].
- PAZ FERREIRA, Eduardo
2005 *Lições de Direito da Economia*, reimp., Lisboa: AAFDL.
- PEDROSO, Paula & VERDELHO, Pedro
1998 “Crimes no Mercado de Valores Mobiliários – As primeiras experiências”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 75, pp. 115-138.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias
1996 *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina.
- PINA, Cláudia Verdial
2012 “Crime de manipulação do mercado: elementos típicos e recolha de prova”, in *Julgar*, n.º 17, pp. 35-66.
- SANTIAGO, Bruno Vinga
2001 “O regime das averiguações preliminares no Código dos Valores Mobiliários de 1999”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 11, pp. 603-632.

SILVA DIAS, Augusto

2010 “O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1 pp. 237-265.

SILVA DIAS, Augusto & COSTA RAMOS, Vânia

2009 *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Lisboa: Coimbra Editora.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION

2012 *Enforcement Manual*, disponível em <http://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf> [consultado em 15.08.11].

SOUSA MENDES, Paulo de

2009 “A adaptação do Direito português à Directiva sobre o abuso de mercado”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo de Sousa Mendes (coord.), *Direito sancionatório das autoridades reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 325-354.

2010 “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, pp. 121-144.

SOUSA MENDES, Paulo de & MIRANDA, António João

2005 “A causalidade como critério heurístico – uma demonstração através do exemplo da manipulação de cotações no mercado financeiro”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2, pp. 167-208.

SYMINGTON, Jamie

2008 *The FSA and Enforcing the Market Abuse Regime*, disponível em http://www.fsa.gov.uk/pages/Library/Communication/Speeches/2008/1106_js.shtml [consultado em 25.03.11].

VERDELHO, Pedro

1998 v. PEDROSO, Paula.