REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO VI • NÚMERO 23-24
JULHO – DEZEMBRO 2015

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

direção
PAULO DE SOUSA MENDES • MIGUEL SOUSA FERRO

presidência do conselho científico
ANTÓNIO FERREIRA GOMES • EDUARDO PAZ FERREIRA

presidência do conselho de redação
CATARINA ANASTÁCIO

conselho consultivo
JOÃO E. GATA • JORGE SIMÕES • NUNO CUNHA RODRIGUES

INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO FINANCEIRO E FISCAL FDL

ALMEDINA

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO
Ano VI • Número 23-24
julho – dezembro 2015

DIRETORES
PAULO DE SOUSA MENDES • MIGUEL SOUSA FERRO

PROPRIETÁRIOS
AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
Av. de Berna, 19
1050-037 Lisboa
NIF: 506557057

IDEFF
FACULDADE DE DIREITO
Alameda da Universidade
1649-014 LISBOA
NIF: 506764877

SEDE DA REDAÇÃO
Avenida de Berna, 19
1050-037 Lisboa

EDITOR
EDIÇÕES ALMEDINA, SA
Rua Fernandes Tomás, n.os 76-80
3000-167 Coimbra, Portugal
T: 239 851 904
F: 239 851 901
editora@almedina.net
www.almedina.net

EXECUÇÃO GRÁFICA
EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Preço avulso desta Revista €25,00
Assinatura anual da Revista (4 números) €90 (desconto de 10%)

AGOSTO 2016

DEPÓSITO LEGAL
304538/10

N.º DE REGISTO NA ERC
126126

TIRAGEM
500 EXEMPLARES

ESTATUTO EDITORIAL
http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação
são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro
qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor,
é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

ÍNDICE

7 **Editorial**

11 **Doutrina**

13 **Doutrina geral**

15 António Ferreira Gomes – *IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência: discursos de abertura e de encerramento*

27 **Dossier temático I**

Questões de Direito Financeiro

29 Luís Guilherme Catarino – *"Fit and Proper": o controlo administrativo da idoneidade no sector financeiro*

103 Margarida Reis – *A idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito*

133 Inês Serrano de Matos – "*Debt finance": as obrigações como engodo do investidor e a informação externa como um meio de tutela daquele*

179 João Andrade Nunes – *Os deveres de informação no mercado de valores mobiliários: o prospeto*

205 João Vieira dos Santos – *A união dos mercados de capitais e o Sistema Europeu de Supervisão Financeira*

237 **Dossier temático II**

Questões de Processo Penal e de Direito Probatório

239 Stephen Mason – *Towards a global law of electronic evidence? An exploratory essay*

263 Angélica Rodrigues Silveira – *"Nemo tenetur se ipsum accusare" e o dever de colaboração: análise do caso Weh c. Áustria da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*

321 Daniel Diamantaras de Figueiredo – *O direito ao confronto e o caso Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*

359 Felipe Soares Tavares Morais – *O ônus da prova e a presunção de inocência no processo penal brasileiro*

393 Margarida Caldeira – *A utilizabilidade probatória das declarações prestadas por arguido em fase anterior ao julgamento*

429 **Legislação**

431 **Legislação nacional**

431 Legislação nacional de regulação – julho a dezembro de 2015

441 **Jurisprudência**

443 **Comentário de Jurisprudência**

443 Eva Lourenço – *O Acórdão Vinci Construction e GTM Génie Civil et Services c. França, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), de 2 de abril de 2015, n.os 63629/10 e 60567/10*

463 **Jurisprudência Geral**

463 Jurisprudência nacional de concorrência – julho a dezembro de 2015

469 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – julho a dezembro de 2015

477 **Bibliografia**

479 **Novidades Bibliográficas**

483 **Notas Curriculares**

489 **Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação***

491 **Órgãos Sociais**

EDITORIAL/*EDITORIAL NOTE*

Paulo de Sousa Mendes
Miguel Sousa Ferro

O número duplo 23-24 da Revista de Concorrência e Regulação principia com os discursos do Presidente da Autoridade da Concorrência na abertura e encerramento da IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência, que se debruçam sobre alguns dos principais desafios e questões em aberto, atualmente, na política e direito da concorrência, em Portugal, na Europa e no mundo em geral.

Debruçamo-nos, de seguida, sobre um dossier temático dedicado a várias questões de direito financeiro.

Dois autores, Luís Catarino e Margarida Reis, analisam a problemática da idoneidade no setor financeiro, com perspetivas diferentes.

This double issue 23-24 of the Competition & Regulation Review opens with the speeches delivered by the President of the Competition Authority at the opening and closing of the 4th Lisbon Conference on Competition Law & Economics, which tackle some of the main challenges and open questions, today, in competition policy and law, in Portugal, Europe and the world at large.

We then move into a special dossier dedicated to a number of issues of financial law.

Two authors, Luís Catarino and Margarida Reis, analyse the complex question of personal suitability in the financial sector, taking on different per-

O primeiro centra-se na fronteira entre o Direito e a Ética e na necessidade de responsabilidade pessoal e de mecanismos internos de controlo nas empresas em complemento dos mecanismos públicos. Margarida Reis foca mais especificamente os critérios normativos de idoneidade e os mecanismos públicos de controlo, alertando para o risco de uma aplicação do sistema que leve a resultados indesejados.

Outros dois artigos tratam dos deveres de informação no contexto dos mercados financeiros.

Inês Serrano de Matos olha especificamente para o mundo do *debt finance*, defendendo a necessidade de se proteger os investidores não qualificados não só através da informação no momento da aquisição do produto financeiro, que argumenta que seria melhorada pela especialização da banca, mas também através da educação/formação geral anterior dos potenciais investidores (processo de alfabetização financeira).

João Andrade Nunes analisa as condições legais dos prospetos para ofertas públicas de valores mobiliários, bem como as sanções civis, criminais e administrativas associadas.

O dossier termina com a perspetiva de João Vieira dos Santos sobre

spectives. The first focuses particularly on the border between Law and Ethics, on the need for personal responsibility and for internal mechanisms of control in the companies as a complement to public mechanisms. Margarida Reis pays more specific attention to the normative criteria for suitability and to the public mechanisms of control, alerting us to the risk of an enforcement of the system, which leads to unwanted results.

Two other papers address information duties in the context of financial markets.

Inês Serrano de Matos looks specifically at the world of debt finance. She argues for the need to protect non-qualified investors, not only through information provided at the time of purchase of the financial product, which she suggests would be improved through the specialisation of banks, but also through prior general education/training provided to potential investors (promoting financial literacy).

João Andrade Nunes analyses the legal requirements on prospectus information for public offers of securities operations, as well as the respective civil, criminal and administrative sanctions that accompany these obligations.

The dossier ends with the perspective of João Vieira dos Santos on the process

o processo de construção da União do mercado de capitais e algumas preocupações e medidas concretas destacadas. O autor sublinha a importância da supranacionalidade do sistema de supervisão pública e da democratização e educação da população sobre este processo.

O segundo dossier temático versa sobre algumas questões atuais de processo penal e direito probatório.

Stephen Mason explora a possibilidade de criação de um instrumento internacional relativo à prova digital ou eletrónica. Entretanto, desafia os agentes da justiça e os juristas em geral a tomarem a liderança, tendo em vista a promoção de um vasto programa de formação que permita tanto aos advogados como aos juízes adquirirem uma compreensão mais profunda da natureza da prova digital ou eletrónica a bem da justiça.

Angélica Rodrigues da Silveira analisa a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) no caso Weh c. Áustria, o que lhe serve de ponto de partida para uma investigação aprofundada do significado da prerrogativa contra a autoincriminação compulsória.

Daniel Diamantaras de Figueiredo trata de outra decisão proferida pelo TEDH, desta feita no caso Al-Kha-

of creating the capital markets Union and on some specific concerns and measures which are singled out. The author underlines the importance of the supranationality of the public supervision system, as well of the democratization and education of the population in what concerns this process.

The second special dossier focuses on some actual topics of criminal procedure and evidence law.

Stephen Mason explores the possibility of the development of a global law of electronic evidence. In the meantime, he says that the judiciary and legal professions could take the lead together to engage in an extensive programme of education to require lawyers and judges to more fully understand the nature of electronic evidence in the interests of justice.

Angélica Rodrigues da Silveira addresses the judgement delivered by the European Court of Human Rights (ECtHR) in the case of Weh v. Austria as a starting point for an in-depth exploration on the meaning of the privilege against compulsory self-incrimination.

Daniel Diamantaras de Figueiredo deals with another judgement delivered by the ECtHR in the case of Al-Khawaja and Tahery v. the United King-

waja e Tahery c. Reino Unido, a respeito do problema da admissibilidade como prova na fase de julgamento dos depoimentos das testemunhas produzidos fora do tribunal.

Para Felipe Soares Tavares Morais o ponto focal é a discussão sobre o ónus da prova em processo penal, recentemente reativada por inúmeros autores.

Margarida Caldeira aprecia criticamente a recente alteração ao Código de Processo Penal português no que toca ao valor probatório das confissões e declarações confessórias produzidas pelo suspeito ou arguido em fases anteriores ao julgamento.

Finalmente, Eva Lourenço guia-nos na análise do acórdão do TEDH no caso Vinci, relativo à aplicação das normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos a diligências de buscas realizadas por autoridades de concorrência. O caso é especialmente importante por se ter identificado uma efetiva violação de direitos fundamentais, na forma de ausência de mecanismos adequados de garantia desses direitos durante as buscas, deixando muitas dúvidas sobre a fronteira da legalidade.

dom, regarding the problem of admissibility of hearsay statements made by out-of-court declarants.

For Felipe Soares Tavares Morais the main subject is the dispute over the burden of proof in criminal proceedings, recently renewed by several authors.

Margarida Caldeira deals with the recent amendment made to the Portuguese criminal procedure law regarding the probative value of confessions and admissions made by the defendant in a pre-trial stage.

Finally, Eva Lourenço guides us in the analysis of the ECHR's judgment in the Vinci case, relating to the enforcement of the provisions of the European Convention on Human Rights to dawn raids carried out by competition authorities. The case is especially important because an actual violation of fundamental rights was identified, in the form of an absence of adequate mechanisms to ensure the protection of those rights during the searches, leaving many doubts as to where the border of lawfulness truly lies.

DOUTRINA

Doutrina Geral

DOUTRINA GERAL

IV CONFERÊNCIA DE LISBOA SOBRE DIREITO E ECONOMIA DA CONCORRÊNCIA: DISCURSOS DE ABERTURA E DE ENCERRAMENTO

António Ferreira Gomes

Sumário: 1. Discurso de abertura. 2. Discurso de encerramento.

1. DISCURSO DE ABERTURA

Senhor Presidente do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência,

Ilustres Oradores e Convidados,

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

É um prazer dar-vos as boas-vindas à IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência.

Durante os próximos dois dias vamos ter o privilégio de debater alguns dos temas mais atuais da política de concorrência com peritos nacionais e internacionais, de diferentes autoridades da concorrência, instituições académicas, tribunais e do sector privado. Será certamente um debate rico em ideias e perspetivas.

Como estamos numa Conferência Internacional numa cidade tão cosmopolita como Lisboa, permitam-me que faça a minha intervenção em língua inglesa para benefício dos muitos convidados estrangeiros que participam hoje nesta Conferência.

I will now continue my speech in English.

When looking at our current situation in Portugal and Europe and the challenges ahead, we see an untapped potential for growth, innovation and creation of jobs in the European internal market.

Europe must embrace the challenge of ensuring strong competitive markets that will shape better equipped firms, delivering lower prices and offering more choice for consumers and business.

Closing markets to outside competition is a short-sighted strategy that comes at a high cost for businesses and for consumers. Dynamic competitive markets spark innovation, help create jobs and boost economic growth.

At the European level, strategies are being developed to trigger the potential for growth deriving from completing the single market in the traditional areas such as goods and services, but also in new areas such as the energy union or the digital single market.

Estimates from the European Commission show that further efforts with the Digital Agenda for Europe could raise EU28 GDP by 2.1%[1]. This is so because the digital economy has the potential to open up the European common market to new ideas, business initiatives and new companies.

When considering a growth prospect for Europe of around 2% for 2016[2], we understand the importance of completing and reinforcing competitive conditions in the common market, as soon as possible, in areas such as the Digital Market.

It is a fallacy to believe that each country can make it on its own, and this is particularly true for smaller economies. All our efforts to innovate and grow are hampered if we do not have the necessary market dimension.

But what is the role of Competition Authorities, how can they best contribute to more and better growth?

Competition Authorities have an important role to play in this journey for growth.

First, competition authorities need to be effective in guaranteeing a vigorous enforcement of competition law.

Vigorous enforcement is at the core of the activity of any competition authority. It is simultaneously a big challenge. It is a challenge for several reasons: because Competition Authorities have limited resources, but nonetheless have to deliver robust decisions which stand up to judicial review, based on sound economic reasoning and with respect to due process.

---

1 A Digital Single Market for Europe – Analysis and Evidence, Commission Staff Working Paper, SWD(2015) 100 final, page 5.

2 European Economic Forecast – Spring 2015, European Commission.

It is also a challenge because the world moves at a fast pace and we are faced with new business models developing in complex markets, for which a more traditional competition thinking may not be the right fit and may need adjustment.

Similarly to other Competition Authorities, the Portuguese Competition Authority has been diversifying its instruments for better law enforcement. We can now prioritize the cases we deal with; we have now more investigative powers and we have been granted more flexibility on how to conclude a case: with individual or corporate fines, by imposing structural remedies, by accepting voluntary remedies or even by settling the case.

We have been quite active in using such enlarged menu. Only this year, we have concluded three cases with remedies.

We have also been using the possibility to settle cases, which frees up resources to investigate other serious infringements. In Portugal, the settlement avenue can be used with regard to all sort of infringements and is not limited to cartels. We have so far settled three cases: two cartel cases and one case regarding a merger which was implemented prior to a notification to the Authority.

More enforcement means, first and foremost, rigorous cartel enforcement and being able to keep on uncovering harmful cartels. In that respect, our Leniency Programme has been revamped in 2012, becoming further aligned with the ECN Leniency Programme and making it easier and more attractive for companies to unveil cartel agreements.

As a culture of compliance develops in Portugal, which will certainly depend on both the enforcement and the advocacy work of the Competition Authority, and companies increasingly understand the harm that cartel behavior represents to the economy, I am confident that companies will want to distance themselves from anticompetitive behavior and more companies will have the courage to report it to the Competition Authority.

I am pleased to say that we have had a record number of leniency applications in Portugal since our leniency programme was ammended[3]. Leniency will certainly play an essential role in Portugal, not only in detecting but also deterring cartel behaviour.

Although I believe Leniency is an important tool in the fight against cartels, I also strongly believe we have to further diversify the instruments to detect

3 Including summary applications, 11 in 2013-2015 compared to 9 in the period 2006-2012.

cartels, such as the use of screens, a topic that will be further debated in the panel of this morning moderated by Frederic Jenny.

Second, Competition Authorities need to take a further step forward from strong competition enforcement to embedding competition in the design of public policies with the aim of having pro-competitive regulation.

I will specifically focus on two aspects relating to the design and implementation of public policies: public procurement and disruptive technologies.

Let me first address the issue of public procurement.

The economic crisis which severely hit the EU has raised general awareness to the need of ensuring an efficient allocation of Government resources. Public procurement accounts for an important share of the economic activity, representing approximately 12% of GDP in OECD countries[4] and 16% in the EU[5]. In Portugal, the share is around 10%.

The numbers are per se overwhelming, but if anything, they underestimate the relevance of efficient public procurement. Indeed these numbers gain added weight when one accounts for the opportunity cost of the wastage of public funds, which could be freed up for other welfare increasing purposes, such as health, science, justice or education, just to name a few.

We tend to disregard this opportunity cost in times of prosperity, but it cannot be ignored in periods of crisis and of scarcity of resources.

Competition in tenders is key in the pursuit of efficient public procurement and good value for taxpayers' money. The scope for cost savings is substantial.

However, when we look at the numbers for public procurement in Portugal, we see that contracting authorities tend to rely too little on the benefits of competitive procedures, and bidder participation has been decreasing.

Competition can thus play a key role in the challenge of good governance.

Bid rigging conspiracies are certainly a major problem hindering competition in public procurement. And I believe Competition Authorities need to diversify the tools to detect, also proactively, bid-rigging. We also need to make cartel detection a shared objective between competition agencies and contracting authorities, which are first in line for identifying potential conspiracies.

---

4 OECD (2015), "Size of public procurement", in Government at a Glance 2015, OECD Publishing, Paris.

5 http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/public-procurement/.

But bid rigging, while extremely important, does not exhaust all competition issues in public procurement. Good tender design is also very important in ensuring efficient public procurement.

Competition authorities can work closely with procurement officials to design pro-competitive tenders and to promote awareness on the benefits of competition.

Aligning incentives between competition authorities and procurement officials is crucial to achieve the overarching aim of efficient public procurement and this alignment depends on effective advocacy work by competition authorities.

Tomorrow, we will have a panel moderated by Giancarlo Spagnolo, assembling very different perspectives on the role of competition in public procurement. I will have the opportunity myself to expand more on this topic tomorrow, together with the President of the Portuguese Court of Auditors, Professor Oliveira Martins, at the closing session.

Let me now address the topic of disruptive technologies.

The emergence of new business models under the "sharing economy" umbrella is testing the boundaries of existing regulatory frameworks. The shared economy can contribute to economic growth by allowing the usage of goods and services which would otherwise remain idle. This is positive and can help economic recovery.

The appearance of new business models in heavily regulated markets disrupts the "status quo" and is testing our abilities to embrace disruptive innovation and new business models by quickly adapting and reviewing long standing regulatory frameworks.

A good example is the "*Uber*" phenomenon that has raised such turmoil on taxi services. This business model relies on digital platforms for matching consumers and suppliers through smart phone apps, and has prompted a wide discussion on the sharing economy, and its potential contribution for efficiency in resource allocation.

In spite of all the stir, court decisions and controversies in many countries, Portugal included, it is the Portuguese Competition Authority's view that we need to search for a regulatory framework that allows these potential efficiency gains stemming from the emergence of these new business models to be realized.

The existing regulatory framework, which has been made obsolete by the evolution of the market, should be revisited. We need to restore a competitive

level playing field that embraces innovation and product differentiation, while ensuring safety and adequate protection for users.

Failing to meet the pace of innovation would imply being surpassed by market developments, such that regulation becomes more of an obstacle than a solution for consumers.

The legislator and sectorial regulatory authorities ought to revisit the current regulatory framework, which has shown to be inadequate to frame today's market developments. The PCA will surely play its part in following these developments, and is fully available to cooperate with the relevant authorities to ensure that competition principles are safeguarded.

However, the challenges posed by disruptive technologies are not confined to testing the boundaries of existing regulations. These business models operate in a completely different environment, in which network effects are key for their development and success. They have efficiencies for the economy and for consumers, which have to be acknowledged.

However, the way these business models operate may also raise competition concerns, and in particular, they can make it harder for other innovative firms to enter the markets and compete.

And where do competition authorities stand in the middle of such a revolution? Is it appropriate to intervene? And, if so, at what point in time? To my mind, the different approaches competition authorities found in Europe to the online booking platforms are just the tip of the iceberg of this enormous challenge we face nowadays in finding the appropriate level and the appropriate timing of "intervention".

And to bring important insights into this worldwide relevant topic, we will have a panel discussing the challenge of disruptive innovations. In the panel, we will have both a "Regulator" and a "Company" perspective, to provide an insightful debate on this topic.

I would like to leave a final message on what Competition Authorities can do to promote growth and innovation.

Competition Authorities tend to work in an isolated manner. The exception is the traditional enforcement area, in which there is already a more consolidated pattern of international cooperation.

However, in other areas of activity of competition authorities, such as advocacy in the field of public procurement, sector enquiries and assessment of public policies, authorities tend to work alone.

For example, in Europe, we have the European Competition Network, which is a model of joint cooperation between authorities. In the traditional enforcement areas, the European Commission and National Competition Authorities together have initiated nearly 2000 investigations leading to more than 800 decisions in antitrust cases in the past 10 years[6].

In the field of merger control, cooperation is increasingly becoming a reality. There has also been a lot of work lately in further converging aspects of the enforcement of competition policy, which have been left to national legislation, such as institutional design and independence, procedures and sanctions.

However, I believe there is scope for broadening the excellent results achieved so far by the European Competition Network to other important areas of activity. This is case of competition impact assessment of public policies.

Many restrictions to competition derive from regulation, both at European, national and even local levels. Competition Agencies may assist the EU and national legislators to craft better legislation that is less restrictive to competition while addressing its specific goals.

Because they know their markets well, national competition authorities could feed their knowledge and assessment into the design of wider EU strategies. They could also assist the Commission in monitoring the implementation of EU recommendations and targets when they are competition related.

National Competition Authorities and the European Commission should work in a true partnership of shared responsibilities. We should pool our knowledge and resources, in order to address new issues, not only in enforcement, but also in advocating for better regulatory frameworks.

By working in a coordinated manner, we can reach better results, we can further strengthen the internal market, and ensure a level playing field and legal certainty for business and consumers in Europe.

But this is probably a topic for a Conference on its own.

Let me now conclude by wishing a very fruitful Conference. I also hope you enjoy this magnificent venue and, for those who visit us, our beautiful city of Lisbon.

6 ECN statistics: http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html.

2. DISCURSO DE ENCERRAMENTO

Senhor Presidente do Tribunal de Contas,
Distintos oradores e convidados,
Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Tivemos dois dias intensos de trabalho, mas creio que saímos desta IV Conferência de Lisboa enriquecidos pelos debates e com novas perspetivas sobre os diversos temas discutidos.

Esta conferência foi uma oportunidade para, em conjunto, pensarmos estrategicamente um conjunto de temas fundamentais para a política de concorrência.

Como referiu ontem o Professor William Kovacic, no seu *keynote speech* intitulado "Consume or Invest: What Do/Should Agency Leaders Maximize?", as autoridades da concorrência, para serem bem sucedidas na sua missão de promoção e defesa da concorrência, não basta que vão resolvendo os processos que têm no seu portfolio presente, mas têm igualmente que investir em conhecimento para que possam ter melhores resultados no futuro.

A Autoridade da Concorrência encarou a realização desta Conferência de Lisboa como um investimento e espero que, enquanto participantes na Conferência, também a encarem dessa forma e que deem por bem empregue este vosso investimento.

Esta manhã abordámos dois tópicos que para mim são fundamentais: a otimização da contratação pública e a cooperação no espaço lusófono.

Começo por referir a cooperação entre as autoridades responsáveis pela concorrência nos países de expressão portuguesa.

A Autoridade da Concorrência tem como prioridade contribuir para que a Rede Lusófona da Concorrência, criada em 2004, seja uma realidade e possa envolver, senão todo, quase todo o mundo lusófono.

Os fortes laços económicos e culturais entre os países lusófonos proporcionam uma oportunidade ímpar para que as entidades responsáveis pela concorrência em cada país dialoguem e construam um quadro coerente de aplicação das regras da concorrência.

Na Rede Lusófona de Concorrência existem realidades diversas mas temos a convicção comum de que a concorrência é um motor para o desenvolvimento económico dos nossos países.

Como vimos, entre os países lusófonos temos presentemente apenas dois com autoridades da concorrência já estabelecidas – Portugal e Brasil. Contudo,

vemos que passos muito significativos foram já dados em Moçambique para o estabelecimento de um quadro legislativo e institucional de defesa e promoção da concorrência. Em Cabo Verde e Angola verificamos também a existência de projetos de implementação de uma política de concorrência. Todos estes desenvolvimentos revelam a crescente consciencialização que a política de concorrência é uma parte importante do processo de crescimento económico sustentado.

Temos claramente as bases para construirmos um espaço comum de concorrência que fala a mesma língua.

Depois deste encontro, vamos dar um renovado ímpeto à Rede Lusófona da Concorrência e quero agradecer muito em particular a presença dos representantes das autoridades responsáveis pela política da concorrência de Angola, Brasil, Cabo Verde e Moçambique nesta Conferência, que possibilitou o debate conjunto dos caminhos futuros desta cooperação.

Gostaria agora de retomar o tema da Contratação Pública, para desenvolver algumas reflexões sobre o que aqui foi discutido e para partilhar convosco o plano estratégico de ação da Autoridade da Concorrência para a contratação pública em Portugal.

No painel de contratação pública desta manhã, moderado por Giancarlo Spagnolo, destacaram-se as vantagens de promover uma maior interação entre a comunidade de concorrência e a comunidade de contratação pública.

O Presidente do Tribunal de Contas de Portugal realçou também, há pouco, os benefícios dessa colaboração e a vontade de a reforçar.

Eu gostaria de reiterar esta visão.

Esta conferência reflete bem a relevância que a Autoridade da Concorrência atribui ao tema da contratação pública, à partilha de objetivos comuns com as entidade envolvidas nesta atividade e à cooperação, para que se obtenham ganhos de eficiência na afetação dos fundos públicos.

É rara a intervenção ou o documento sobre contratação pública que não se inicie com números relativos à sua representatividade no PIB ou na despesa pública. Os números são, de facto, esmagadores e demonstram bem a relevância do tema. Os números sobre o potencial de poupança decorrente de procedimentos mais concorrenciais são também expressivos.

Todas as estimativas feitas nesta matéria apontam para um enorme potencial de poupança associado à promoção da concorrência na contratação pública. Um estudo sobre o impacto da introdução do *e-procurement* em Portugal estima que a poupança ao final de um ano, tenha sido de cerca de 650 milhões de

euros, valor este que poderia ascender a mais de 1,2 mil milhões de Euros caso o *e-procurement* se tivesse aplicado à totalidade dos procedimentos. O estudo atribui esta poupança à maior intensidade concorrencial.

Em reconhecimento desta realidade, e do papel que entendemos que a Autoridade da Concorrência pode e deve desempenhar nesta importante área da atividade económica, temos vindo a estruturar um plano estratégico de ação para a contratação pública em Portugal.

Este plano estratégico assenta em três pilares fundamentais, nomeadamente i) o combate à colusão, ii) a promoção da eficiência na contratação pública e iii) a procura de alinhamento dos incentivos entre as diversas entidades envolvidas na contratação. Este último pilar é fundamental para a boa prossecução dos primeiros.

A abordagem adotada no plano estratégico é multidimensional, com um *mix* de medidas que visam reforçar os mecanismos de deteção de cartéis e medidas de *advocacy* destinadas a promover uma cultura de concorrência na contratação pública.

A colusão na contratação pública é uma preocupação central. Esta é uma preocupação central das autoridades de concorrência e também de organizações internacionais na sua intervenção na área da concorrência. A OCDE tem desenvolvido um trabalho extenso nesta matéria, como vimos abordado esta manhã na intervenção do John Davies.

Tivemos ontem uma interessante discussão moderada por Frederic Jenny sobre o incontornável papel do programa de clemência na deteção de cartéis e de como este pode ainda ser reforçado. Mas também se falou do que se pode fazer para além da clemência na deteção de cartéis e a relevância da atuação *ex-officio*, que importa promover.

Discutimos as potencialidades de *screens* ou filtros comportamentais, para analisar padrões de apresentação de propostas e detetar situações passíveis de indiciar suspeitas de infração às regras da concorrência.

A principal dificuldade na aplicação destes métodos é o acesso a dados que viabilizem a análise. A este respeito gostaria de referir que Portugal foi pioneiro na União Europeia ao nível da introdução de *e-procurement* obrigatório.

A disponibilidade de dados eletrónicos nesta área é um estímulo a que a Autoridade da Concorrência venha a desenvolver filtros, em parceria com académicos especializados, para identificação de eventuais padrões suspeitos.

O plano estratégico de ação da Autoridade da Concorrência prevê outras ações importantes para o curto prazo. Até ao final deste ano, a Autoridade da

Concorrência pretende divulgar um Guia de Combate à Colusão na Contratação Pública e organizar um conjunto de sessões com entidades adjudicantes para promover a familiarização com o Guia, a sensibilização para os benefícios da concorrência e a relevância de desenhar procedimentos de contratação que fragilizem as condições de coordenação.

Gostaria ainda de realçar que o programa estratégico da Autoridade da Concorrência pretende ir além das questões de colusão e endereçar de forma mais abrangente a eficiência da contratação pública em Portugal.

Na prossecução desta agenda, a Autoridade da Concorrência pretende abordar matérias como sejam a escolha do formato do procedimento, a promoção da participação de empresas, o reforço do grau de compromisso associado aos contratos estabelecidos, a política de renegociação.

A ponderação da qualidade, o *trade-off* discricionariedade-regras, os princípios a considerar na divisão dos contratos em lotes, a abordagem às chamadas "propostas anormalmente baixas" são alguns dos aspetos determinantes para a promoção da concorrência e da eficiência na contratação pública em Portugal.

Nesta discussão é importante alinhar incentivos entre as entidades adjudicantes e a Autoridade da Concorrência, refletir como podemos tornar a deteção de cartéis um objetivo comum entre a Autoridade da Concorrência e as entidades contratantes e introduzir critérios relacionados com a eficiência na avaliação *ex-post* do desempenho na contratação pública.

A interação estreita entre a Autoridade da Concorrência e a rede de entidades envolvidas na contratação pública é, por isso, crucial.

Destaco uma vez mais a importância que a Autoridade da Concorrência atribui à colaboração com o Tribunal de Contas, que no seu papel de fiscalização pode trazer informação da maior importância para a Autoridade da Concorrência.

É também fundamental a colaboração com a Entidade de Serviços Partil hados da Administração Pública – eSPap, que centraliza uma parte substancial da contratação pública em Portugal, e com o Instituto da Construção e do Imobiliário – InCI, que detém importantes atribuições no domínio da contratação.

A Autoridade da Concorrência está, deste modo, empenhada em dinamizar a comunicação e a colaboração entre a Autoridade da Concorrência e as entidades envolvidas na contratação pública, na prossecução de um objetivo de enorme relevância para Portugal, que é a eficiência na contratação pública.

Permitam-me agora algumas palavras em inglês, para benefício dos nossos convidados estrangeiros.

I would like to thank, once again, our distinguished speakers for generously taking the time to come to Lisbon and for having shared their insights with us. We had excellent discussions, sparked with the help of our outstanding moderators.

Quero igualmente agradecer a todos participantes pela vossa presença e contributo. Todos temos um papel na construção de uma cultura de concorrência e sendo este um público especializado, também na construção de uma política sólida de concorrência: as empresas, os advogados, os reguladores e os juristas e economistas que trabalham nesta área. Todos devemos contribuir para a reflexão dos diferentes desafios que temos pela frente.

Creio que esta Conferência proporcionou um importante espaço de discussão de temas fundamentais para a política da concorrência e foi um bom investimento para o futuro. Quero, assim, agradecer a todos a participação ativa durante estes dois dias.

Finalmente, gostaria de agradecer à equipa da Autoridade da Concorrência, que trabalhou incansavelmente durante vários meses para que este evento fosse um sucesso: Sofia Alves, Cristina Camacho, Ana Sofia Rodrigues, Cristina Chora, Teresa Duarte, Catarina Anastácio, Rita Prates, Sara Carvalho de Sousa, Sandra Alves, Elisabete Mestre, Isabel Moreira, Paula Pina, Paulo Silva, Miguel Henriques, Nélson Verde e José Magalhães.

Uma palavra final para vos convidar a regressar a Lisboa em 2017, para a Conferência Anual da *International Competition Network* (ICN) que será organizada pela Autoridade da Concorrência.

Muito obrigado.

DOSSIER TEMÁTICO I

Questões de Direito Financeiro

FIT AND PROPER: O CONTROLO ADMINISTRATIVO DA IDONEIDADE NO SECTOR FINANCEIRO*

*Luís Guilherme Catarino***

Abstract: *The current high administrative quality control, such as personal and professional suitability to access jobs in the banking and financial domain, comes as a reflex from several paradoxes. The first, freer markets demand more legal rules. The second, to the markets that are left to private initiative, functions and private jobs are becoming public. The third, and most important one, when it comes to relations in Globalized Economy, Administrative Law of the Nation-State, it is brought to replace other ways of legitimation and ruling of conducts, like the ethics and morals of an individual. This individual can become dangerous when it comes to professional conduct, if his level of ethical behaviour is reduced, either for unfamiliarity or bad faith, leading to personal fostering. However, when the individual operates in a strong system of public interest and interacts in an ecosystem grounded in fiduciary relations, come time, he can destroy Trust and Safety in the same environment, that only the true independent public authority, can preserve.*

Sumário: Introdução: a temporalidade de um tema. I. O controlo administrativo da idoneidade é supervisão: o seu cariz prudencial. II. História recente do regime de controlo administrativo da idoneidade. III. O ato administrativo de autorização: um (velho) meio de controlo regulatório perante angústias constitucionais. 1. *A autorização é um meio de controlo prévio e contínuo*. 2. Controlo jurídico *prévio* e controlo *a posteriori*: importância da distinção. Entre o dever de precaução e o dever de prevenção. A. Controlo *prévio*: a supervisão entre o princípio *da precaução*. B. Controlo *a posteriori*: a supervisão entre o princípio da *prevenção*. IV. Atos administrativo-regulatórios negativos e medidas de urgência. 1. Os atos administrativos de autorização, de recusa, de registo, e revogação. 2. Os atos restritivos urgentes: as medidas provisórias, as medidas de polícia e as medidas cautelares. A. As

---

* "Idoneidade": Qualidade do Idóneo: Capacidade, Aptidão, Conveniência (Lat. *Idoneitate*) – Dicionário Porto Editora.

** Professor Auxiliar da Faculdade de Economia UAL. Diretor-adjunto do Conselho de Administração da CMVM. Agradecimentos são devidos aos Senhores Drs. Nuno Casal, *Compliance* do Banco Europeu de Investimento (BEI), e Conceição Aguiar, Eminente Jurista da CMVM. As opiniões expendidas no texto correspondem aos Seminários da FDL 2015/6, e apenas vinculam o Autor.

medidas de polícia. B. As medidas provisórias. C. Medidas provisórias especiais do sector bancário. D. Medidas cautelares. V. Âmbito subjetivo da autorização administrativa: os titulares, os trabalhadores em funções essenciais e a funcionalização do órgão. VI. Procedimento de avaliação: da autoavaliação à heteroavaliação. VII. O conceito jurídico indeterminado idoneidade. A essencialidade da "norma-padrão" de comportamento perante as "normas--travão" dos "índices exemplificativos" (o *undue process of law*). Que conclusões retirar sobre a Idoneidade e seu regime?

INTRODUÇÃO – A TEMPORALIDADE DO TEMA

O exercício por pessoas singulares das funções de administração e fiscalização nas instituições de crédito (latamente, de todas as entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, doravante designadas por "instituições financeiras"), encontra-se submetido a um procedimento administrativo de prévia autorização, após avaliação da "adequação" para "o exercício do cargo e no decurso de todo o seu mandato".

A adequação "(…) consiste na capacidade de assegurarem, em permanência, garantias de gestão sã e prudente das instituições de crédito, tendo em vista, de modo particular, a salvaguarda do sistema financeiro e dos interesses dos respetivos clientes, depositantes, investidores e demais credores" (artigo 30.º, n.ºs 1 e 2 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, doravante Regime Geral ou RGIC[1]).

A *adequaçã*o para o desempenho destes cargos – requisito legal que se encontra atualmente estendido a outros cargos ou funções consideradas essenciais nas instituições financeiras – é uma cláusula geral, uma hipótese legal muito genérica que abrange para tratamento jurídico um vasto domínio de casos. Esta cláusula contém conceitos indeterminados, i.e., conceitos cujo conteúdo e extensão são em grande medida incertos, e implica a verificação de pressupostos objetivos mas também subjetivos dos nomeados: a idoneidade pessoal, profissional e patrimonial de que trataremos; a qualificação profissional; a independência pessoal, profissional e de espírito; a disponibilidade (artigos 30.º, n.ºs 3 e 4, e 30.º-C).

Traduz-se num vasto poder administrativo discricionário balizado pelo *objecto* do acto – aferição das condições necessárias para garantir uma gestão

1 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, a versão atualizada e consolidada está disponível em https://www.bportugal.pt/pt-PT/Legislacaoenormas/Documents/RegimeGeral.pdf (consultado em 5.4.2016). Doravante todos os artigos sem indicação de fonte reportam-se ao RGIC.

sã e prudente da instituição –, e pelo seu *fim* – salvaguarda do risco *individual* (proteção dos interesses dos clientes, depositantes, investidores e demais *stakeholders*) e do risco *sistémico* (proteção de todo o sistema financeiro). O exercício desta competência depende da prévia verificação de pressupostos ou *condições legais*, desde logo a verificação pela empresa da adequação funcional do indivíduo e do conjunto de indivíduos (nos órgãos plurais) *i)* face aos cargos a ocupar em concreto, *ii)* às atividades desenvolvidas pela empresa, *iii)* no âmbito da sua política interna de seleção e de controlo, *iv)* com observância de critérios legais prudenciais ou meramente políticos como o de discriminação em razão do sexo ("destinada a aumentar o número de pessoas do género sub-representado (…) em cada momento), artigo 30.º, n.º 5.

Numa tendência contrária ao movimento de desregulação administrativa que apostou na substituição dos regimes de licenciamento e de autorização pelas meras notificações ou comunicações (prévias) à Administração, o Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, procedeu a uma profunda alteração do RGIC, nomeadamente no usualmente denominado regime geral de autorização administrativa para exercício de cargos sociais em instituições financeiras. O reforço da proibição (relativa) do exercício de uma profissão foi instituído numa difícil atividade administrativa de polícia: a que tem em vista a prevenção de riscos de solvabilidade de uma empresa através de garantias de uma gestão sã e prudente. A formulação deste juízo implica uma forte averiguação inicial da conformidade ou da *adequação* pessoal (e profissional) dos candidatos ao exercício das funções. A decisão administrativa de autorização ou de proibição funda-se na verificação de *capacidade* dos interessados face a factos presentes e passados conhecidos, que determinarão uma convicção baseada num juízo de prognose de garantia de capacidade futura.

No presente artigo debruçamo-nos sobre este mecanismos legal, pois:

i) A verificação administrativa prévia da *idoneidade* de uma pessoa para uma profissão não é uma novidade no ordenamento jurídico nem é condição única, sendo um dos requisitos da verificação da *adequação* pessoal;

ii) A aferição da idoneidade é uma atividade de *supervisão prudencial* que se aplica igualmente a outras pessoas que não apenas os membros dos órgãos sociais, porque exercem funções consideradas essenciais ou

de direção de topo (denominadas de *key persons* ou pessoas elegíveis devido a funções essenciais[2], artigo 33.º-A RGIC);

iii) O controlo da idoneidade reveste uma natureza de *poder-dever de vigilância* que incide primariamente sobre as instituições financeiras, sobre as autoridades administrativas reguladoras nacionais (com cooperação interinstitucional nacional e comunitária, *vg* das autoridades de supervisão comportamental), e sobre o Banco Central Europeu no caso de instituições financeiras significativas[3];

iv) A verificação destas condições legais (também ditas de *fitness and propriety* para o exercício de funções) deve manter-se a todo o tempo, detendo o regulador responsável pela supervisão prudencial fortes poderes discricionários de verificação que permitem atuar a todo o tempo através de medidas individuais e extraordinárias.

Não sendo um tema novo, a verificação deste requisito regulatório ganhou uma especial acuidade enquanto refração do movimento de re-regulação financeira mundial decorrente das graves repercussões para os estados e para cidadãos, para os mercados, os investidores e reguladores, do gigantesco esquema piramidal (*Ponzi Scheme*) criado por Bernard Madoff. A fraude criada por alguém que fora presidente de um dos maiores mercados tecnológicos do mundo, mercado gerido por uma empresa dotada de fortes poderes de autorregulação e supervisão sobre os seus membros e participantes, colocou na agenda regulatória mundial três refrações essenciais:

2 "Colaboradores cujas funções lhes conferem uma influência significativa na administração e fiscalização da instituição de crédito, mas que não são membros do órgão de administração e fiscalização. Podem incluir-se entre quem desempenha funções essenciais os responsáveis por linhas de negócio significativas, os gerentes de sucursais constituídas no EEE, responsáveis por filiais estabelecidas em países terceiros, e ainda os responsáveis pelas funções de apoio e de controlo interno" – Orientações da EBA, de 22nov2012, EBA/GL/2012/06.

3 No caso das "instituições financeiras significativas" a competência para a avaliação da adequação ou idoneidade cabe ao Banco Central Europeu, a quem os reguladores bancários nacionais devem comunicar todos os atos de autorização e registo e demais atos administrativos secundários relativos à composição dos órgãos sociais (bem como outros factos relevantes para esta matéria como processos judiciais ou administrativo-sancionatórios interpostos contra tais pessoas) – artigos 4.º, n.º 1, al. e) do Regulamento n.º 1024/2013/EU do Conselho, de 15 de outubro de 2013, Mecanismo Único de Supervisão ou MUS, e 93.º do Regulamento-Quadro do MUS do BCE, de 16 de abril de 2014. Para uma noção *objetiva, subjetiva* e *estrutural* de sistema monetário e financeiro, Costa Pina, 2004: 22 e bibliografia citada e Maria Leitão Marques et al., 2008: 413 ss.

1. A primeira, com menos *chances* de sucesso devido à autorreflexividade do sistema financeiro, convoca a *accountability* dos reguladores (desde logo nos *fora* internacionais de desregulação) que falharam na regulamentação, na deteção ou na atuação perante as irregularidades verificadas nos mercados. Esta *accountability* continua a ser diabolizada pela insuportável pressão financeira que traria sobre os reguladores, mas existem outras formas de *accountability* não necessariamente pecuniárias, como o Bank of England, acaba de demonstrar ao colocar em consulta pública medidas legislativas para fazer face a queixas contra os reguladores[4]. As "falhas regulatórias" (que são muitas vezes *governmental failures*) deveriam ser seriamente pensadas para evitar que a *autopoiesis* do sistema financeiro continue a abrir fendas jorrando externalidades negativas para o seu exterior, evitando também o grave efeito reputacional negativo. Na realidade, o caso Madoff acarretou um enorme descrédito para a norte-americana *Securities and Exchange Commission* dadas as anteriores falhas ocorridas desde a década de noventa. Relembramos a falência das socialmente relevantes *morgage and loans companies* (M&L), a explosão das "bolhas especulativas" dot.com (empresas tecnológicas), o fim de colossos como a Enron ou a Worldcom na vertigem da "contabilidade criativa", os escândalos de avantajamento de administradores das empresa face aos investidores (que levou ao afastamento da autorregulação da *corporate governance*), o admirável Mundo Novo dos derivados OTC, da securitização e da disseminação pelo público de instrumentos "tóxicos", do conúbio das sociedades de *rating* e de outros *gatekeepers* privados com grandes bancos internacionais e governos (fenómeno da *revolving door*), da *never ending story* das dívidas públicas nacionais….
2. A segunda traduz-se num crescente apelo global à ética nos negócios e à moral nas condutas dos profissionais do sector, questão importante no atual ecossistema do mundo financeiro global. É real a preocupação decorrente do facto de ser cada vez mais pronunciada a existência de uma "ecologia profissional" ou uma comunhão de interesses profissionais, políticos e de cultura entre indivíduos que funcionam dentro do

4 *Complaints against the Regulators (the Bank of England, the Financial Conduct Authority and the Prudential Regulation Authority)* – CP5/16, in https://www.fca.org.uk/static/documents/policy-statements/ps16-11.pdf acedido em 5.4.2016) Sobre as formas de "accountability", *vd* o nosso artigo nesta Revista, 2014, pp. 171-239.

mesmo círculo profissional e sectorial[5]. "Estes indivíduos transitam entre o sector privado e o sector público, governamental ou administrativo independente, numa real "captura intelectual". As suas ligações pessoais e políticas e a vasta informação de que dispõem (e consequente influência mas também conflito de interesses), a sua socialização, determinam uma formação cultural e profissional homogénea, um clube fechado (*narrow*) cujos membros rodam "naturalmente" entre os diversos sectores e criam a respetiva *policy*" – o "Washington corridor"[6]. A idoneidade deverá ponderar no futuro a essência de conflitos de interesses inerente à translação de Presidentes e titulares de órgãos sociais entre instituições financeiras concorrentes, por vezes promovidas pelos próprios reguladores e membros de governos, ou os movimentos destes servidores públicos que, conhecendo todo o sector e *players*, aceitam lugares nas respetivas administrações[7].

3. A terceira decorre de a *autopoiesis* do sistema ser reforçada perante o movimento da globalização (os *fora* internacionais são atualmente dominados por governos e políticos com falta grave de legitimidade democrática e não por reguladores) e o transbordar do Direito e dos estados (são este *fora* quem dita as normas que regem todo o sistema internacional sem olhar ou conhecer particularidades e necessidades locais). Que padrão de garantia de adequação e idoneidade se pode exigir a administradores nomeados por acionistas com domicílio ou sede fora da União Europeia, com tradições, cultura e interesses diversos? Como combater esta nova "guerra fria" financeira "armada" com novos campeões nacionais, sobretudo de estados emergentes? Qual o estado ou regulador nacional que assume o ónus político-financeiro de se opor a que um fundo soberano ou uma empresa financeira, direta ou indiretamente dominada por um estado autoritário ou teocrático (ou por uma

5 "Board Companies can't be Old Boys Clubs", escrevia o *Economist* de 7Dez2013, após o famoso Sarbanes-Oxley Act de 2002. Este *Act* tinha também como objetivo dar resposta aos escândalos "corporativos" de 2000, mas não evitou o proliferar de conflito de interesses e falta de independência dos gestores.

6 Catarino, 2014: 72 ss.; Catarino e Peixe, 2014: Parte I.

7 A recente lei-quadro de algumas entidades independentes (Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto) pretendeu combater este fenómeno de *revolving door* entre sectores, mas de forma parcial: por um lado permitiu expressamente esta "translação" dos membros dos órgãos sociais em exercício (mas não dos demais "dirigentes", numa demonstração pouco saudável do designado "Washington corridor"); por outro, porque não preveniu a captura do regulador pela entrada de dirigentes da indústria regulada ou de membros de órgãos políticos.

> oligarquia familiar ou empresarial opaca), invistam fortemente os seus vastos recursos financeiros nos seus mercados ou nas principais instituições nacionais – adquirindo participações qualificadas e nomeando os seus administradores?

O premente apelo à ética e à moral (e à "ecologia") nos negócios é uma reação a esta realidade hodierna, tal como o reforço do controlo público visa a salvaguarda da solvabilidade das instituições e do conjunto do sistema. Considerado durante algum tempo como ***o*** problema da regulação financeira, a necessidade de adequação é apenas ***um*** dos muitos dilemas regulatórios que ganhou atualidade e notoriedade devido ao forte impacto público de comportamentos pessoais ilícitos e danosos baseados em "correntes de confiança pessoal".

O controlo da conformidade legal de comportamentos e qualidades pessoais intrínsecas a estes profissionais e a garantia da sua repercussão positiva no sistema financeiro foi cometido aos bancos centrais. Foram criados à semelhança das *agencies* norte-americanas e do Bundesbank enquanto administração pública especializada, especificamente orientada e meritocrática. As entidades administrativas independentes foram criadas há mais de um século para funcionar como um "Governo de Sábios". Pretende-se que sejam também imparciais e independentes. Imparciais subjetiva e objetivamente, e Independentes dos governos, dos políticos e da indústria, foram consideradas em tempos como o melhor remédio para a "governance" de sectores específicos e fuga à captura pelas empresas e pela partidocracia, ante a necessidade de proteção individual face a atividades públicas e privadas colidentes com direitos, liberdades e garantias fundamentais[8].

Após uma era de fraca intervenção num espectro político dominado pelo monetarismo, pelo Thatcherismo e pela Reaganomics, pelo paradigma da autorregulação e posterior desregulação legal, as sucessivas *governmental* e *regulatory failures* do início do séc. XXI quase determinaram o ocaso destas autoridades e dos seus vastos e crescentes poderes. As acusações de captura e de omissão regulatória e os efeitos reputacionais negativos somados à grave crise mundial que eclodiu em 2007/2008 obrigam-nas a caminhar para uma

8 Entre a vastíssima bibliografia sobre esta nova forma de administração independente de peritos, Vital Moreira & Maçãs, 2003: 250; Catarino, 2010; Calvete, 2013; Gonçalves, 2013, Vital Moreira, 1994; Vieira de Andrade, 1997; Figueiredo Dias, 2001; Cardoso, 2002; Morais, 2001, Miranda & Medeiros, 2007; Catarino, 2012a; Maçãs, 2013.

re-regulação administrativa, forte e tipicamente reativa, mas que não pode redundar na patrimonialização dos cargos ou na auto-captura.

O novo direito administrativo da regulação contém peculiaridades que em parte decorrem da adoção por um regime de administração napoleónica, tradicionalmente denso em termos materiais, e do Direito das formas e dos princípios da *administrative law* norte-americana, assente na criação e regulação do procedimento e das formalidades e em cláusulas materiais abertas. Ao mesmo tempo mimetiza-se a atuação paranormativa e parajurisdicional das *independent regulatory agencies,* esquecendo que tais funções decorrem das particularidades americanas da tradição constitucional madisoniana e de serem uma "longa manus" do Congresso e não do Presidente. Sofre ainda a influência da necessidade de criação de um direito administrativo de natureza global (DAG) que se reflita em atos transnacionais (DAG ainda desacompanhado de um direito constitucional global), numa estrutura normativa tripartida ou triangular (Administração-Regulados-Investidores ou Clientes).

A sua legitimação nos atuais sistemas democráticos, assenta numa atuação legal e constitucionalmente orientada. O procedimento é essencial dado que elas detêm um elevado grau de discricionariedade de ação e de decisão e consequente falta de controlo (artigo 267.º, n.º 5 CRP). A legitimação assenta sobretudo na *Auctoritas* dos seus titulares, mais do que na *Potestas*. O Saber e a Experiência determinam um "Mando" socialmente e profissionalmente reconhecido, que legitima a substituição da intervenção de um Governo democrático pela *neutralidade* de um governo de sábios democraticamente deficitário[9]. É esta *Auctoritas* que tem de ser reconhecida por um sector regulado, caracterizado pela porosidade de funções e pela legalidade difusa. Um sector onde, a par da prática dos simples e tradicionais atos administrativos fracos, de *aquisição* de *conhecimento e declaração*, e dos atos de regulação forte (*hard regulation* que inclui os típicos atos *autorizatórios* de exercício de atividades, as *injunções* ou as *medidas de polícia*), se praticam também atos preceptivos informais (substituição de membros de órgãos sociais mediante propostas regulatórias "irrecusáveis" de renúncia a cargos) ou procedimentos administrativos intrusivos desprocedimentalizados (de fiscalização, de inspeção ou de averiguação para obtenção de informação sobre pessoas concretas).

9 Catarino, 2009: 298-359, 390, 420.

A *Auctoritas* é essencial para a eficácia de uma *soft regulation*, quer se traduza numa Instrução do regulador (verbal ou escrita), quer num Parecer ou numa Recomendação (genérica ou concreta), quer numa Ordem para execução imediata. Só assim esta especial legitimidade pode ser "fonte de juridicidade" de condutas (*hoft regulation*[10]) e colocar "fontes informais" de Direito num patamar superior às fontes jurídicas de legitimação tradicional. A matéria do controlo das idoneidades é um bom exemplo do que há muito denominámos como "Direito conformador" de um sector, decorrente do efeito de atos quase-normativos e de técnicas informais que só os profissionais conhecem: um vasto sistema autopoiético assente no reconhecimento social que é legitimatório do regulador e dos seus titulares. A perda da *Auctoritas* pode por isso abalar definitivamente a "proposta moral de direção e comando" e esta "mancha" pode-se estender das pessoas individuais à própria instituição reguladora e aos regulados.

I. O CONTROLO ADMINISTRATIVO DA IDONEIDADE É SUPERVISÃO: O SEU CARIZ PRUDENCIAL

No sector bancário são as instituições de crédito que se situam no centro dos respetivos mercados. Tradicionalmente os bancos são intermediários entre o público aforrador e os investidores, prestam serviços e fazem empréstimos aos Estados, às famílias e às empresas. O risco da sua atividade e os custos suscetíveis de serem externalizados para toda a coletividade aumentaram com o movimento de crescente inovação tecnológica e de complexidade financeira. Os bancos têm uma relação fiduciária com os seus depositantes e mutuários que se encontra *on the edge* dado que hoje operam simultaneamente como mercados, como emitentes e colocadores de instrumentos financeiros (alguns com natureza bem complexa) também nos seus clientes, como investidores e especuladores e arbitragistas globais. Há que mitigar os riscos decorrentes destas novas atividades e da junção da tradicional banca de retalho com a banca de investimento e criar a Confiança nos usuários do sistema. A regulação assenta por isso na *supervisão* enquanto atuação de *controlo* e de *vigilância* e *fiscalização* pela administração nacional (vg pelos bancos centrais) para um Estado de Garantia.

A *garantia* para o mercado de que os operadores do sector financeiro observam na sua atividade as normas comportamentais e prudenciais legal-

10 Catarino, 2012: 145-177.

mente exigíveis, assenta na *Potestas*, que vai com poderes jurídicos fortes e discricionários. A constituição de uma relação jurídica regulatória assenta, no nosso tema, no "controlo de entrada" num sector do regulado daqueles que nele desempenham funções que são materialmente de *risk takers* para a instituição e o sector. Este controlo traduz-se na verificação de uma prévia condição legal: a autorização administrativa.

O procedimento autorizativo permite à administração ponderar a pretensão do *exercício de um direito privado* em função de *garantia do interesse público*.

Como veremos, o levantamento da proibição ou de um obstáculo em que se traduz a técnica autorizativa depende de uma prévia atividade de averiguação e valoração de qualidades e de comportamentos passados do interessado, no campo pessoal e patrimonial, que permita um *juízo prospetivo* de cobertura ou minimização de *risco* (princípio da *precaução*). Por isso este perscrutar de condutas se enquadra numa atividade de supervisão *prudencial*[11]: o poder-dever da Administração decorre da funcionalização da autorização à finalidade de salvaguarda da gestão "sã e prudente" da instituição financeira aquilatando do seu equilíbrio financeiro e métodos de gestão. Num sector económico com impacto na economia total dos Estados ("financiarização da Economia"), as autorizações de entrada são limitadas por forma a garantir igualmente a "salvaguarda do sistema financeiro e dos interesses" de todos os agentes económicos.

O juízo da administração sobre a adequação e em particular sobre a Idoneidade é enquadrado pelos conhecimentos de que dispõe e uma apreciação prévia: *i)* pelos mecanismos disponíveis no âmbito da organização interna da instituição (para a nomeação e posterior controlo); *ii)* da soma das qualidades dos membros dos órgãos colegiais ("adequação" coletiva); *iii)* do funcionamento e atividades da empresa em concreto (projeto de *governance*); *iv)* dos instrumentos de controlo, de reporte e de auditoria da atividade (para "segurança dos fundos confiados à instituição"); *v)* da capacidade individual para contribuir para a satisfação das regras de conduta ou de mercado.

O óculo de verificação da idoneidade é pessoal e profissional mas a lente é *funcionalizada*: na fundamentação de um ato administrativo de recusa ou

11 "A supervisão *prudencial* abrange os mecanismos ligados à organização interna e ao funcionamento das empresas financeiras que se destinem a evitar todo o tipo de riscos financeiros e patrimoniais para a empresa e para o sistema" e "visem criar as condições para a proteção dos fundos e valores dos clientes confiados à empresa financeira" e ainda a satisfação das regras de conduta ou de mercado". Acerca das diferentes noções e valências da supervisão, inicial e *a posteriori*, comportamental e prudencial – e dentro desta micro e macroprudencial – Catarino, 2010a: 464

de indeferimento não basta alegar que *A* ou *B* foi condenado ou acusado no procedimento *X*. Há que estabelecer um juízo de prognose negativo. Este juízo negativo pode reportar-se à adequação da pessoa em concreto – perante a profissão, a atividade ou aquele pelouro. Pode reportar-se à adequação coletiva – adequação perante o conjunto das competências reunidas no órgão plural que pretende integrar, v.g., o conhecimento técnico reunido no órgão de gestão enquanto resultado dos conhecimentos dos seus titulares. E é necessariamente prudencial – a apreciação encontra-se dependente de um juízo de prognose relativo à probabilidade de assegurar uma gestão "sã e prudente" da instituição e de salvaguardar o ecossistema particular em que se integra. Por isso o controlo se encontra cometido ao Banco de Portugal (artigos 16.º-33.º-A, 65.º e 93.º e 118.º).

No âmbito da supervisão *prudencial* o foco desloca-se para a salvaguarda da solvabilidade da instituição (risco individual) e da do sistema (risco sistémico) decorrente da capacidade de as pessoas que a gerem e representam darem garantias de uma gestão da empresa *sã* e *prudente* (devem ser *fit and proper*).

Esta idoneidade é um conceito funcional que tem em vista a salvaguarda da relação de fidúcia ou de confiança perante o público em geral que confia à instituição os seus fundos, embora a instituição seja solidariamente responsável pelos atos dos seus dirigentes, artigo 226.º. O regime em questão veio reforçar o regime geral de *fitness and propriety* constante do Código das Sociedades Comerciais (CSC) relativo aos deveres dos membros dos órgãos sociais (artigos 64.º e 414.º CSC). Tendo embora uma fonte diferente, os deveres constantes das novas tendências de *corporate governance*, usualmente de génese autorreguladora, são importantes enquanto cruzam e harmonizam interesses dos próprios titulares de órgãos sociais e destes com a empresa, com os *stakeholders* e com os reguladores.

Na realidade, também servem diferentes *fins* pois esta última visa as relações com os acionistas e a salvaguarda do direito de propriedade acionista (a apreciação do projeto de aquisição de uma participação qualificada numa instituição financeira integra a avaliação da idoneidade do proposto adquirente, artigo 103.º, e de pessoas que venham a assumir por esse facto um lugar nos órgãos sociais – artigo 23.º da Diretiva 2013/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2014, denominada usualmente por *CRD IV*, de *Capital Requirements Regulation and Directive*), bem como as relações com os demais *stakeholders* (o que implica uma forte componente *normativa* mas também *ética*). O primeiro visa as relações com as autoridades reguladoras

que aprovaram uma pessoa para poder atuar num ambiente regulado devido ao forte interesse público em causa.

Com o fim do mito da concorrência perfeita, a Confiança depende da regulação da atividade não só através da criação de "redes de proteção" como os fundos de garantia, mas da intervenção preventiva no estabelecimento de forte solidez prudencial. Intervenção de quem? De uma entidade pública central que regula e disciplina as atividades (que também detém recursos para eventualidades adversas), e com quem os bancos estabelecem uma especial relação de fidúcia[12]. Cria-se um "Regime Especial de Pessoas Autorizadas" para o exercício de atividades profissionais no sector financeiro. Este pressupõe o cumprimento de deveres, *inter alia* de colaboração e de cooperação, a par de uma panóplia de deveres profissionais (muitos deles constantes de auto-regulação nos códigos de conduta profissional e nos regulamentos internos das empresas) e de uma especial diligência (artigo 75.º RGIC), com consequente responsabilidade civil (embora a violação destes deveres públicos não crie para os particulares um direito de ação) e responsabilidade pública (*vg* contraordenacional, que na sua génese era de cariz disciplinar). Em última análise, a violação deste regime legal pode levar a uma sanção de morte profissional pelo afastamento pessoal do exercício de atividades financeiras (pelo menos naquelas que requerem prévia autorização ou aprovação)[13].

Esta relação fiduciária assenta portanto no pressuposto de que estas pessoas autorizadas agirão no melhor interesse da empresa e dos *stakeholders*, na preservação da eficiência e transparência do mercado, e são dotadas de uma especial diligência, honestidade e integridade.

---

12 A regulação prudencial inicial versava o controlo dos balanços e a liquidez das instituições, a restrição de atividades por sectores e por áreas territoriais ou nacionais – caso da famosa *Glass-Steagall Banking Act* nos EUA, mas de que podemos também dar como exemplo em Portugal a distinção entre as atividades dos bancos comerciais e a distinção entre as instituições de crédito, auxiliares de crédito as instituições parabancárias. A internacionalização das atividades e a globalização crescente levaria à regulação por instância informais internacionais, quer o G7, quer o Comité de Basileia por estes criados em 1975 após a falência no anto anterior do Bankherstatt. A tendência acentuou-se na década de 80 devido à desregulação bancária e seu impacto no forte mercado internacional de capitais e de divisas então existente (não esquecendo o importante papel desempenhado pelas bolsas de valores e *securities*, operações fora do balanço como os derivados, a inovação financeira e a especulação). A declaração de Nixon em 1973 derrubara definitivamente os objetivos que tinham levado à criação em Bretton Woods de um sistema que pretendia regular os fluxos de liquidez entre Estados, os movimentos financeiros entretanto criados e a necessidade de regular a atividade e uniformizar a regulação para lhe dar eficácia (levaria em 1988 à celebração do Acordo de Basileia – Basileia I).

13 Cfr,. artigos 212.º, n.º 1, alínea *d)* RGIC, e 404.º, n.º 1, alínea *c)* CodVM.

A autorização administrativa não é um privilégio mas um poder-dever de cumprir com as normas legais e éticas que regem a profissão e o sector mas também de colaboração com a autoridade na regulação e supervisão (i.e., pretende-se que tais pessoas se envolvam igualmente na preservação da integridade do mercado).

Por esse motivo a aferição da idoneidade inclui a avaliação da personalidade, ética e moral, e da capacidade pessoal e patrimonial, profissional e académica, dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização das entidades supervisionadas, para o exercício de uma atividade financeira[14]. A aferição da idoneidade abrange todas as pessoas que pretendam desempenhar cargos sociais, posições profissionais ou societárias dominantes ou funções-chave (*key persons* e *key shareholders*) – idealmente também nos conglomerados[15].

Os sujeitos cuja idoneidade se afere devem possuir e demonstrar possuir uma honestidade, integridade e reputação acima da média, que garanta uma gestão sã e prudente – regime harmonizado face às liberdades fundamentais da União Europeia.

Estes requisitos aplicam-se a todos os dirigentes: a lei não exige idoneidade coletiva dado ser uma qualidade pessoal, mas uma "adequação" coletiva, baseada em capacidades mas também elevados princípios e valores éticos. A sua falta leva não apenas ao favorecimento pessoal mas também ao esvaziamento da inteligência e do espírito crítico de uma instituição, o que a prazo mina os sistemas onde operam.[16]

Veremos que a avaliação de *fitness and propriety* é juízo feito que deve ser continuamente repetido. E a avaliação e exigência é feita a nível individual ou pessoal mas pressupõe uma adequação a nível coletivo visando num primeiro momento formular um juízo de cognoscibilidade e prognose póstuma suficiente (risco *permitido*), i.e., não absoluto e imutável, e que tem diferentes intensidades consoante a pessoa e o momento em que é exercido. Tal não

14 O "órgão ou órgãos de uma instituição, designado nos termos do direito nacional, com poderes para definir a estratégia, os objetivos e a direção global da instituição e que fiscaliza e monitoriza o processo de tomada de decisões de gestão e inclui as pessoas que dirigem efetivamente as atividades" das instituições de crédito e empresas de investimento, na aceção das Diretivas 2006/48/CE e 2006/49/CE, e atualmente do artigo 3.º, n.º 1, 1. e 2. da Diretiva 2013/36.

15 Vão neste sentido as recomendações do BIS, o que implica uma cooperação eficaz entre reguladores mas encontra dificuldade nos casos de empresas não reguladas https://www.bis.org/publ/bcbs47c4.pdf (consultado em 5.4.2016).

16 Moreira, 1999: 68.

constitui uma novidade no nosso ordenamento jurídico como passamos a expor (*infra*).

II. HISTÓRIA RECENTE DO REGIME DE CONTROLO ADMINISTRATIVO DA IDONEIDADE.

Até ao início da década de noventa vigorou em Portugal o Decreto-Lei n.º 41403, de 27 de novembro de 1957, que continha a regulação do sistema de crédito e da estrutura bancária. Assentava num processo de autorização ministerial para constituição de instituições de crédito, não contendo disposições genéricas sobre a avaliação da idoneidade necessária para ser titular de órgãos sociais de instituições financeiras. Existia neste âmbito um conjunto de normas prescritivas de *disponibilidade* de tempo para a função, de *exclusividade* profissional, de prevenção *de conflitos de interesses* e de proibição de exercício de funções de administração aos responsáveis por anterior *falência de empresas* ou *condenados por crimes patrimoniais* ("furto, roubo, burla, abuso de confiança ou falsidade", artigos 22.º-28.º). Como sucedia, por exemplo, com o *Glass Steagall Act* norte-americano[17], a regulação distinguia tipos de instituições de crédito: *in casu*, os institutos de crédito do estado, os bancos emissores, os bancos comerciais e os estabelecimentos especiais de crédito (artigo 3.º)[18].

17 Uma das muitas intervenções de Franklin Roosevelt na década de trinta para combater a Grande Depressão económica e financeira e regular a economia, fazendo frente ao individualismo e liberalismo dos agentes económicos suportado pelo Supremo Tribunal Federal, o *Banking Act* de 1933 (na realidade a data relevante é 1932, momento em que se iniciou uma dura batalha para a sua aprovação...) visou restaurar a confiança na economia (até que o movimento de consolidação e a *mergermania* levou à sua revogação por Clinton em 12Nov1999 com o *Financial Services Modernization Act* conhecido como *Gramm-Leach-Bliley Act*, ou por Citigroup Act). Tal como agora, o propósito foi de superar as perdas incorridas pelos bancos comerciais devido ao seu investimento em mercados bolsistas alavancados e extremamente voláteis (por clara influência de Henry Steagall foi igualmente aprovado um sistema de garantia de depósitos visando o pequenos bancos rurais, a *Federal Deposits Insurance Corporation*). Separou claramente bancos comerciais (receção de depósitos e realização de operações bancárias típicas do financiamento à economia e à indústria) e bancos de investimento (possibilidade de subscrição e investimento em *equity* e produtos mais complexos), proibindo conflitos de interesses relativamente aos seus acionistas e membros dos órgãos sociais. Ganharia o nome dos autores que tiveram em vista reganhar a confiança e a segurança no sistema financeiro – Carter Glass e Henry Steagall.

18 Como institutos de crédito do Estado tínhamos a Caixa geral de Depósitos, o Crédito Predial Português, a Sociedade Financeira Portuguesa, e o Banco de Fomento Nacional – posteriormente de Fomento Exterior (entretanto objeto de OPA pela Sociedade Financeira Internacional originaria o atual BPI, SA). Como bancos emissores o Banco de Portugal, o Banco Nacional Ultramarino, o Banco de Angola, incluindo o Instituto Emissor de Macau; a par existiam os bancos comerciais e ainda os estabelecimentos especiais de crédito (Caixas Económicas, Caixas de crédito Agrícola Mútuo). Outros diplomas importantes seriam o Decreto-Lei n.º 44652, de 27 de outubro de 1962 e o Decreto-Lei n.º 45296, de 8 de outubro de 1963 (que regulava

O regime relativo ao exercício do crédito seria regulamentado (e parcialmente alterado) pelo Decreto-Lei n.º 42641, de 12 de novembro de 1959, que pouco inovou no regime jurídico de autorização para exercício de funções no sector bancário. Acrescentaria uma *proibição de concessão de crédito* pela instituição aos titulares dos órgãos sociais, e a proibição do exercício de funções quando existissem relações de *parentesco* ou de *afinidade* com outros membros do órgão (parentes consanguíneos ou afins "até, respetivamente, o 3.º e o 2.º grau, inclusive" – artigo 28.º). Em 27 de abril de 1965 o Decreto-Lei n.º 46302 criou as instituições parabancárias e as instituições que exerciam funções auxiliares de crédito (previstas no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 41403), mas não inovou neste âmbito[19].

No sistema financeiro em sentido lato existia um normativo especial para os mercados financeiros de valores mobiliários – "bolsas de valores" ou "centros de transação de valores" mobiliários – extremamente lacunar e que vinha já do século anterior. O Decreto-Lei n.º 8/74, de 14 de janeiro, pretendeu suprir as lacunas decorrentes da regulamentação constante do Código Comercial de Veiga Beirão de 1888, e da legislação de 1901 e do "Regulamento do Serviço e Operações das Bolsas de Fundos e o Regimento do Ofício de Corretor", que continham o respetivo regimento. Embora se encontrasse dependente das grandes linhas traçadas pelos citados Decretos-Lei n.ºs 41403 ou 45296, a nova legislação (e a posterior criação de um Auditor-Geral do Mercado de Títulos e a dinamização de um Conselho Nacional das Bolsas de Valores) visou dinamizar os mercados de bolsa, assegurar uma correta formação de preços através da transparência, incentivar à abertura do capital das sociedades nacionais (caracterizadas nos anos setenta ainda por uma grande concentração e domínio familiar e pouco tecnocrático), e abrir a profissão a sociedades corretoras.

---

o exercício das funções de crédito e a prática de atos inerentes à atividade bancária e sua supervisão e sancionamento nas províncias ultramarinas).

19 A maioria das instituições qualificadas como parabancárias eram sociedades que não podendo receber depósitos prosseguiam, nos termos do respetivo estatuto legal, atividades de locação financeira, de factoring, de administração de compras em grupo ou para aquisições a crédito (que tiveram um "boom" após a proibição de concessão de crédito individual para aquisição de bens de consumo na denominada "era Cadilhe", de reestruturação da dívida pública). Também se incluíam algumas das atuais sociedades financeiras, como as sociedades gestoras de patrimónios e de fundos de investimento mobiliários e imobiliários. Instituições auxiliares seriam apenas as bolsas, os corretores de fundos e de Câmbios e as casas de câmbios – *cfr.* enunciação em Athayde, 1990, vol I. Mais especificamente sobre a atividade de intermediação financeira em valores mobiliários (bolsas de valores, corretores, propostos, auxiliares e sociedades corretoras, e o "movimento Cadilhe") e "nascimento" da CMVM no âmbito regulatório europeu, Catarino, 2010: 65 ss.

As bolsas de valores mantinham a sua natureza de instituições auxiliares de crédito, pelo que os titulares dos seus órgãos sociais deveriam cumprir os requisitos e as exigências pessoais e profissionais constantes do normativo da década de sessenta *supra* referido. A sua constituição e extinção encontravam-se dependentes de autorização ministerial, mediante prévio parecer do Conselho Nacional das Bolsas de Valores, e a supervisão – "orientação, coordenação e fiscalização" – estava igualmente cometida ao Governo (artigo 4.º).

O exercício da atividade de corretor (em nome individual ou através de sociedades corretoras) encontrava-se dependente de requerimento dirigido aos conselhos diretivos das bolsas e à nomeação ministerial (que poderia optar por procedimentos concursais). Os corretores respondiam ilimitadamente pelas dívidas decorrentes da sua atividade e deviam obrigatoriamente associar-se em câmaras corporativas – a Câmara dos Corretores[20]. A proibição do exercício da atividade deixava de depender de requisitos arcaicos de *fitness and propriety* como a falta de "robustez e a virilidade", para ser aplicada a funcionários públicos e a todos

> *(…)*
> *b) Os que tiverem sido demitidos do cargo de corretor ou de proposto;*
> *c) Os que tiverem faltado ao cumprimento de obrigações contraídas em negociações de bolsa;*
> *d) Os indivíduos condenados definitivamente por furto, roubo, burla, abuso de confiança, usura, emissão de cheques sem cobertura, falência ou insolvência fraudulentas, simulação, falsificação de escritos ou qualquer crime contra a segurança nacional;*
> *e) Os que tiverem sido condenados pelo exercício ilegítimo do ofício de corretor ou de proposto de corretor(…)"*, artigo 96.º[21].

20 Tal atividade estava anteriormente reservada aos corretores e seus propostos (e auxiliares), mas passava a ser possível ao corretor associar-se a terceiros ou "interessar" a sociedade, que revestiria obrigatoriamente a forma de sociedades em nome coletivo ou em comandita simples, sendo sempre ilimitada a responsabilidade do corretor que era obrigatoriamente o gerente (no caso de serem autorizados "gerentes", todos responderiam de forma solidária e ilimitada), artigo 92.º. O corretor tinha de prestar caução e respondia ainda pelos atos dos seus propostos e dos seus auxiliares (artigo 98.º ss.) – para uma visão da regulação conexa, acedida em 04/08/2014, http://dre.tretas.org/dre/29119/. Acerca da natureza pública do ofício e dos mercados de valores mobiliários, e da sua evolução, para o âmbito nacional Teixeira dos Santos, 2001, documento electrónico. Conjugando tal evolução nacional com o movimento internacional e evolução no início do século XX, Catarino, 2010, Capítulo I e bibliografia aí citada.

21 Cfr. o "Regimento do Ofício de Corretor", artigos 3.º, 7.º, e 8.º-20º. Regulava esta matéria, além do Regimento e do "Regulamento do serviço e operações das Bolsas e fundos públicos e particulares e outros

No âmbito da reflexão nacional sobre o sistema financeiro iniciado em meados dos anos 80 surgiriam reformas normativas parcelares e em 1991 e 1992 seria publicado em vários volumes o denominado "Livro Branco sobre o Sector Financeiro" tendo em vista uma reforma profunda que adaptasse o sistema nacional ao espaço da Comunidade e às orientações do Comité de Basileia[22]. O Decreto-Lei n.º 23/86, de 18 de fevereiro, começou por atualizar e adaptar o regime legal português de licenciamento de instituições de crédito nacionais e a abertura em Portugal de filiais e de sucursais estrangeiras. Em parte tal deveu-se ao necessário cumprimento do *acquis communautaire* na matéria, *vg* aos requisitos mínimos constantes da Diretiva n.º 77/780/CEE, de 12 de dezembro de 1977, e ao denominado "passaporte comunitário" (filho do princípio do reconhecimento mútuo), para cumprimento dos princípios da liberdade de circulação de capitais e de estabelecimento. A constituição das instituições nacionais dependia ainda de autorização ministerial, casuística, mas já não sob forma de decreto. A Portaria conjunta do Primeiro-Ministro e do Ministro das Finanças era precedida de parecer do Banco de Portugal (tratando-se de instituição com sede em Região Autónoma, também de parecer do respetivo Governo Regional).

No domínio das qualidades dos titulares de órgãos sociais os artigos 4.º, n.º 1, al. *c)* e 10.º do Decreto-lei n.º 23/86 estatuíam, sob pena de recusa da autorização, (…) *c) Que o conselho de administração da sociedade seja constituído por um mínimo de 5 membros, com idoneidade e experiência adequadas ao exercício de funções* (…). Estatuía também que:

> *2 – São ainda inibidos de fazer parte dos órgãos de administração de bancos comerciais ou de investimento os que, por outras razões, devidamente fundamentadas pelo Banco de Portugal, nomeadamente por falta de experiência adequada ou por motivo de excessiva acumulação de funções, sejam por este consideradas como não satisfazendo os requisitos necessários para o efeito* (na redação do Decreto-Lei n.º 318/89, de 23 de setembro).

---

papéis de crédito" aprovados pelo Decreto de 10 de outubro de 1901, o Decreto de 24 de dezembro de 1901 e ainda o Decreto 20800, de 22 de janeiro de 1932.

22 Elaborados pelo Conselho para o Sistema Financeiro, *i. a.* o *Livro Branco sobre o Sistema Financeiro:1992. As Instituições de Crédito*, 2 vols., Lisboa.

O Decreto-Lei n.º 24/86, de 18 de fevereiro, completava o regime de constituição e condições de funcionamento para os demais bancos comerciais ou de investimento, complementando os requisitos aplicáveis aos membros de órgãos sociais: (…) *são inibidos de fazer parte de órgãos sociais de bancos comerciais ou de investimento:*

a) os que tenham sido declarados, por sentença transitada em julgado, falidos ou insolventes ou julgados responsáveis por falência ou insolvência de empresa cujo domínio haja assegurado ou de que tenham sido administradores, diretores ou gerentes;
b) Os que tenham desempenhado as funções referidas na alínea anterior em empresas cuja falência ou insolvência tenha sido prevenida, suspensa ou evitada por intervenção do Estado, concordata ou meio equivalente;
c) As pessoas condenadas por crimes de falsificação, furto, roubo, frustração de créditos, extorsão, abuso de confiança, infidelidade ou usura;
d) Aqueles a quem não tenha sido reconhecida idoneidade, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, al. b) do Decreto-Lei n.º 23/86.

2. São ainda inibidos de fazer parte dos órgãos de administração de bancos comerciais ou de investimento os que, por outras razões, devidamente fundamentadas pelo Banco de Portugal, nomeadamente por falta de experiência adequada ou por motivo de excessiva acumulação de funções, sejam por este consideradas como não satisfazendo os requisitos necessários para o efeito.

É importante salientar que tais diplomas surgem num momento de abertura do sistema financeiro à iniciativa privada e o aumento das exigências nos requisitos de *capacidade* e *honorabilidade pessoal* foram em grande parte motivados pelo afastamento entre a banca e o sector público (empresarial). As revisões constitucionais operadas em 1982 e em 1989 permitiriam *i. a.* a privatização do sector bancário, financeiro e segurador, acabando com o *duplo vício estrutural* do sistema económico de 1976: *(i)* irreversibilidade das nacionalizações e *(ii)* proibição da iniciativa privada em sectores chave da economia portuguesa. Findara o tempo do monopólio estatal constituído por via das nacionalizações (e a submissão das instituições de crédito ao regime tutelar ao governo, vertido no Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de abril), e a proibição de constituição pelos particulares de instituições de crédito. A reprivatização *total* seria permitida após 1990, com a Lei n.º 11/90, de 5 de abril a regular

especificamente as reprivatizações[23]. Em 31 de dezembro de 1992 os diplomas que regiam a atividade bancária desde o início do século XX seriam revogados pelo artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, que aprovou o RGIC[24]. Fora precedido de um vasto movimento regulatório financeiro de revisão dos mercados de valores mobiliários com a publicação do Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 14 de abril, que aprovara o Código dos Mercados de Valores Mobiliários (CodMVM, usualmente designado de "Lei Sapateiro", do nome de um dos seus autores, José Luís Sapateiro).

Porquê este movimento? Porque não se poderia regressar ao panorama de 1957, em que era competência de "superintendência, coordenação e fiscalização das instituições de crédito (…) do Ministro das Finanças" (artigo 13.º do citado Decreto-Lei n.º 41403). A época era de *opting out* da economia pelos governos ante a enorme pujança das teorias monetaristas; conforme escrevemos anteriormente, "se o prémio Nobel da economia atribuído em meados de setenta a von Hayeck e posteriormente, ainda na mesma década, a Milton Friedman, poucas dúvidas deixava quanto à nova ortodoxia pós-Keynesiana, a revogação em 1999 por um democrata, Bill Clinton, do *U.S. Banking Act* de 1933 – conhecido por Glass *Steagall Act*, nome dos seus Autores –, seria a marca maior de tal movimento[25]. Tais doutrinas seriam preponderantes na Europa a partir da década de oitenta (*vd* as soluções aplicadas pelos "Chicago boys" no Chile, as correntes denominadas de "Reaganomics" ou "Thatcherismo", ou o recente Tratado Orçamental), a par das correntes de privatização, desregulação e de liberalização da economia ("Consenso de Washington"). Após as soluções adotadas em Maastricht, e que dariam origem ao movimento de centralização europeia, à independência do sistema monetário, ao Eurosistema e à União Bancária, toma forma definitiva o movimento de *minimal State* e do denominado Estado Regulador ou de Garantia.

---

23 A Lei n.º 46/77, de 8 de julho, viria a consagrar a proibição de acesso a alguns sectores importantes, tendo sido objeto de sucessiva revogações (parciais) até 2013.

24 Em rigor, tal diploma seria publicado apenas em meados de Janeiro de 1993, em Suplemento ao Diário da República do dia 31 de dezembro de 1992, por forma a cumprir exigências jurídicas, vg comunitárias.

25 Catarino, e Peixe, 2014a. Conforme já referimos, Bill Clinton revogaria em 1999 esta lei que fora criada em 1933 para evitar novo colapso financeiro semelhante ao que ocorrera em 1929, moderando a cartelização e o excesso de liquidez, separando as instituições que poderiam desenvolver a banca dita de retalho ou comercial da dita banca de investimento. Apesar das duras lutas contra o sistema financeiro e os bancos em especial, Franklin Roosevelt não só aprovaria em 1933 este Act mas entre 1932 e 1935 assinou igualmente leis reguladoras dos mercados bancário, dos valores mobiliários (*Securities and Exchange Act*) e um novo regulador (a *Securities and Exchange Commission*), a que se seguiriam outras *independent regulatory agencies.*

Integradas numa era de globalização e num mimetismo europeu das correntes anglo-americanas da regulação económica e financeira, as funções de regulamentação, supervisão e sanção de áreas públicas fundamentais passaram da esfera ministerial para novas pessoas coletivas de direito público com autonomia administrativa e financeira. Como as *agencies* norte-americanas ou os QUANGOS ingleses, foram dotadas de características de imparcialidade e de independência – entre muitas outras autoridades administrativas independentes interessam-nos o reforço de independência do Banco de Portugal mas também da CMVM[26].

Com efeito, o CodMVM de 1991 desempenhou um importante papel nesta matéria. Tendo vigorado antes da publicação do RGIC, regulou inovadora e profusamente o âmbito dos mercados e atividades bolsistas, e criou um duplo regime de "autorização-programa" e de registo para todos os intermediários financeiros: no BdP e na CMVM (artigo 632.º).

Com efeito, o exercício de atividades de intermediação financeira por sociedades – necessariamente instituições de crédito ou sociedades financeiras, pois cessara a possibilidade do exercício da função de corretor em nome individual (artigo 613.º) –, passou a depender de prévia autorização ministerial constitutiva, sob a forma de "Portaria do Ministro das Finanças" (*vd* artigos 607.º-18.º, e 625.º-28.º daquele Código para o regime de caducidade e de revogação da autorização). Esta autorização era exigida para a constituição das sociedades mas também para o exercício de atividades de intermediação (artigo 615.º). Findo o procedimento administrativo geral de constituição das sociedades comerciais (artigos 620.º-28.º), existia um posterior procedimento de registo junto do regulador (artigos 629.º-32.º).

Este "duplo regime de autorização-programa", que se manteve até 1999, foi importante em dois sentidos.

Por um lado, a autorização de *constituição* das sociedades e o posterior *registo* para exercer atividades dependiam, *inter alia*, de os titulares dos órgãos sociais demonstrarem requisitos de idoneidade perante um novo regulador (CMVM). A sua falta acarretava a recusa de autorização ou de registo (artigos 618.º, n.º 1, *b)*, 619.º, 631.º, n.º 1), ou a sua revogação. Nalguns casos estávamos perante uma verdadeira "revogação-sanção" sem o *due process of law*, quando tinha como

26 Catarino, 2010: 82 ss e 308 ss acerca da adaptação à Administração das noções judiciais de "independência" e de "imparcialidade", objetiva, subjetiva e resolutória.

causa ilegalidades cometidas *no exercício* dos respetivos cargos (artigos 626.º, n.º 1, *e)*, e n.º 2, 627.º e 631.º)[27].

Por outro lado, foi importante porque existia um novo poder de apreciação discricionária dos requisitos contidos numa norma aberta (*vd* artigo 619.º CodMVM). Em rigor, tal efeito acabava mitigado porque excetuando um novo tipo legal de crime (crime de burla), os novos requisitos enquadravam e densificavam os contidos na legislação bancária de 1986, a saber:

i) Incompatibilidades profissionais e patrimoniais (alínea *b)*);
ii) Incapacidades decorrentes de lei especial (alínea *c)*, e 618.º, n.º 1, *b)*);
iii) Incapacidades decorrentes de falta de disponibilidade ou de experiência (alínea *c)*, e artigos 618.º, n.º 1, *b)* e 224.º, *b)*);
iv) Inibições decorrentes de decisões judiciais, ora transitadas em julgado (alínea *a)*, e artigo 224.º, alínea *a)*), ora condenatórias (alínea *a)* e artigo 224.º, alínea *c)*).

A revogação do Código pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro, fez cessar este regime de "dupla autorização e duplo registo" e a matéria, atenta a sua natureza prudencial, passou a ser regulada pelo RGIC sendo *primacialmente* competência do Banco de Portugal. Primacialmente porque não existe exclusividade; o regime legal estatutário das *key persons* aplica-se aos titulares dos órgãos de outras empresas, como das sociedades de consultoria para investimento, das sociedades gestoras de mercados regulamentados, de sistemas de negociação multilateral, de câmaras de compensação, de sistemas centralizados de valores mobiliários, de instituições de investimento coletivo, de gestão de fundos de garantia e de sistemas de indemnização dos investidores, de prestação de serviços de auditoria, além das empresas do sistema de crédito agrícola mútuo (*infra*).

O regime geral da adequação e idoneidade é em grande parte fruto da harmonização comunitária e do regime de autorização única para toda a Comunidade Europeia, vertendo nele os requisitos da já referida Diretiva 77/780/CEE, quanto à *disponibilidade pessoal*, à *honorabilidade necessária* e à *experiência adequada* para exercer funções nas instituições de crédito. Esta Diretiva seria posterior e profundamente alterada, sobretudo devido à necessidade de reforço e consolidação prudencial, de que é prototípica a "Diretiva

27 Defendendo a natureza não sancionatória da revogação devida a atos ilícitos, Veloso, 2000: 66.

post-BCCI", a Diretiva n.º 95/26/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de junho de 1995, mas os requisitos de adequação e idoneidade foram mantidos – *cfr.* a Diretiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de março de 2000, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu exercício[28].

A interpretação e aplicação do normativo contido no RGIC é feita em concatenação com estes normativos, pareceres, trabalhos preparatórios e outras fontes de *soft law* bancária internacional, dada alguma indeterminação normativa decorrente deste conceito vago de idoneidade. A Diretiva 2006/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2006, relativa à regulação do acesso à atividade bancária e financeira *manteve* a indeterminação de conceitos ao estatuir no seu artigo 11.º que a autorização profissional dependia de os dirigentes e sócios terem a experiência necessária ou "idoneidade" para as funções (*cfr.* artigo 135.º). No seu artigo 22.º estatuía igualmente que as instituições de crédito deveriam dispor de dispositivos sólidos em matéria de "governo da sociedade", incluindo "uma estrutura organizativa clara, com linhas de responsabilidade bem definidas, transparentes e coerentes, processos eficazes de identificação, gestão, controlo e comunicação dos riscos a que está ou possa vir a estar exposta, e mecanismos adequados de controlo interno, incluindo procedimentos administrativ*os e contabilísticos sólidos"*. Decorria assim deste regime:

i) A existência de um sistema de vasos comunicantes de *responsabilidade por facto de outrem* inerente à imposição legal de forte controlo na organização interna (artigos 17.º, n.º 2 e 115.º-A ss.);
ii) O dever empresarial de *due diligence* prévio à indicação ou nomeação de titulares de órgãos sociais – que sempre considerámos decorrer dos artigos 17.º, n.ºs 1 e 2 e 69.º-70.º;

28 A Diretiva 89/646/CEE do Conselho, de 15 de dezembro de 1989 (2.ª Diretiva Bancária), aprofundaria o mercado de capitais da União acrescentando à liberdade de circulação a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços das instituições de crédito e o princípio da reciprocidade. O princípio do reconhecimento mútuo das autorizações-programa e da supervisão prudencial (que na década seguinte seria aplicado também nos mercados de valores mobiliários) traria consigo o princípio da competência de supervisão de uma instituição de crédito (ou das suas sucursais na União) pela autoridade reguladora do Estado-membro de origem, i.e., onde se situe a sede estatutária (*home country control*). Como sucederia com as *supra* referidas Diretivas 2006/48 e 2006/49, a Diretiva preocupou-se sobremaneira em verter os princípios acordados em 1988 em Basileia sobre fundos próprios, solvabilidade, limitação de grandes riscos e liquidez, e controlo interno (as posteriores Diretivas de 2006 completariam tais preocupações de solidez financeira vertidas em Basileia II).

iii) A necessidade de consideração das modernas tendências e exigências de *corporate governance*, *i.a.* na matéria de aferição e monitorização da idoneidade, art. 70.º;

iv) A distinção entre requisitos de idoneidade, e requisitos de disponibilidade, independência e experiência e qualificação profissional (embora todos eles assentem em conceitos abertos e indeterminados – *cfr.* artigos 30.º-D, 31.º, 31.º-A e 33.º).

O *Action Plan* aprovado em Washington em 15 de novembro de 2008, pelo G20, um ano após o início do *crash* financeiro do *subprime*, apontaria para medidas de maior transparência e de controlo de risco interno e de melhores práticas de governação[29]. Este Plano seria reforçado na reunião que se realizaria em Londres no ano seguinte, em que um renascido *Finantial Stability Board* ou Comité de Estabilidade Financeira (ex-*Finantial Stability Forum*) foi mandatado para trabalhar com o Grupo Banco Mundial (e cooperar com a IOSCO, OCDE, Comité de Basileia de Supervisão Bancária ou CBSB – *vd* as fortes expressões utilizadas na *declaração de 2 de maio de 2009*[30]).

As normas prudenciais criadas pelo CBSB em 2010 para reforço de fundos próprios, denominado "Basileia III", e a Diretiva que o adotou para a União Europeia (Diretiva 2013/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2014 – *CRD IV*[31]) apontam agora de forma clara, como requisitos mínimos da autorização (artigos 8.º e 11.º), para uma idoneidade *individual* e uma adequação *coletiva*: "O órgão de administração deve dispor, em termos coletivos, de conhecimentos, competências e experiência adequados para compreender as atividades da instituição, nomeadamente os principais riscos",

29 "Declaration Summit on Financial Markets and the World Economy" https://www.g20.org/about_g20/past_summits/2008_washington (consultado em 5.4.2016).

30 "(...) we agree that the heads and senior leadership of the international financial institutions should be appointed through an open, transparent, and merit-based selection process; and building on the current reviews of the IMF and World Bank we asked the Chairman, working with the G20 Finance Ministers, to consult widely in an inclusive process and report back to the next meeting with proposals for further reforms to improve the responsiveness and adaptability of the IFIs (...)" – https://www.g20.org/about_g20/past_summits (consultado em 5.4.2016).

31 A Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento, altera a Diretiva 2002/87/CE e revoga as Diretivas 2006/48/CE e 2006/49/CE. Completada pelo Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho da mesma data relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento (e altera o Regulamento 648/2012), encontra-se disponível in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:176:0001:0337:PT:PDF (consultado em 5.4.2016).

artigo 91.º, n.º 8. Reafirma a necessidade de independência, de disponibilidade, de experiência e de conhecimentos individuais (cumulativos com requisitos de honestidade e de integridade) também para titulares da "direção de topo"[32]. Os titulares de altos cargos dirigentes devem "ter idoneidade necessária e possuir conhecimentos, competências e experiência suficientes para as funções", artigos 13.º e 91.º, n.º 1. A Diretiva englobou a necessidade de uma *governance* robusta dadas as implicações no tema: a *governance* e a estrutura interna das instituições de crédito devem ter instrumentos sólidos que permitam a todo o tempo a autoaveriguação, a monitorização, a responsabilização e o controlo internos da existência das condições legais (artigos 88.º, 91, n.º 8).

Também a Diretiva 2014/65/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, embora relativa aos *mercados de instrumentos financeiros* (denominada de *MiFID II* ou DMIF II[33]), reforçou os deveres e requisitos que impendem sobre os titulares dos órgãos de administração de empresas de investimento e gestoras de plataformas de negociação (sujeitas à supervisão da CMVM). A Diretiva pugna por uma gestão eficaz, sã e prudente, e por uma avaliação prévia e contínua feita pela empresa dos requisitos necessários à autorização-programa *vg* quanto à qualidade patrimonial e pessoal dos titulares de órgãos sociais à luz das disposições da Diretiva 2013/36 (*CRD IV*). Num aparente retorno a um sistema de "duplo controlo", prevê-se expressamente a recusa de autorização caso a empresa ou a autoridade " (…) não esteja convicta de que os membros do órgão de administração da empresa de investimento têm suficiente idoneidade, possuem suficientes conhecimentos, competência e experiência (…)", convicção resultante da informação que as empresas são obrigadas a obter, controlar e comunicar (cfr. artigos 8.º, 9.º, n.ºs 1 a 4, 45.º ou 62.º-63.º, da DMIF/*MiFID II*[34]).

---

32 São "as pessoas singulares que exercem funções executivas numa instituição e que são responsáveis perante o órgão de administração pela gestão corrente da instituição", artigo 3.º, n.º 1, 9. da Diretiva 2013/36).

33 Diretiva 2014/65/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros e que altera a Diretiva 2002/92/CE e a Diretiva 2011/61/EU disponível in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:176:0338:0436:PT:PDF (consultado em 5.4.2016).

34 Para uma visão mais aprofundada do regime constante da denominada MiFID II e do Regulamento (UE) n.º 600/2014 Thomas GINSBURG, "The Regulation of Regulation: Judicialization, Convergence and Divergence in Administrative Law", in HOPT *et al.*, 2005, 328do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativo aos mercados de instrumentos financeiros (denominado MIFIR) e que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 (denominado de EMIR, http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/

A alteração do RGIC decorrente da transposição da *CRD IV* (Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro) é explícita na exigência de um controlo *apriorístico* da idoneidade (requisito da "adequação") mas também na monitorização *contínua* que permita detetar factos que afetem ou possam afetar os requisitos de idoneidade previamente verificados (*infra*). Embora não constitua o objeto do presente artigo, refira-se que estes requisitos passam a aplicar-se também aos "titulares de funções essenciais" (artigo 33.º-A) e de "direção de topo" (artigo 3.º, n.º 1/7 da *CRD IV*). O que se deve entender por tal? A alteração do Regime Geral ocorrida em outubro de 2014 veio especificar que por tal se deve entender "as pessoas singulares que exercem funções executivas numa instituição de crédito ou empresa de investimento e que são diretamente responsáveis perante o conselho de administração pela gestão corrente da mesma" (artigo 2.º-A, alínea j) – *inter alia*, de *compliance*, de auditoria interna, de controlo e de gestão de riscos (artigo 33.º-A, RGIC).

Com igual relevância para o tema são as alterações decorrentes da transposição das Diretivas 2014/49/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril relativa aos sistemas de garantia de depósito e da Diretiva 2014/59/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2015 que estabelece um enquadramento para o regime jurídico da recuperação e resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento (*BRRD*). A Lei n.º 23-A/2015, de 26 de março alterou (também) o RGIC em aspetos importantes do enquadramento legal do controlo *a posteriori* do exercício de atividade profissional por titulares de órgãos sociais e de cargos de direção de topo ou de funções essenciais ("funções que confiram influência significativa na gestão da instituição de crédito", artigo 33.º-A RGIC).

É importante salientar que os citados instrumentos legais, comunitários e nacionais, devem ser lidos em conjunção com as Recomendações e Orientações que contêm as melhores práticas determinadas por organismos internacionais que regulam o sector financeiro.

A *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO) criou um conjunto mínimo de requisitos (os membros poderão exigir requisitos para além dos *standards* mínimos criados), que constam de um teste (*Fit and Proper Assessment – Best practice*) baseado no Relatório de dezembro de

---

DirectivasComunitarias/Todasasdirectivas/Pages/Todas-as-Directivas.aspx?pg (consultado em 5.4.2016) – Catarino & Peixe, II, 2014.

2009[35]. Também a Autoridade Bancária Europeia (EBA) desenvolveu estas exigências regulatórias, ao abrigo das competências vertidas nos artigo 16.º do seu Estatuto, aprovado pelo Regulamento UE n.º 1093/2010, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, e no artigo 91.º da Diretiva 2013/36/EU[36]. A criação de um *level playing field* permite alguma flexibilidade dos Estados-membros dentro de um princípio de proporcionalidade, mas a par dos instrumentos legislativos comunitários secundários temos orientações genéricas que os reguladores nacionais da União devem seguir numa base coercitiva-sancionatória ("comply or explain"), como as "Orientações sobre a avaliação da aptidão dos membros do órgão de administração e fiscalização e de quem desempenha funções essenciais" (EBA/GL/2012/06, de 22nov2013, adotadas após um *Consultation Paper* de 18 de abril a 18 de julho de 2012 e audição pública).

Finalmente, permite-se também a densificação pelos reguladores nacionais ou outras autoridades nacionais competentes dos conceitos de idoneidade sendo que as próprias empresas devem ter normas internas que conduzam e balizem a sua avaliação prévia de *fitness and propriety* dos seus titulares ou nomeados *(cfr.* artigo 30.º, n.ºs 6 e 8 RGIC).

A Certeza e Segurança dos operadores, impõe alguma cautela e controlo na densificação regulamentar destes conceitos pois em matéria tão sensível de direitos, liberdades e garantias e direitos análogos não se pode assistir a uma deslegalização ou a uma regulamentação administrativa *praeter legem* do âmbito material ("leis administrativas") que viole o princípio da legalidade e o bloco de constitucionalidade protegido pela "restrição das restrições" do artigo 18.º da Constituição (*infra*).

35 As Recomendações (ou melhores práticas) basearam-se no *Report on Consultation and Exchange of Information under Fit and Proper Assessments* preparado pelo *Emerging Markets Committee da International Organization of Securities Commissions* (IOSCO), na sequência do mandato do *Working Group on Enforcement and the Exchange of Information* (WG4), e pode ser lido em http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD312.pdf (consultado em 5.4.2016).

36 Cfr, Regulamentos UE n.ºs 1093/2010 e 1095/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, ambos de 24 de novembro de 2010, a as orientações EBA/GL/2012/06, de 22nov2013. Acerca da mudança de arquitetura institucional e interregulação administrativa até e após os Relatórios Lamfalussy e de Larosière, Catarino, 2010: 405 ss. idem, 2012a: 150 ss.; Maçãs, 1998: 185.

III. O ATO ADMINISTRATIVO DE AUTORIZAÇÃO: UM (VELHO) MEIO DE CONTROLO REGULATÓRIO PERANTE ANGÚSTIAS CONSTITUCIONAIS.

O controlo do exercício da atividade profissional em órgãos sociais de instituições de crédito, sociedades financeiras e empresas de investimento foi objeto de harmonização Comunitária mediante criação de um regime de autorização administrativa prévia.

Ao contrário do que sucede numa licença ou concessão, não estamos aqui perante uma proibição *absoluta* ou uma reserva de atividade pública; estamos perante o levantamento da proibição *relativa* ao exercício de um direito ou de atividades. Um ato que pondera a necessidade de proteção do interesse público face ao exercício de direitos privados. Esta ponderação pela autoridade competente depende da obtenção de informação pelo que foi criado um regime de cooperação administrativa e de comunicação interregulatória, *vg* entre a administração nacional e comunitária (*cfr*. atuais artigos 14.º a 33.º-A e 65.º a 72.º do RGIC).

As implicações constitucionais do exercício da autorização administrativa como técnica regulatória (tal como os atos de aprovação, de notificação prévia, de mera comunicação, de decisão cautelar, e sancionatórios) são importantes.

As *autorizações* são "actos administrativos *permissivos do exercício* por outrem de um direito, ou *constitutivos de direitos* subjetivos, ou criadores de um *status*"[37]. Atos típicos do Estado (e Administração) de Polícia, eles exercem "uma *função preventiva* típica, porque a atividade prosseguida pelo particular está potencialmente em rota de colisão com um interesse público ou porque oferece *perigo* ou um *risco* (…)[38]. No âmbito da *Administração de controlo sectorial*, os procedimentos administrativos *de autorização* são relevantes pelo seu *fim* de proteção e de prossecução de bens e interesses públicos mas também pelos *efeitos* sobre os direitos e interesses dos particulares. Na prática destes atos e perante os interesses em confronto impõe-se uma atividade que "administra

37 Catarino, 2010: 387. *Vd* a completa classificação de Giannini, 1978: 103-119.

38 *Idem, ibidem,* pp. 404 ss. A *aprovação* é um ato administrativo autónomo que exprime um juízo de conformidade relativamente à legalidade de um ato jurídico praticado por outrem (ente público ou particular), dando-lhe usualmente eficácia. Nesta classificação de atos de intervenção prévia da autoridade administrativa como condição de exercício de direitos, Vieira de Andrade distingue entre atos de autorização *permissivos* (*autorização*), atos de autorização *constitutivos* (*licenças*), e comunicações prévias dos atos de exercício de direitos (como no caso das manifestações populares) – *cfr.* 2001a, 343, em sentido diverso da doutrina de base germânica, Sérvulo Correia, 1982: 461. Para outras classificações, Marcello Caetano, 1980, I: 453-57; Soares, 1981: 179-83; Esteves de Oliveira, 1984: 397; Fracchia, 1996: 73; Maçãs, 1998: 187; e García de Enterría & Ramon Fernandez, 2000, II: 135-7.

a norma" ou lhe dá eficácia, transformando o acesso livre ao mercado, a livre iniciativa" e organização empresarial (na vertente da organização interna, de gestão e de exercício de atividade pelas empresas, artigo 61.º CRP), a liberdade de profissão enquanto componente do direito ao trabalho (artigo 47.º e 58.º CRP), e a empresariariedade (também na vertente dos direitos dos acionistas, artigo 15.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE) num acesso de algum modo condicionado/regulado para proteção de bens da comunidade".

A proibição (relativa) de atividade deve ser criteriosamente ponderada perante valores constitucionais pois nos encontramos perante a pretensão de exercício de outros direitos ou liberdades fundamentais – o direito ao desenvolvimento da personalidade, à liberdade económica, à liberdade de iniciativa, à liberdade de empresa e de profissão, à liberdade de contratação (*i.a.* laboral), o princípio de reconhecimento e de integração nacional da economia na União, o tratamento igualitário e não discriminatório face às liberdades económicas fundamentais. E tais valores têm assento na generalidade das constituições económicas nacionais e na comunitária (artigos 61.º, 47.º, 80.º, *c)*, 86.º, n.ºs 1 e 2 CRP, 14.º CEDH, artigos 1.º, 2.º parágrafo, e 19.º, 4.º parágrafo, da Carta Social Europeia de 18 de outubro de 1961, 26.º e 45.º ss do TFUE, 5.º e 6.º TUE, e 15.º, 16.º, 45.º e 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

Existem também direitos de personalidade a salvaguardar: o direito ao bom nome, à reputação e imagem, que podem ser indelével e definitivamente afetados conforme publicidade da suspensão e revogação administrativa de autorizações de profissão (artigos 26.º, n.º 1 e 32.º, n.º 2 CRP).

É certo que os direitos dos particulares devem ser "funcionalizados" pelo interesse coletivo, seja do funcionamento eficiente dos mercados (artigo 81.º, *f)* CRP) ou da defesa dos consumidores/investidores (artigo 81.º, *i)* CRP). Mas a "densificação" legislativa deve ser conforme à constituição material e as limitações ou restrições a tais direitos e liberdades fundamentais não se podem traduzir na "nulificação" do seu núcleo essencial. A prática de atos administrativos que traduzem a atividade de supervisão prévia e contínua, pela sua natureza proibitiva, restritiva ou ablativa do exercício de tais direitos e liberdades ou de situações jurídicas e relações privadas, obedece a princípios de concordância prática, de necessidade e de proporcionalidade que devem ser concretamente alegados e fundamentados para que não anulem o âmbito da vinculatividade constitucional (artigo 18.º da CRP). Ainda, e porque o sistema administrativo de autorização traduz uma forte compressão de direitos e liberdades even-

tualmente acompanhada de uma atividade intrusiva de verificação inspetiva (vg para obtenção de informação), a Administração deve fazer uma leitura e aplicação restritiva das restrições seguindo o princípio *in dubbio pro libertate*.

A par de uma necessária ponderação de *restrições constitucionalmente fundadas* e necessariamente *adequadas* de direitos e liberdades fundamentais por bens com relevância constitucional como a integridade do sistema financeiro (artigos 18.º, n.º 2 e 101.º CRP), o procedimento autorizatório traduz uma relação entre interesses públicos e privados que é duradoura. Constitui-se uma relação *contínua* que se traduz:

(i) Na constituição de uma relação jurídica administrativa de verificação de requisitos legais, como a capacidade profissional e a idoneidade pessoal – *adequação*;
(ii) Na posterior constituição de especiais relações jurídicas regulatórias entre o interessado e a Administração que permite a esta ulterior conformação de condutas individuais e profissionais do interessado-*manutenção da adequação*; e
(iii) Na capacidade de este assumir especiais obrigações jurídicas de cumprimento contínuo dos requisitos e de informação ao regulador ou de sujeição à "devassa" da sua privacidade em casos de inspeção ou investigação – *aferição da adequação*.

"Neste sentido se pode afirmar que o procedimento de autorização é *constitutivo nominado*, e um *adequado meio de controlo* perante atividades que, em princípio, se encontram condicionadas e cuja disponibilidade depende de um ato (público) que prossiga o interesse público[39]".

1. A autorização é um meio de controlo *prévio* e *contínuo*

O ato de autorização é um importante instrumento de exequibilidade do *princípio da precaução* perante atividades de *risco*[40]: risco para o interesse próprio (risco individual) e para o interesse coletivo (risco sistémico). Para além de um efeito do controlo imediato da verificação de condições legais, a autorização administrativa tem um efeito diferido no tempo: permite levantar uma proibição relativa a uma atividade e ao exercício de um direito preexistente. Pode ter igualmente como efeito constituir uma relação jurídica regulatória que previna

39 Assim, Rogério Soares, 1978.

40 Loureiro, 2001: 790.

e controle no tempo o exercício de atividades perigosas, suscetíveis de gerar graves externalidades negativas para um conjunto indeterminado de usuários.

O legislador estatuiu fortes condições e poderes legais de verificação ou controlo público pelo regulador logo na fase inicial de atividade, sendo um importante momento de supervisão. Porquê?

Porque se é verdade que no momento "de entrada" num sector ou atividade o regulado detém mais informação que o regulador, é igualmente verdade que este detém uma grande discricionariedade de ação (na fase instrutória pode pedir informações e até realizar entrevistas ou audiências com o interessado) e de decisão (pode recusar a autorização ou impor condições).

A autorização prévia contém importantes externalidades positivas para a generalidade do público (para o usuário, o sector bancário e financeiro). Porque não tem de suportar qualquer custo como contrapartida (os cidadãos retiram destes atos vantagens sem quaisquer custos), e porque tais atos têm um impacto e um custo que incide sobre um número reduzido de destinatários (os regulados), que têm maior poder económico e meios de influência e de defesa (*vg* no contencioso administrativo de legalidade).

Enquanto ato típico da administração de polícia, a autorização assume hoje efeitos mais *complexos*. Com efeito,

- a perfeição do ato de autorização (ou de proibição) necessita uma série de atos jurídicos e materiais intercalares ou interlocutórios da iniciativa dos particulares e da Administração (e mesmo de outras entidades públicas nacionais e/ou supranacionais);
- o ato prolonga os seus efeitos no tempo através de um feixe de poderes de controlo e *vigilância* (pedidos de informação ou esclarecimento, de documentos legais e complementares ao autorizado);
- o ato implica com interesses de terceiros pois é muitas vezes acompanhado de uma atividade administrativa de avaliação coletiva (por exemplo a adequação plural ou de todo o órgão social) ou de obtenção de informação "in situ" (exercício do poder de inspeção ou de chamamento ao regulador); e
- pressupõe uma Administração de *cooperação,* dada a relação regulatória constituída, e não *de ataque* ou *autoritária*"[41].

41 Acerca da simplificação administração e da substituição dos controlos prévios por controlos *a posteriori* ou meras comunicações de início de atividade, e o *deficit* de supervisão daí decorrente (porque a autorização é o primeiro momento da supervisão), Catarino, 2010: 287 e 382 ss.

As características complexas do procedimento e do ato decorrem da *função* de controlo de requisitos legais para o exercício da atividade – função típica da *simples* autorização que tem por *objeto* a prática de um ato ou de uma operação[42] –, mas também da *função* de conformação de condutas[43]. Esta última função, dita *operativa*, é produto da evolução da função administrativa de polícia e é mais óbvia nas autorizações para *funcionamento* ou para *atividades* como as que têm por *objeto* o exercício da atividade bancária. Para a prática pela Administração destes "atos-programa" a lei exige prototipicamente uma *programação* pelos interessados que vai ser acompanhada no tempo pelo regulador. É exemplo o pedido de autorização de constituição e de funcionamento de instituições de crédito ao Banco de Portugal: na instrução deve o requerente apresentar, entre outros requisitos, «o programa, atividades, implantação geográfica, estrutura orgânica, meios humanos e técnicos (…)» da instituição, a par de muitos outros requisitos como a "identificação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização com justificação dos proponentes quanto à adequação dos mesmos (…)" (artigos 14.º, 16.º e 17.º, n.º 1, als. *a)* e *g)* RGIC).

Esta função *operativa* ou de conformação de condutas tornou o ato de autorização mais complexo. No caso da nomeação de novos titulares do órgão social numa instituição financeira, na sua renovação ou alteração da composição do órgão (artigo 30.º-B, n.ºs 2 e 7), a função controlo faria com que esta autorização *simples* esgotasse o seu efeito após a sua prática. Mas a duração prolongada, definida ou indefinida, do exercício do cargo, constitui uma relação administrativa regulatória necessária que vai para além da mera permissão de exercício de um direito.

O ato administrativo de aferição da adequação e da idoneidade pessoal para o exercício de um cargo social tem por isso uma eficácia *duradoura* que não esgota os seus efeitos no momento da sua prática. A sua execução postula uma constante exigência de manutenção dos requisitos iniciais e tal implica a possibilidade de o regulador conformar e determinar a conduta cujo exercício foi autorizado, *vg* através de ordens ou instruções (artigos 17.º, n.º 2, *c)*, 22.º, n.ºs 1, alíneas *c)*, *h)*, *j)* e n.º 2, 30.º-A, n.ºs 4, 6 e 9, 32.º e 32.º-A). A par dos atos secundários de anulação da autorização perante vícios invalidantes o

42 As denominadas autorizações *por operação* na classificação de Garcia de Enterría, 2000, I: 138 ss,

43 É Giannini quem distingue dentro da classificação ampla de *procedimenti autorizzatori*, os que têm *funzione di controllo* e os que têm *funzione di programmazione*, pp.136. Para uma visão completa sobre o procedimento autorizatório e a "reinvenção da autorização administrativa", Figueiredo Dias, 2014.

RGIC prevê por isso a possibilidade de suspensão e de revogação destes atos favoráveis (artigos 14.º, 22.º, n.º 1, alínea *j)* e 2, 30.º-C, 32.º, 32.º-A e 70.º, n.º 4, *c)* – i*nfra*).

Existem outros atos administrativos *necessários* relativos aos membros do órgão de administração, *i)* quando a instituição nacional pretenda exercer atividades na União Europeia ou em países terceiros através de sucursais ou de filiais (artigos 36.º, n.º 2, 42.º-42.º-A), ou *ii)* quando uma empresa sedeada fora da União pretenda estabelecer sucursal em Portugal (artigos 44.º, 45.º e 57.º ss.). Neste sentido se pode dizer que as autorizações são *multilaterais* porque produzem efeitos para além das pessoas interessados e da instituição (e do sector económico-financeiro nacional em que operam).

Nos casos de recondução dos titulares e de estabelecimento (ou reforço em Portugal de sucursal de empresa com sede efetiva no território de um Estado-membro da União) "parece" bastar uma *mera comunicação* e deferimento tácito (artigos 69.º, n.º 4 e 36.º, n.ºs 2 e 3, 40.º). Na prática, não existe a possibilidade de produção deste efeito de deferimento tácito (n.º 8 do artigo 30.º-B): após a mera comunicação ao Banco de Portugal (n.º 7 do artigo 30.º-B) exige-se o registo comercial prévio ao registo no Banco de Portugal sendo certo que nenhum conservador procederá a este registo sem um comprovativo *escrito* de autorização.

Os atos de autorização podem igualmente ser praticados sob condição suspensiva ou reserva de revogação se o regulador necessitar obter esclarecimentos do visado, por exemplo através de uma entrevista pessoal (artigo 149.º do Código do Procedimento Administrativo – CPA – e artigo 30.º-B, n.º 6).

Este ato de autorização é um ato de *controlo nominado*, *pessoal* (o controlo incide sobre as qualidades concretas da pessoa física, constituindo-se uma relação não fungível), com obrigações *propter homine* (embora o controlo singular da pessoa possa vir depois a ser preterido pelo controlo plural ou em favor da "adequação coletiva" – *infra*). É um ato *duradouro* (porque se mantém durante o exercício da profissão autorizada e pressupõe a manutenção das condições e requisitos iniciais na pendência da relação regulatória), e com um conteúdo *discricionário* forte (a par das condições constantes de conceitos indeterminados, pressupõe-se a atualização e a adequação dos interessados a comandos legais). São estas características (e não a constituição de qualquer relação jurídica de supremacia) que permitem a aplicação pelo regulador de atos administrativos de segundo grau como a suspensão, a revogação, o "cance-

lamento" ou a anulação e sanções administrativas de revogação, suspensão ou proibição da atividade[44].

2. Controlo jurídico *prévio* e controlo *a posteriori*: importância da distinção. Entre o dever de *precaução* e o dever de *prevenção*

Na pendência da relação jurídica constituída assistimos a um acompanhamento administrativo de vigilância e controlo ("supervisão contínua"), assente num feixe de direitos e obrigações recíprocos que ultrapassam o juízo de prognose inicial de idoneidade "como garantia de uma gestão sã e prudente". As alterações ao RGIC ocorridas em 24 de outubro de 2014 relativas à matéria das capacidades e incapacidades (na "adequação" e na idoneidade, artigos 30.º a 33.º-A) assumiram de forma mais nítida a distinção entre a supervisão *a priori* (autorização ou recusa do exercício de uma atividade), a supervisão contínua (suspensão, substituição ou revogação da autorização) e a atividade reativa (as medidas de polícia administrativa, as medidas provisórias ou cautelares preventivas ou conservatórias e as medidas sancionatórias).

Porque a dinâmica da vida económica tornou um poder de autorização num poder programador de atividades e conformador de condutas – numa espécie de regresso ao Estado de Polícia total ou sem lacunas –, o aplicador do Direito deve compreender que também a sistemática da atividade de supervisão conjuga momentos *estáticos iniciais* (caso dos atos prévios ao exercício de uma atividade ou de uma operação), e momentos *dinâmicos posteriores* decorrentes do controlo ou supervisão contínua (*i.a.* artigos 32.º-32.ºA, e aprovação de renovação de mandatos, de suspensão ou de revogação administrativa dos mesmos).

Assim também a *intensidade* dos atos administrativos de supervisão varia consoante o *momento* do exercício: quando estamos a preencher e aplicar requisitos "de entrada" de uma instituição ou de uma pessoa singular numa atividade regulada, ou quando estamos a aferir dos requisitos no âmbito de uma relação jurídica regulatória já constituída (*cfr.* artigo 30.º-D, n.º 9).

A. Controlo prévio*: a supervisão e o princípio da* precaução

O Estado de Direito Democrático tem de gerir riscos e assegurar expectativas, presentes e futuras, dos cidadãos e dos sistemas. Por isso foram criadas

44 Para uma visão administrativa das técnicas de intervenção, intromissão e controlo sobre atividades privadas no mercado financeiro como as supervisões, inspeções, investigação ou processos sancionatórios, suas características e distinção, Catarino, 2010: 463 ss.

"barreiras regulatórias". Os atos de controlo *a priori* traduzem um primeiro e importante momento de *precaução* na salvaguarda de bens fundamentais face à incerteza de atividades potencialmente produtoras de danos. Na supervisão inicial formula-se um juízo que leva à aplicação de medidas antecipatórias – tipicamente os atos administrativos de autorização (ou recusa) em análise têm esta função de garantia. Sendo real o *gap* entre a informação detida pelo supervisionado e a informação detida pelo regulador, é natural que a intensidade do controlo público inicial seja superior (artigos 30.º e 30.º-D). Aliás, se os supervisionados não antevissem a possibilidade de prosseguir atividades ilícitas ou não autorizadas, o *risco* na autorização ou licenciamento (e supervisão prévia) seria tão diminuto que o procedimento poderia ser muito simplificado. Esta *assimetria de informação* e o *princípio da precaução* levaram o legislador a obrigar a uma forte *cooperação* e *coordenação* entre as empresas reguladas e o regulador, e deste com outros reguladores sectoriais e internacionais, com uma intensa atividade de comunicação e obtenção de informação inicial (*vd* artigo 17.º, n.º 6).

O ato administrativo de recusa de autorização é um ato de *controlo* pela verificação de incumprimento dos requisitos legais, e de *garantia* porque se baseia na *antecipação do risco* e não numa *mera prevenção* de risco.

Deve por isso basear-se em elementos objetivos (factos e indícios fortes e presunções fundamentadas) que fundam a incapacidade, a plausibilidade do risco (ultrapassando o "risco permitido") ou a probabilidade de dano futuro a bens essenciais e coletivos. Não se pode basear numa mera incerteza dado existir um risco permitido, pois nesse caso deve vigorar o princípio in *dubbio pro libertate*. Como em todos os atos administrativos mas sobremaneira nos atos típicos de polícia, assume um especial relevo garantístico o princípio da proporcionalidade entre o bem jurídico a proteger e os direitos fundamentais a limitar, pois a necessidade de uma medida concreta e a sua adequação face ao custo de um provável e futuro dano, ou à necessidade de medidas de intervenção, deve sempre redundar na adoção da medida menos lesiva do direito do administrado.

B. Controlo a posteriori*: a supervisão e o princípio da* prevenção

Diversamente, os atos de controlo reativo e de controlo *a posteriori* decorrem do exercício efetivo e continuado de poderes funcionais de conformação, de vigilância e de fiscalização, e podem ter uma função *preventiva* ou *conservatória*. Na relação jurídica regulatória, o regulador detém fortes poderes-deveres

de intervenção sobre o regulado e a sua atividade: *i)* de direção e conformação de condutas; *ii)* de controlo e vigilância, estática (receção de informação, ou supervisão "on desk") ou dinâmica (de inspeção e investigação, ou "on site"); *iii)* de colaboração necessária na prestação de todos os esclarecimentos ou para obtenção de informação necessária.

A informação obtida através de poderes formais e informais que a lei e a *praxis* atribuíram ao regulador é *funcionalizada*: são *poderes ao serviço das atribuições de defesa do mercado, das instituições e dos cidadãos* e devem determinar sempre que necessário, e perante a plausibilidade de *riscos graves* ou a certeza de um *perigo*, a atempada prática de atos de Polícia administrativa, de medidas temporárias ou cautelares para prevenir ou descontinuar condutas lesivas do mercado e dos seus agentes. A *ultima ratio* será a prática de atos administrativos secundários de suspensão ou revogação de autorização. E quanto mais fortes e intrusivos são os poderes públicos, maior é a possibilidade de obtenção de informação e perante os documentos detidos e disponíveis maior é o dever de agir preventivamente.

A ação não exige uma certeza absoluta – que usualmente só advém da concretização do perigo – mas uma probabilidade forte e objetivamente fundada de um *grave risco* ou de um *perigo*, *real* e *atual* e *danoso*: a obrigação de o evitar é tão certa e real como o perigo de lesão pelo que o regulador deve atuar preventivamente cerceando o nexo causal. Como veremos, existem há muito medidas administrativas de polícia para atuação extraordinária e interrupção do nexo causal, afastando assim a responsabilidade pela omissão ou errado exercício de competências.

No caso concreto da idoneidade (ou adequação), a natureza da relação jurídica em causa, o feixe de deveres que se constituem nesta relação contínua, e a diferença entre o *risco* e o *perigo* sempre impediram uma interpretação jurídica que tornasse os requisitos de verificação prévia da idoneidade (na redação do artigo 30.º do RGIC que vigorou até outubro de 2014) referência *absoluta* e *exclusiva* na supervisão *a posteriori* – e menos ainda que fossem critérios únicos para perda da idoneidade (*cfr*. artigos 32.º, 70.º, 118.º, 143.º). Os requisitos de idoneidade vertidos no atual artigo 30.º-D tornam mais clara a dinâmica da regulação e da interpretação jurídica. É certo que o autorizado tem o dever de manter os requisitos que levaram à outorga da autorização; mas tem também o dever de se manter em constante conformidade com as ordens e os requisitos da regulação que vigoram no sector. Pela outra parte, o regulador tem o dever de vigilância e controlo da manutenção dos requisitos iniciais para exer-

cício da atividade mas também do cumprimento das demais condições legais e determinações jurídicas que acompanham *no tempo* o exercício da atividade.

Em suma, a falta superveniente de idoneidade não depende exclusivamente da perda dos requisitos legais iniciais, nem a violação das condições legais iniciais são *exclusivas* e *necessárias* para a fundamentação de um ato administrativo de suspensão ou revogação da autorização (ou de adoção de outra medida provisória considerada proporcional e adequada – *infra*). Mesmo um caso de verificação superveniente de um facto que poderia obstar à autorização inicial – uma decisão judicial condenatória, por factos ilícitos de natureza criminal, contraordenacional ou outra – não pode traduzir numa declaração automática de inidoneidade exigindo-se uma fundamentação baseada na ponderação da gravidade ou reiteração dessa violação (*cfr*. o n.º 6 do artigo 30.º-D).

Se no ato inicial temos sobremaneira a necessidade de obviar a um *risco* através de juízos de *presunção* e de *prognose* fundamentais à formulação de uma medida de *precaução*, nas medidas *a posteriori* temos a mais das vezes uma convicção de *perigo*, uma presunção de que um dano ocorrerá se não houver a tomada de uma medida *preventiva* que interrompa o devir ou processo causal entre um facto e um dano. E a não intervenção, na supervisão *a posteriori*, perante uma forte probabilidade de produção de um dano que ultrapassa o prejuízo geral e normal da vida em sociedade ou numa atividade (*especialidade* e *anormalidade* do dano[45]), pode tornar o não exercício de competências públicas em *causa* (e não mera *condição*) de dano. E ao Estado incumbe então o ónus da prova excludente da responsabilidade civil extracontratual[46].

IV. ATOS ADMINISTRATIVO-REGULATÓRIOS NEGATIVOS E MEDIDAS DE URGÊNCIA

A autorização do Banco de Portugal (artigos 20.º, n.º1, alínea *h)*, 30.º-B e C, 66.º, alínea *h)*, 69.º) é um ato administrativo primário, constitutivo, que visa *remover um limite legal* ao exercício de uma profissão e *investir uma pessoa num estatuto* especial. Usualmente o procedimento de autorização finda com um ato positivo de autorização e um ato meramente declarativo de posterior registo no Banco de Portugal (após o registo comercial), embora tal ato positivo possa

45 Cfr. o artigo 2.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que aprovou o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.

46 Acerca da responsabilidade dos reguladores, Catarino, 2014: 171-238.

ser sujeito a uma condição suspensiva, vg necessária ao cumprimento de uma determinação (artigos 19.º e 69.º RGIC e 149.º do CPA).

Contribui para evitar um desfecho negativo (indeferimento do pedido) a relação de proximidade, de cooperação e de lealdade entre os reguladores e os regulados (*responsive regulation*). Em caso de dúvidas, fundadas, será usual o regulador requerer mais informação ou determinar a não indicação da pessoa em causa ou a sua substituição, a mais das vezes informalmente e "a instâncias" dos interessados (artigo 125.º e 131.º CPA). Claro que neste último caso de atuação através de um direito "conformador de condutas" informal e desprocedimentalizado, as garantias dos interessados vêem-se diminuídas face aos remédios à sua disposição (garantias) se se traduzir, p.e., num ato administrativo de indeferimento. No entanto, tem a vantagem de evitar reflexos negativos para o futuro do visado e para a sua reputação e da própria empresa e o mesmo deverá suceder se a decisão de inidoneidade for posterior ao início de atividades.

1. Os atos administrativos de autorização, de recusa, de registo, e revogação

O procedimento autorizatório pode culminar com um ato administrativo negativo (artigo 20.º, n.º 1, alínea *j)* RGIC, 299.º CodVM e 152.º CPA). A autoridade administrativa deve recusar a autorização e consequente registo de pessoas que não preencham os requisitos legais de idoneidade (adequação) (artigos 30.º-B, C e D, 69.º, n.º1 e 4 e 72.º, alínea e)) – *infra*. Quando autorizado, a eficácia duradoura do ato permissivo permite a prática de atos administrativos secundários, suspensivos ou resolutivos, oficiosamente (por exemplo no âmbito de relações de supervisão ou de sanção, artigos 30.º-C, n.º 4, 32.º, n.º 4, 70.º, n.º 4, 141.º, n.º 1, alínea *c)*, 216.º-A, n.º 1 alínea *b)*, 227.º-A, n.º 2 ou 212.º, n.º 1, alínea *d)*) ou a pedido do próprio ou da instituição (casos de renúncia ou de conhecimento pela instituição de factos com relevância para a idoneidade, artigo 32.º, n.ºs 1-3).

Mas um ato administrativo primário positivo, ao afastar a proibição de exercício de um direito investindo uma pessoa num estatuto jurídico, limita a liberdade da Administração para a prática de atos secundários ablativos, como a sua anulação ou a revogação. Para além das regras gerais que permitem a revogação da autorização (*vg* por assentimento dos interessados ou na parte do ato que lhes é desfavorável, artigo 167.º CPA), a revogação é possível nos casos de aposição de uma cláusula de reserva de revogação ou de expressa previsão legal. Os atos de revogação ou de anulação dependem então da observância dos

princípios legais e procedimentais fundamentais que regem uma intervenção pública ablativa sobre a esfera privada (casos de reserva de lei ou negocial), conforme previsão legal dos artigos 22.º e 30.º-A, n.ºs 4 a 7:

i) Pelo erro em que a Administração se encontrava quanto à verificação das condições legais necessárias à prática do ato de autorização (a denominada "revogação-anulação", artigo 22.º, n.º 1, alíneas *a)* e *j)*, hoje denominada *anulação* com um regime-regra previsto no artigo 136.º do CPA);
ii) Pela ocorrência de um facto objetivo superveniente que determina uma alteração das condições legais operativas que permitiam a manutenção desta relação regulatória de trato sucessivo ("revogação-cancelamento", artigos 14.º e 22.º, n.º 1, alínea *b)*;
iii) Pelo não exercício, prolongado, da profissão, ou por decurso de um prazo ou circunstâncias que extinguem os efeitos do ato ("revogação--caducidade", artigo 22.º, n.º 1, alínea *d)*);
iv) Pela verificação de graves irregularidades ou ilícitos ("revogação--sanção", artigo 22.º, n.º 1, alíneas *e)*, *h)*, *j)*, *k)*, *m)* – *vd* artigo 18.º, alínea *f)* da *CRD IV*).

O ato administrativo de revogação, seja por facto próprio ou por facto da empresa, distingue-se dos atos administrativos sancionatórios vertidos no regime especial do direito de mera ordenação social (artigos 200.º ss.). Tratámos em escritos anteriores do problema da necessidade de distinção entre aqueles atos administrativos desfavoráveis e os atos administrativos sancionatórios, e da necessidade de aplicação do procedimento legalmente devido a estes últimos (*due process of law*), em termos de garantias dos arguidos. Se o ato tem uma *finalidade* punitiva, tem como *fundamento principal e direto* a ilicitude, depende de um *juízo* discricionário de graduação (gravidade do ilícito, e de valoração da conduta ilícita), estamos perante uma punição e vigoram de pleno os princípios ou "bloco de constitucionalidade" do *jus puniendi*[47].

Neste caso, a conformidade constitucional do ato administrativo secundário denominado de "revogação-sanção" dependerá da prévia existência de uma decisão sancionatória condenatória. Sendo proferida também uma sanção acessória (melhor se diria "complementar") de inibição do exercício da profissão, o ato de autorização deve ser revogado se o prazo da inibição

47 Catarino, 2010: 331 e 650, 757.

exceder o tempo de duração para o exercício do cargo. Se a inibição for por tempo inferior ao tempo do exercício do cargo a autorização deve ser objeto de reavaliação necessária pelo seu efeito na idoneidade. O cancelamento ou a revogação implicam o cancelamento *ipso jure* do registo.

No caso dos demais atos desfavoráveis, a prática do ato administrativo de revogação ou de anulação está sujeita ao regime dos atos administrativos secundários e aos princípios da competência e do paralelismo da forma e do procedimento. Sem necessidade de prática de atos e formalidades que sejam inúteis ou dispensáveis por natureza – fora dos casos de iniciativa oficiosa a audiência prévia poderá ser dispensada relativamente ao requerente já ouvido ou quando estejam em causa meramente questões de direito (artigos 121.º-5.º, 170.º-1.º CPA) – a fundamentação e a notificação são essenciais (artigo 152.º-3.º, todos CPA), sendo o ato suscetível de impugnação mediante os meios jurisdicionais gerais e os urgentes e cautelares (artigos 46.º, 97.º, 112.º ss CPTA, e 12.º RGIC).

2. Os atos restritivos urgentes: as medidas provisórias, as medidas de polícia e as medidas cautelares

No âmbito da atividade administrativa de supervisão contínua o regulador pode tomar medidas desfavoráveis excecionais que se revelem temporal e estruturalmente adequadas à imediata proteção da ordem pública do sector regulado. Encontramos por isso as designadas *medidas de constrangimento* como as medidas de *vis fisica* que permitem no âmbito de uma ação de supervisão que os inspetores recorram, se necessário, à força policial, para que os visados conformem de imediato o seu comportamento com a norma, com uma decisão ou ordem concreta ou com um contrato, para restaurar a ordem pública (artigos 41.º-.2.º e 54.º RGCORD)[48].

Estas medidas de excecionalidade traduzem-se (*1)* numa ameaça ou no uso da força, (*2)* não procedimentalizada, (*3)* vinculada à legalidade e demais princípios que regem a atividade pública (como da imparcialidade, da boa-fé e da proporcionalidade), (*4)* fundada na urgência ou necessidade resultantes de factos que, atentas as regras da experiência e da técnica, traduzam um perigo *concreto*, *real* e *atual* para o interesse público.

48 Aprovado pelo Decreto-Lei N.º 433/82, de 27 de outubro. Acerca do especial estatuto de independência funcional dos inspetores e do especial regime jurídico da atividade de inspeção levada a cabo pelos colaboradores dos reguladores (atividade atualmente desprocedimentalizada e não expressamente regulada), com propostas para a sua procedimentalização e normativização, Catarino, 2010: 467 ss.

É sobremaneira importante enfatizar esta vertente de perigo real dada a dinâmica social dos grupos. Num determinado contexto global ou em que o medo é polarizado por grupo ou lançado para a sociedade em cascata (*inter alia* pelos *media*), um meio, um sistema ou um grupo, podem assumir como real e muito sério um risco baseados no contágio por mero medo [49]. *Social influences, including cascades effects and group polarizations, both heighten and diminish fear. The result is a situation in which people often show baseless fear and confidence about situations that pose genuine danger*, o que pode determinar, sobretudo em ecossistemas profissionais e sociais fechados como o bancário, fenómenos nocivos de excesso ou de falta de atuação[50].

Existem várias *medidas temporárias* ou provisórias que visam proteger *direta* e *imediatamente* o mercado, permitindo uma atuação *preventiva* de cariz *negativo* ou *ablativo* que *obste à prática* de um ato ilícito ou a *um perigo ou dano* para o interesse público, grave e eminente. Apesar de as alterações legislativas ocorridas em 2014 e 2015 no RGIC terem consagrado expressamente alguns meios de intervenção urgente no domínio da adequação e idoneidade, existiam já medidas de polícia, medidas provisórias e cautelares, que permitiam aos reguladores intervir em caso de urgência para salvaguarda do interesse público e do mercado. Assim, temos:

A. As **medidas de polícia** que decorrem da função de vigilância e fiscalização conatural à atividade da Administração de Polícia e se destinam a fazer cumprir no imediato a legalidade perante atos de violação, de forma a garantir a ordem pública geral ou sectorial, e prevenir a ocorrência de danos. São particularmente importantes no âmbito financeiro pois pressupõem uma grande flexibilidade de atuação, desformalização e desprocedimentalização, e a uma ampla discricionariedade de *ação* e de *decisão* que se conjuga perfeitamente com um espaço onde existe um "tempo económico". Corresponde a um espaço temporal de especiais necessidades de urgência balizado pela *utilidade* e *eficácia* do efeito das medidas – sobretudo das que transferem o risco decorrente de práticas que possam afetar o mercado na forma e tempestividade requeridas[51].

---

49 Um clássico essencial sobre a questão do contágio e do pânico e seus efeitos é o livro de Charles Kindleberger e Robert Alber, 5.ª ed., 2005, *Manias, Panics, and Crashes: A History of Financial Crises*, N. Jersey, Wiley Investment Classics.

50 Sunstein, 2005: 98.

51 Acerca das medidas de polícia sectorial da CMVM e do BdP e os problemas que levantam no âmbito do *due process of law* ou processo devido em Direito para medidas com finalidade preventiva face à punitiva, Sérvulo Correia, 1993: 393; Catarino, 2010: 592 e 595 ss.

A maioria destas medidas de polícia traduz-se em *ordens*, proibitivas ou prescritivas, e são muito utilizadas no âmbito da regulação de intervenção económica onde cresceram e se desenvolveram. A sua competência foi cometida ao Banco de Portugal, facto decorrente de caber a esta instituição a supervisão prudencial, desde autorizar a constituição e funcionamento das instituições de crédito e empresas de investimento, aferir da adequação e idoneidade dos titulares de órgãos sociais ou de participações qualificadas, monitorizar todo o seu percurso e vicissitudes (alterações de pactos sociais, da composição dos órgãos, da detenção de participações qualificadas) até à extinção. Para que não existam *regulatory failures* e para uma maior celeridade e eficácia no caso de exercício de competências comuns ou concorrentes, deverá haver uma necessária concertação administrativa entre reguladores através de reuniões ou conferências a realizar pela autoridade que inicie o procedimento para aplicação da medida (artigos 77.º ss CPA).

Entre as medidas corretivas ou de polícia temos a possibilidade de proferir determinações ou injunções concretas, a pessoas ou instituições (artigo 116.º, n.º 1, *c)*), determinar a adoção de medidas corretivas previstas no artigo 116.º-C, de suspensão provisória de funções de qualquer membro dos órgãos sociais "em situações de justificada urgência e para prevenir o risco de grave dano para a gestão sã e prudente" (medidas aplicáveis também aos titulares de funções essenciais, artigos 32.º-A e 33.º-A). No caso de irregularidades praticadas em território nacional por sucursais ou escritórios de representação de empresas estrangeiras, o Banco de Portugal pode tomar as providências que entenda convenientes para prevenir ou reprimir novas irregularidades, e em caso de urgência pode adotar as medidas necessárias para prevenir a instabilidade financeira mesmo antes de fazer a comunicação à autoridade congénere competente (artigos 30.º-C, n.º 7, e 53.º).

O regulador tem o poder-dever de interferir na gestão da empresa quando a não considere "sã e prudente" ou quando a instituição realize ou pretenda realizar operações que a coloquem (ou ao mercado onde operem) em perigo (artigo 118.º). Tal sucederá, por exemplo, nos casos de insolvência ou desequilíbrio financeiro de instituições financeiras de importância sistémica. Atos de intervenção na gestão e tomada imediata de medidas extraordinárias sobre instituições, mercados ou operações, podem ser aplicadas pelo governo quando as irregularidades coloquem em risco a economia nacional ("grave perigo", explicita o artigo 91.º).

No caso de se verificar a prática de atos que coloquem em "sério risco" o "equilíbrio financeiro ou a solvabilidade de uma instituição ou possam constituir uma ameaça para a estabilidade do sistema financeiro" (artigo 145.º, n.º 1, "in fine"), pode o Banco de Portugal proceder à suspensão de órgãos sociais, designar um ou mais administradores provisórios, vetar ou anular deliberações da assembleia geral (medidas englobadas nas anteriormente existentes "providências de saneamento" do artigo 116.º, n.º 1, alínea *d)*), e ainda toda uma panóplia de medidas de polícia previstas nos artigos 145.º e 145.º-A. Estas medidas de polícia podem ser aplicadas simultaneamente com *medidas provisórias especiais* que se enquadram no âmbito de procedimentos administrativos de intervenção corretiva, de administração provisória ou de resolução, previstas no Título VIII do RGIC (*infra*).

No âmbito comportamental, o Regulamento (UE) n.º 1095/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que criou a Autoridade Europeia de Supervisão dos Valores Mobiliários e dos Mercados (ou ESMA), atribuiu competências a esta "agência" comunitária poder para suspender ou proibir serviços ou atividades de intermediação financeira ou a venda de produtos financeiros num ou mais mercados de Estados-membros, a um ou mais intervenientes, que constituam uma séria ameaça às atribuições de defesa do mercado para que foi criada (artigo 8.º, n.º 2, alíneas *e)* e *f)*, 9.º, n.ºs 3 e 5, 22.º).

Estas medidas de Polícia estão ainda previstas para outras autoridades nacionais como o regulador dos mercados de valores mobiliários na já referida *MiFID II*. *Inter alia*, prevê-se a possibilidade de imposição de medidas corretivas necessárias, como de "exigir uma interdição temporária do exercício de uma atividade profissional" de intermediação ou de "exigir a suspensão da negociação de um instrumento financeiro", mas também de "exigir a saída de uma pessoa singular do conselho de administração de uma empresa de investimento ou de um operador de mercado" (artigo 66.º, n.º 2, alíneas *f)*, *m), s)*.

As medidas de polícia têm um escopo de garantia imediata da legalidade em geral e da ordem pública geral ou especial, devendo obedecer ao princípio constitucional da *tipicidade* e da *intervenção mínima*. As medidas de polícia são as previstas na lei, e embora a fronteira possa ser por vezes difícil de traçar, estas medidas temporárias não são incluídas em procedimento sancionatório (*cfr.* o Acórdão do TC n.º 336/91, de 3 de julho de 1991). Não devem ultrapassar a *medida necessária* (artigos 61.º, 18.º, 272.º, n.º 2 CRP), o que implica

uma rigorosa aplicação e controlo dos princípios da *legalidade*, *necessidade, adequação* e *proporcionalidade*.

B. Na *pendência* ou *por causa* de um procedimento administrativo não sancionatório em curso, podem ser tomadas ***medidas provisórias*** que se revelem necessárias e adequadas para prevenir uma lesão grave ou de difícil reparação de interesses coletivos ou públicos normativamente protegidos (*periculum in mora*) ou para que os atos que venham a ser praticados pelo regulador no fim do procedimento administrativo mantenham a sua eficácia – *cfr* a previsão genérica no artigo 89.º (ex-artigo 84.º) do Código do Procedimento Administrativo, "Admissibilidade de medidas provisórias".

Estas medidas são por natureza *temporárias, autónomas* da decisão final, e *independentes* da fase do procedimento de que dependem, não se confundindo com atos *preparatórios* (que se destinam a preparar o ato final) nem com atos *provisórios* (que pretendem regular provisoriamente uma situação jurídica). Podem ser decretadas pelo regulador oficiosamente ou a pedido para verificação de requisitos ou de sanação da sua falta. Por exemplo a suspensão de um administrador no âmbito de um procedimento de verificação superveniente de falta de idoneidade; a suspensão do exercício de funções para realização de uma reavaliação da idoneidade e de sanação ou de completude de requisitos considerados insuficientes (inclui os casos de administradores designados mas também aqueles em que é possível o início de atividade antes da designação); a alteração da composição da administração ou não recondução se deixarem de se verificar os requisitos de adequação do órgão. Em todos estes casos o regulador necessitará tomar medidas provisórias enquanto averigua da veracidade ou completude dos requisitos legalmente exigidos e da sua manutenção, fixando prazo para suprir insuficiências ou suspendendo um titular ou todo o órgão para redistribuição de pelouros ou de pessoas ou prestação das informações consideradas necessárias (artigos 30.º-B, n.ºs 2, 3 e 7, 30.º-A, n.ºs 6 a 9, 32.º, n.º 4, 69.º-70.º e 72.º).

A suspensão de funções pode ser voluntária ou depender de deliberação do regulador mas também pode ser automática e operar *ope legis* como sucedia nos casos em que fossem adotadas as denominadas "medidas de resolução" – em março de 2015 o legislador optou por uma solução normativa e funcionalmente questionável, de substituir a suspensão de funções nos órgãos pela sua cessação automática (artigos 145.º-E e F).

Entre as medidas provisórias são importantes as medidas a tomar oficiosamente, como a suspensão ou substituição de um ou mais administradores no âmbito do procedimento de adoção das medidas de intervenção corretiva previstas no Título VIII do RGIC, medidas que se destinam a salvaguardar a solidez financeira individual ou sistémica ou os interesses do público depositante (*cfr*. artigos 139.º, 142.º, n.º 3, e 145.º, n.º 1, primeira parte).

C. Colocamos à parte, pela sua importância e gravidade, as **medidas provisórias especiais** de salvaguarda do interesse público e conservatórias da ordem pública financeira. Estas medidas, nominadas, são competência-regra do Banco de Portugal dado visarem prevenir um efeito prudencial, individual ou sistémico, mas também de outros reguladores como a CMVM (*cfr.* artigos 139.º ss. do RGIC e 412.º CodVM). Tal como sucede no âmbito das medidas de polícia, é essencial que os reguladores se articulem previamente à adoção de medidas administrativas que tenham potencial impacto na atividade seguradora ou da intermediação financeira, sem prejuízo da intervenção do Governo no âmbito dos poderes-deveres de organização da administração pública e de superintendência (e tutela) da administração indireta (artigo 199.º CRP).

Por medidas provisórias *especiais* referimo-nos à adoção de medidas no âmbito de providências extraordinárias de saneamento de instituições de crédito em caso de insolvência ou desequilíbrio financeiro ou que se destinem à salvaguarda da "solidez financeira da instituição de crédito, dos interesses dos depositantes ou da estabilidade do sistema financeiro" (artigo 139.º, n.º 1). Estas medidas de intervenção supervisora, corretiva, de administração provisória ou de resolução (a que poderíamos acrescentar o procedimento de insolvência) têm uma diferente graduação decorrente da diferente gravidade da situação factual que as funda e dos seus pressupostos legais, numa apreciação prospetiva de risco e de consequência. Há por isso uma *ordem legal de precedência* nesta intervenção preventiva – o que é diferente de existir uma *relação de precedência*, i.e., de uma medida só poder ser aplicada após aplicação de outra (artigo 140.º). Esta ordem legal de precedência resulta clara do articulado legal (*cfr*. artigos 141.º, n.º 1, 144.º, 145.º, n.º 1, 145.º-E, n.º 2 e 145.º-H) e da aplicação dos princípios constitucionais de intervenção mínima, da adequação e da proporcionalidade. Pelo seu impacto sobre a instituição financeira e demais usuários do sistema e dos cidadãos, todas as medidas provisórias especiais de intervenção devem preceder, por ordem de gravidade e de

necessidade, as medidas de resolução ou de insolvência (artigos 116.º e ss. e 139.º ss.[52]).

A maioria das medidas provisórias especiais previstas dispõem também sobre a possibilidade de suspensão, substituição de um ou de todos os titulares dos órgãos de administração (e de titulares de funções de direção de topo, artigos 141.º, n.º 3, 145.º-F, n.º 3), a sua destituição ou designação de um ou mais administradores provisórios. O articulado legal atual é de difícil interpretação pelo aplicador do direito:

i) É confuso na ordem de precedência da aplicação de medidas (cfr. a conjugação dos artigos 141.º, n.º 1, alínea *s)*, 142.º, n.º 3, 144.º, *a)* e 145.º, n.º 1, primeira parte, 145.º-A);
ii) A natureza de algumas medidas provisórias especiais aproxima-as das verdadeiras medidas de polícia (*cfr.* artigos 145.º, n.º 1, "in fine" e 145.º-A, n.º 1);
iii) Nalguns casos podemos estar perante medidas cautelares típicas de procedimentos sancionatórios ou mesmo de sanções automáticas[53] não incluídas em procedimento sancionatório (*cfr.* artigos 145.º, n.º 1, *in fine* e alínea *a)*, 145.º-F, n.º 1);
iv) Finalmente, porque parece pretender que uma comunicação à instituição para substituição ou destituição de um membro do órgão de administração pela verificação superveniente da falta de idoneidade é uma medida corretiva (*cfr.* artigos 141.º, n.º 1, alínea *s)* e 32.º).

Estas medidas administrativas especiais têm de original o facto de se poderem traduzir em atos híbridos, administrativos e normativos, como é o caso das Medidas de Resolução. Consubstanciam um procedimento de recuperação de empresas e/ou insolvência especial não judicial (artigo 152.º), no qual o Banco de Portugal pode proceder a atos administrativos de *dispensa* de deveres legais (*vd*. artigo 145.º), intervindo na titularidade, na estrutura e na

52 A estatuição de que o "Banco de Portugal não se encontra vinculado a observar qualquer ordem de precedência" na escolha das medidas de intervenção (artigo 140.º) deve ser interpretada conforme a Constituição e os princípios gerais da atividade administrativa que o regem (artigos 18.º, 266.º-268.º), vedando uma aplicação automática e impondo a graduação que cumpra a proporcionalidade e igualdade e a proibição do excesso.

53 Acerca do problema da conformidade constitucional das sanções administrativas (contraordenações), vg das "automáticas", o nosso trabalho anterior – Catarino, 2010: 692 ss.

gestão de empresas privadas (artigo 86.º, n.º 2 CRP). A par da aplicação dos princípios gerais que regem toda a administração, tem cariz *excecional* porque potencialmente colidente com direitos, liberdades e garantias fundamentais, da economia de mercado (de iniciativa e propriedade privada) e do Estado de Direito Democrático (regra da justa indemnização no caso de intervenção definitiva em empresas privadas ou de prévia decisão judicial na intervenção provisória), e implica uma especial fundamentação de facto e de direito. Com cumprimento dos deveres de necessidade e adequação o regulador deve também ter em mente que tais atos têm de obedecer ao princípio da restrição das restrições e a uma concordância prática que não esvazie de conteúdo os direitos fundamentais com que colide (artigo 18.º da Constituição).

D. Podem ser igualmente tomadas medidas administrativas provisórias no âmbito sancionatório. As ***medidas cautelares***, que se distinguem das "sanções acessórias" pela natureza instrumental, também têm carácter *provisório ou temporalmente limitado*, são *excecionais* (atento o princípio da presunção de inocência) e *instrumentais* a um caso concreto ou a um procedimento. Têm como finalidade *pôr termo* imediato aos efeitos prejudiciais de uma conduta ilícita ou *prevenir* o efeito útil de uma investigação ou decisão sancionatória (*cfr*. artigos 216.º-A, n.º 1, alínea *b)* RGIC e artigo 412.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)* CodVM).

Quais as condições da sua aplicação? A existência de indícios suficientes (*fumus boni iuris*) que permitam concluir numa *summa cognitio* pela verosimilhança e plausibilidade da prática de um facto ilícito lesivo do interesse geral, e sejam *necessárias* face à *urgência* em evitar prejuízos graves ou irreparáveis antes de uma decisão definitiva (*periculum in mora*) ou a evitar que as medidas que venham a ser tomadas percam eficácia. A sua discricionariedade e consequente legalidade encontra-se balizada pela *razoabilidade* perante a *finalidade* que prosseguem, a *proporcionalidade* perante os efeitos do ilícito e os interesses a defender, e pela *finalidade* (não punitiva) e *necessidade* de garantir a eficácia de uma eventual resolução final.

Quais as medidas cautelares sectoriais previstas? Estas medidas consistem *tipicamente: (i)* na possibilidade da suspensão "preventiva" de alguma(s) atividade(s) ou funções exercidas pelo "arguido" (o que pressupõe a constituição do sujeito como arguido) ou *(ii)* na sujeição de tais atividades a condições "determinadas", consideradas "necessárias", nomeadamente o cumprimento de deveres de informação.

Estas medidas são imediatamente exequíveis e podem ser aplicadas sem audição prévia dos visados ou interessados (o recurso da medida tem efeito meramente devolutivo, artigo 216.º-A, n.ºs 2 e 5), vigoram sem limite temporal até à sua revogação por decisão final (administrativa ou judicial), à caducidade ou início de cumprimento de sanção acessória *homogénea*. Devem ser igualmente *revogadas quando durante o processo* deixem de se verificar os pressupostos ou circunstâncias que levaram à sua aplicação (extinguindo-se em caso de prescrição do procedimento). A lei aceita a *fungibilidade* das medidas cautelares com posteriores sanções acessórias; impõe-se por isso a homogeneidade para se proceder ao desconto no tempo das sanções acessórias do tempo que durou a medida cautelar com os mesmos efeitos (artigos 216.º-A, n.º 4 RGIC e 412.º, n.º 4 CodVM).

A homogeneidade deve igualmente impor a caducidade de uma medida cautelar, p.e. de suspensão de um administrador, quando se cumpra o tempo máximo fixado para a correspondente sanção acessória (suspensão da atividade do administrador por *X* meses). De outro modo permitir-se-ia, com base num mero juízo perfunctório, a imposição material de uma sanção atípica, sem o processo devido em Direito, indeterminada (pela falta de *quantum* temporal), e que coloca em causa o núcleo essencial do direito fundamental (no caso, à profissão e ao trabalho). Exige-se por isso uma especial diligência processual ou procedimental sob pena de violação, também, do direito fundamental a uma decisão num prazo razoável (refração de um *due process of law* vertido no artigo 20.º, n.ºs 4 e 5 CRP, e no artigo 6.º CEDH)[54].

Resta-nos uma última questão: estando perante um atividade materialmente de supervisão e não sancionatória, quando se inicia materialmente um procedimento sancionatório e finda o procedimento de supervisão? A importância da distinção não necessita demonstração: pela aplicação de um regime jurídico mais garantista mas também face aos problemas, reais, de validade da prova recolhida e de aplicação e segregação de atividades administrativas. Depende formalmente de uma deliberação de abertura do processo sancio-

54 O facto de um arguido ser objeto de medidas cautelares implica que o *dominus* do processo tenha um dever de diligência acrescido na sua célere resolução, e o princípio da necessidade e da proporcionalidade deverão levar a que as dificuldades de obtenção de prova ou de fundamentação afastem o sacrifício assim imposto. Tivemos oportunidade de afirmar, a propósito da análise da Jurisprudência do TEDH na sua aplicação do artigo 6.º da CEDH ao direito de mera ordenação social, que o dever de decisão num prazo razoável e a responsabilidade pela sua violação se encontram estritamente ligadas ao processo, ao seu conteúdo e atividade das partes e não só à apreciação temporalmente quantitativa – Catarino, 2010: 748 ss. *Idem,* 1999: 3.

natório pelo órgão competente (artigo 213.º)[55]. Questão diversa e sobre a qual tivemos oportunidade de nos debruçar anteriormente, é *quando deve* a Administração declarar o início de um processo de contraordenação, pela verificação de forte indícios de práticas ilícitas, no âmbito de ação de supervisão em curso…

Estas medidas de constrangimento podem por isso ser aplicáveis de forma célere e com efeito útil, devendo ser posteriormente analisadas e alteradas ou revogadas consoante se verifiquem alterações nos factos que lhe deram origem ou cessem as circunstâncias (*causa*) que as fundamentaram, cumprindo-se assim os princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade (artigo 216.º-A RGIC).

3. Âmbito subjetivo da autorização administrativa: os titulares, os trabalhadores em funções essenciais e a funcionalização do órgão.

O ato de autorização depende do preenchimento de condições legais, e estão subjacentes à questão da idoneidade características pessoais. Veremos que os proponentes (sociedade, interessados e seus representantes) assumem conjuntamente com a "proposta de atividade" a fundamentação legal de *fitness and propriety* de tais indivíduos (artigo 17.º, n.º 1, alínea *b)*. É neste momento inicial que se coloca com maior acuidade a necessidade de eles fundamentarem e de justificarem os requisitos de idoneidade (e de adequação), dada a falta de informação detida pelo regulador.

As pessoas singulares objeto destes atos administrativos de autorização ou *key persons*[56] são pessoas que têm ou terão funções de responsabilidade na gestão, na superintendência e na administração de uma instituição ou empresa *licenciada* ou *autorizada* para atuar num *sector económico fortemente regulado*. Abrange os membros dos órgãos de administração e de fiscalização das instituições de crédito e de sociedades financeiras além de outras funções

55 Nesta matéria mantém-se uma porosidade regulatória com uma clara deferência judicial e doutrinária face aos poderes de investigação e sanção pela Administração independente que contrastam vivamente com o escrutínio a que têm estado sujeitos os órgãos de investigação criminal e o próprio Poder Judicial no âmbito do processo criminal –Maçãs, 2006: 31. A propósito do aprofundamento do estatuto do arguido e da aplicação dos princípios fundamentais dos processos sancionatórios a este ramo de Direito, Catarino, 2010: 343 e 441; *idem,* 2014:174 ss. e 197 ss.

56 A IOSCO considera aplicáveis as melhores práticas de avaliação de *fitness and propriety a outros agentes do Mercado e stakeholders para além das Key Persons – any person responsible for managing or overseeing, either alone or together with another responsible person, the activities of a licensed provider relating to the rendering of financial services,* http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD312.pdf (consultado em 5.4.2016).

que o legislador venha a prescrever no respeito pelo regime constitucional de restrição às restrições profissionais. As exigências de *fit and proper* têm, dissemo-lo já, um forte cunho prudencial pelo que a vontade administrativa se encontra balizada e funcionalizada: a deliberação de recusa de autorização só se pode fundar em factos objetivos de que decorra a existência de fortes indícios (*probable cause*) de uma falta de idoneidade, que trará uma probabilidade real de não assegurar no futuro e em permanência (*juízo de prognose*) as garantias de gestão sã e prudente das instituições de crédito (adequação), ou, de modo particular, de não ser apta a salvaguardar o sistema financeiro e os interesses dos respetivos clientes, depositantes, investidores e demais credores" (artigo 30.º, n.º 2). Porque as qualidades se devem manter durante todo o mandato, a instituição financeira e o interessado assumem deveres de verificação periódica da manutenção das qualidades legais exigidas, de comunicação e mesmo de denúncia e participação ao regulador de "indícios sérios de infrações a deveres" constantes do Regulamento 575/2013 (artigo 32.º).

A conjunção do fenómeno da globalização financeira e da concentração empresarial (horizontal ou vertical, ou por conglomerado) implicaram alargar o âmbito das pessoas coletivas cujos titulares de órgãos sociais são objeto de controlo: não necessita demonstração, por exemplo, que a insolvência de empresas que atuem como contrapartes centrais ou que giram sistemas de liquidação e compensação de operações de mercado, se traduzirá na criação de um "buraco negro" no sistema financeiro. A concentração económica postula uma necessidade (real) de desconcentração de competências, pela delegação de fortes responsabilidades de *governance* e de direção em níveis pessoais funcionais mais baixos da pirâmide hierárquica. A eficácia da desconcentração e a ética da responsabilidade individual implicam avaliar outras pessoas chamadas a "funções que lhe confiram influência significativa na gestão da instituição de crédito". São as funções relevantes ou essenciais (artigo 33.º-A) ou de "direção de topo" (artigo 3.º, n.º1/7 da *CRD IV*).

Comparando o atual regime jurídico da adequação com o normativo vigente no início do séc. XX, as exigências legais de *fitness and propriety* tendem a alargar-se a outras pessoas. A Diretiva *CRD IV* assumiu um forte intervencionismo na gestão das instituições de crédito tornou as funções de direção superior administrativamente *controladas* ou *supervisionadas* (artigos 33.º-A, n.ºs 4 a 5 e 32.º, n.º 4). Esta "chamada" à direção da instituição de outras pessoas para além das titulares de órgãos de administração e de fiscalização tem o seu expoente máximo num regime de corresponsabilização sancionatória, aparen-

temente objetiva (artigos 204.º e 226.º[57]). O legislador enumera como detendo funções essenciais para a salvaguarda do sistema e como tal sujeitos a avaliação e autorização, os responsáveis pelas áreas de *compliance*, de auditoria interna, de controlo e de gestão de riscos. Mas não só. Por um lado, através de norma legislada expressa, conforme aos princípios constitucionais e direitos fundamentais, o legislador ou o regulador legalmente habilitado podem alargar esta restrição a outros cargos cujos titulares "exerçam funções que lhes confiram influência significativa na gestão da instituição de crédito" (artigo 33.º-A, n.ºs 2, "in fine" e 6). A extensão do âmbito material (condições essenciais), e/ou o seu âmbito subjetivo (pessoas ou funções) poderá também decorrer de regulamentação interna da empresa, no âmbito da liberdade contratual, negocial e de organização interna (artigo 33.º-A, n.º 2, primeira parte).

A regulação do exercício da atividade profissional não se fica por aqui. Deve haver uma verificação pelos proponentes e pela administração reguladora de que da soma das competências individuais dos titulares de órgãos plurais resulta uma *unidade*, um colégio que no conjunto *também* garante uma gestão sã e prudente para *todas* as atividades e funções concretas da instituição (artigo 30.º, n.ºs 4 e 5). A avaliação da capacidade, aptidão ou conveniência é aferida perante a pessoa singular (é *pessoal*) mas também perante o órgão que vai integrar (é *funcionalizada*), *i.e.*, a aferição da idoneidade é pessoal, *necessária* mas não *suficiente* pois a final a adequação é *individual* e *coletiva*. A lei estatui que esta "deve ser acompanhada de uma apreciação coletiva do órgão, tendo em vista verificar se o próprio órgão, considerada a sua composição, reúne qualificação profissional e disponibilidades suficientes para cumprir as respetivas funções legais ou estatutárias em todas as áreas relevantes de atuação" – artigos 30.º, n.º 4 e 22.º, n.ºs 1, alínea *j)* e 2. O fenómeno de *cross fertilization* implica diversidade e criticidade dentro dos órgãos, e daí que deve ser objeto de análise a "idade, género, origem geográfica, habilitações e antecedentes profissionais (…) por forma a assegurar uma diversidade de opiniões e experiências" (*vd* Considerando n.º 60 da Diretiva 2013/36/EU).

57 Não cumpre desenvolver aqui esta vertente. Estes requisitos também se aplicam *à própria entidade que desenvolve atividades reguladas*. A sua condenação em processos-crime (de mercado, fiscal, patrimonial), em processos de contraordenação de que resulte a aplicação das denominadas sanções acessórias (publicidade, suspensão temporária de atividades), também poderão redundar a final no cancelamento da autorização – artigos 70.º, n.º 3 e 30.º, n.º 3 e *CRD IV*. Estaremos perante aquilo que se denomina de "revogação-sanção" (*infra*). Sobre a matéria administrativa sancionatória (contraordenações), os seus limites constitucionais, tipos de sanções e seus efeitos (incluindo a figura da revogação-sanção), Catarino, 2010: 557 ss. e 610 ss., e vasta bibliografia aí citada.

Do atual normativo resulta que um sujeito pode ser individualmente apto e idóneo para desempenhar funções numa instituição de crédito, mas o Banco de Portugal não o autorizar a desempenhar a profissão em função da qualificação ou competência especifica necessária ao colégio. A estes critérios técnicos e de *policy* devemos ainda acrescentar outros critérios de inclusão: *i)* políticos, como o que resulta da descriminação em favor de um género ("quotas" para "géneros sub-representados", artigo 30.º, n.º 6); sociais e laborais, e seguindo o paradigma alemão, da "representação dos trabalhadores no órgão de administração (…) uma vez que introduz uma perspetiva fundamental e um conhecimento autêntico do funcionamento interno da instituição" – considerando n.º 60 *supra* referido, artigo 91.º, n.º 13 da mesma Diretiva)[58].

Concluímos que as exigências legais de idoneidade "lato sensu" incidem sobre as pessoas singulares que têm funções de responsabilidade na gestão, na superintendência e na administração da empresa, e reflexamente sobre a própria instituição. São consideradas *key persons*: *i)* as pessoas titulares dos órgãos de administração e de fiscalização e de gerência de algumas sucursais (supra); *ii)* as pessoas que sejam "titulares de funções essenciais" ou de "direção de topo"; *iii)* o órgão colegial da instituição de crédito, enquanto conjunto de qualificações e competências necessárias e adequadas às atividades a prosseguir; *iv)* a instituição de crédito *autorizada* ou *licenciada* para atuar num *sector regulado*.

Parecerá estranho incluirmos na aferição da idoneidade de uma pessoa singular factos relacionados com a conduta das próprias instituições de crédito. É que a conduta desta última tem reflexos reais na apreciação da idoneidade das pessoas singulares: a prática de irregularidades graves ou a violação de leis e regulamentos pela instituição implica para os titulares dos seus órgãos a possibilidade da declaração de inidoneidade superveniente na instituição, ou a falta de idoneidade para futuras nomeações (artigos 22.º, n.º 1, alíneas *e)*, *h), j)* e *m), e)*, 30.º-A, n.ºs 6 e 8, 30.º-D, n.º 6 e 30.º-C).

Assim, a par da "funcionalização" do instituto, i.e., de a capacidade do sujeito individual estar dependente da aferição da idoneidade do coletivo (órgão), para fins comportamentais mas também para fins prudenciais, a lei assumiu

58 Também a Diretiva 2014/59 pugna pela informação e intervenção dos trabalhadores no âmbito da aplicação e tomada de medidas de resolução (artigo 10.º, n.º 7, *m)*, 34.º, n.º 5, 84.º, n.º 4, *b)*, normas que se enquadram no âmbito dos poderes-deveres da União de prossecução de políticas económicas e sociais de integração (artigos 7.º s TFUE e 27.º e 27.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia).

a total "reflexividade" do sistema ao estatuir que a conduta da instituição, por exemplo se foi objeto de uma ou mais sanções, também influi sobre a aptidão e idoneidade individual, atual e futura, dos próprios titulares dos órgãos.

VI. PROCEDIMENTO DE AVALIAÇÃO: DA AUTOAVALIAÇÃO À HETEROAVALIAÇÃO

Os atos de autorização administrativa fazem fé pública perante os demais reguladores: as pessoas a designar provaram *possuir* e *manter* os requisitos legais e demais códigos de conduta externos e internos (artigos 17.º, n.º2, 22.º, n.º 2, e 30.º-A, n.ºs 1 a 4). Mas o controlo da idoneidade, de experiência pessoal e profissional, tal como o de disponibilidade e de prevenção de conflito de interesses, deve ser efetuado num primeiro nível pelas próprias empresas interessadas de acordo com normas de política interna e com base na informação recebida e solicitada à pessoa a propor ao regulador (artigos 17.º, n.º 1, alínea *g)*, 30.º, n.º 6 e 30.º-A, n.º 3).

Desta forma reforçam-se os mecanismos de prevenção de risco nacional mas também a nível da União – o atual regime legal é direito comunitário harmonizado – pois o sistema de passaporte das empresas impõe que exista apenas "uma porta" para a entrada em todo o espaço da União (s*ingle entry point)*. O reforço do papel das instituições financeiras como *gatekeepers* do sistema bancário (e consequente responsabilidade pela nomeação e pela vigilância) reside num primeiro momento nas assembleias gerais e nos demais órgãos internos de nomeação (comités de nomeação, artigo 115.º-B), ou de vigilância (órgãos de fiscalização ou de *compliance*) e de controlo interno (de auditoria e/ou de risco), das instituições (artigos 30.º, n.º 1, 30.º-A n.º 5). É apenas neste sentido de *gatekeeper* que falamos em autoavaliação distinguindo a avaliação pela autoridade pública.

1. O procedimento de autoavaliação

A expressão de *gatekeeper* foi utilizada para os profissionais ou agentes privados que têm a possibilidade de *impedir* ou *interromper* uma conduta irregular mediante um diálogo com os agentes, uma noção que abrange auditores, consultores, advogados especializados no mercado de valores mobiliários, intermediários que prestam serviços a emitentes, analistas financeiros, agências ou sociedades de notação de risco (*rating*). Tradicionalmente, a expressão é utilizada latamente para abranger pessoas ou entidades com elevada reputação profissional adquirida no mercado ao longo de um espaço de tempo pelos

serviços prestados a muitos clientes, que asseguram ou garantem a objetividade de dados ou relatos por ele realizados, verificados ou certificados – fenómeno de *auctoritas* revertido em *imperium*" ou de partilha de autoridade e de responsabilidade entre a administração e sujeitos com um saber publicamente reconhecido e aceite[59].

O legislador comunitário obrigou os Estados-membros a conferir tais competências de controlo às próprias instituições financeiras (artigo 30.º-A, n.º 1). O regulador espera que as instituições tenham políticas internas de definição de aptidão, seleção e avaliação, e que no processo de candidatura de *Key Persons* a empresa proponente tenha aferido uma série de requisitos profissionais e de idoneidade: i) face às informações e às declarações do próprio (artigo 30.º-A, n.ºs 3 e 4); e, ii) face aos requisitos da sua política interna, *vg* no que respeita aos procedimentos internos de avaliação da adequação (artigos 30.º-A, n.º 2 e 30.º, n.º 6); iii) que o/s responsável/eis pela avaliação interna tenha/m atuado diligentemente certificando-se através de diplomas, entrevistas, obtenção de referências (artigo 30.º-A, n.º 2 e 115.º-B para o comité de nomeações); e iv) que tais informações constem do relatório final de avaliação a ser disponibilizado aos órgãos sociais e/ou apresentado à assembleia geral em caso de eleição, e ao Banco de Portugal para instrução do pedido de autorização (artigos 30.º-A, n.ºs 5).

Não esquecemos que esta avaliação prévia (*due and diligent enquiries*) pode ser custosa para o regulado (no sentido de *time consuming*) mas compete-lhe fazer prova dos requisitos que fundamentem a idoneidade dos candidatos devendo os interessados fornecer e manter-se disponíveis para as informações complementares necessárias à avaliação (artigos 30.º-A, n.ºs 4, 7 e 9 e 30.º-B, n.ºs 1 a 6)[60].

---

59 Catarino, 2010: 269. O termo *gatekeeper* implica um fenómeno da partilha de responsabilidades do regulador com entidades privadas ou com profissionais do sector (muito mais poderíamos citar, desde sociedades gestoras de mercados, ou de sistemas de liquidação e de compensação), cuja reputação confere uma especial credibilidade a atos ou factos (auditores, contabilistas, empresas de notação de risco, advogados especializados em *corporate governance*) – neste sentido, Kraakman, 1984: 857. Também é vulgarmente utilizado para designar uma qualquer pessoa ou entidade que presta uma atividade ou serviço ou certificação necessários para que uma empresa proceda a uma operação ou transação – Coffee, *in* Hopt *et al.* 2006: 605 –, que demonstra como, perante o sucedido no mercado norte-americano após 2000 (escândalos iniciados com o caso ENRON) ou 2007 (crise do *subprime* no mercado hipotecário), o capital em que se traduz tal reputação tem sido vendido a um preço baixo...

60 Neste sentido temos as orientações do Banco de Portugal relativamente ao controlo de idoneidade dos membros dor órgãos de administração e fiscalização ("Adequação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização e dos titulares de funções essenciais"), in https://www.bportugal.pt/pt-PT/Supervisao/SupervisaoPrudencial/Paginas/Controlo-de-idoneidade.aspx (consultado em 5.4.2016).

A autoavaliação faz-se através da verificação, pela instituição, da existência de capacidade e experiência suficientes para o candidato desempenhar um determinado cargo, atendendo à sua complexidade perante as atividades desenvolvidas pela instituição e meio em que as desenvolverá. Perante a insuficiência de requisitos de adequação a resposta não é necessariamente a não nomeação ou afastamento do candidato, pois existem opções legais: pode por exemplo a empresa dispor de um espaço de tempo adequado para que o nomeado venha suprir um *deficit* de experiência em concreto; ou, pode proceder o regulador a uma audição ou outro meio de prova direta com o interessado (*cfr*. artigos 20.º, n.º 2, 30.º-A, n.º 6, e 117.º ss. CPA – *vd* o caso particular do registo de analistas financeiros e consultores para investimento contantes da regulação CMVM)[61].

A empresa deve manter atualizada esta sua política interna e proceder a reavaliações periódicas dos seus membros e do coletivo (órgão) face aos requisitos legais (artigo 30.º, n.º 2, 30.º-A, n.ºs 7-8). A verificação de factos novos (por recentes ou anteriormente desconhecidos) que possam colocar em causa o juízo inicial, deve ser feita perante as concretas orientações internas das empresas, de entre as quais deve existir a necessidade de comunicação pelo interessado de factos relevantes (artigo 30.º-A, n.º 4), ou pelos responsáveis pela vigilância (artigo 115.º-B), e sua comunicação às autoridades de supervisão (artigo 30.º-A, n.º 9).

2. O procedimento de heteroavaliação

A autoavaliação pela instituição não afasta a heteroavaliação pela qual apenas o regulador é responsável. Uma prova positiva da verificação das condições legais decorrente da autoavaliação não afasta nem diminui a necessidade de o regulador proceder de uma forma diligente à sua própria avaliação no momento da autorização e/ou do registo (artigos 14.º, 20.º, 30.º, 30.º-A, n.º 3). É verdade que as normas jurídicas externas e apriorísticas traduzidas em regras e princípios jurídicos, tal como as recomendações e orientações (*soft law*), são previamente conhecidas dos agentes que operam no mercado e do público interessado. O *full disclosure* dos requisitos e das informações necessárias e relevantes é essencial à boa administração, à proteção da confiança

61 O Regulamento CMVM n.º 2/2007 foi alterado em 2010, passando a exigir-se forte requisitos académicos (CFA, certificado de curso reconhecido pela EFFA – *cfr.* artigo 10.º). Atentos os princípios jurídicos de proteção da confiança, o regulador estatuiu então um prazo para que os candidatos que desempenhassem o cargo À época da entrada em vigor mantivessem, mas para aqueles que iniciassem durante o vasto período de *vacatio legis* criado, deveriam possuir as habilitações académicas necessárias num prazo máximo de 4 anos).

dos interessados e à celeridade dos procedimentos (artigos 17.º, n.º1 e n.º 6, 20.º, n.º 1, alínea *b)* e n.º 2). Mas esta heteroavaliação é um momento único de controlo, desde logo pela independência, isenção e imparcialidade que deve acompanhar a análise do relatório de avaliação da instituição, os documentos oficiais e informais juntos ao processo, as eventuais entrevistas pessoais. Existe uma *tool box* de competências muito forte, meios para coordenação e troca de informação com outros reguladores, nacionais ou internacionais, através dos quais o regulador deve obter a informação relativa ao desempenho pelo interessado, vg em cargos em empresas não financeiras que tenham influência significativa em empresas reguladas.

O legislador conferiu também ao regulador uma "válvula de escape" procedimental que permite o pedido fundamentado de quaisquer outras informações pessoais ou profissionais que entenda relevantes para formular o juízo de probidade e adequação (*cfr*. artigo 17.º, n.º 6 RGIC e 299.º, alínea *d)* do CodVM, e consequente aplicação dos artigos 89.º ou 104.º CPA).

É sumamente importante a coordenação administrativa no exercício da atividade reguladora pelas diversas entidades nacionais (*cfr*. artigos 29.º-A e B, 30.º-B, n.ºs 10 e 11, 30.º-D, n.º 7, 37.º, n.º 3, 81.º), com os reguladores sedeados em Estados-membros diferentes (artigos 18.º, 22.º, n.º 3, 23.º, 82.º, 118.º), e com as autoridades da União Europeia que concentram informação relevante sobre as empresas e os titulares de órgãos sociais (artigos 16.º, 22.º, n.º 3, 23.º, n.º 2, 30.º, n.º 7, 30.º-D, n.º 8, 81.º, n.ºs 2-4).

A cooperação e troca de informação é necessária à supervisão contínua (artigo 93.º), embora no caso dos conglomerados exista uma dificuldade real em fiscalizar a adequação de quem desempenha em empresas não reguladas cargos funcionalmente importantes para as instituições de crédito, sobretudo se se tratar de empresas estrangeiras e de Estados pouco cooperantes. Tal não exime o regulador de procurar obter informação junto do regulador que possa ter tido previamente uma relação ou avaliação da pessoa em causa, sendo certo que as relações de supervisão constituídas no âmbito de nova regulação sobre empresas não financeiras favorecem a obtenção e troca de informação. Pensamos na denominada regulamentação EMIR, de *European Market Infrastructure Regulation* que traduz a regulação e supervisão da negociação de contratos de derivados em mercado de balcão ou OTC por contrapartes financeiras e não financeiras[62].

62 A *European Market Infrastructure Regulation* reporta-se à regulação do mercado de contratos de derivados negociados em mercado de balcão mas também às contrapartes centrais e aos repositórios de

Assiste-se a um movimento em que as autoridades comunitárias de regulação como a EBA e a ESMA centralizam, tratam e disponibilizam informação sobre a vida – e até sobre as sanções – de cada pessoa ou instituição (artigos 16.º, 20.º, 69.º da Diretiva 2013/36/UE), bastando ao regulador a prova das diligências encetadas para afastar uma eventual responsabilidade por omissão.

O momento de heteroavaliação é também importante pela fé e força pública de que a Administração independente se encontra dotada: as pessoas já autorizadas por idóneas por outros reguladores do sector financeiro dispensa, por regra, nova apreciação (artigo 30.º-D, n.º9).

Estes procedimentos de avaliação são diversos, e mesmo que a instituição conclua num relatório de reavaliação que uma pessoa deixou de ter idoneidade para o cargo tal não determina a sua suspensão ou substituição pela sociedade enquanto o Banco de Portugal mantiver a autorização – embora tenha o dever de o informar de imediato (artigo 30.º-A, n.ºs 6 e 9). Do mesmo modo, a demonstração positiva de factos que qualifiquem como idóneo e adequado um interessado não impede o regulador de rejeitar a nomeação – embora tal implique uma fundamentação particularmente exaustiva quanto às circunstâncias factuais e jurídicas que determinam este ato negativo face à informação e relatório apresentado pela empresa, com a prévia audição dos interessados e respetivo contraditório (e o mesmo sucederá nos casos em que entenda verificar-se falta ou perda de idoneidade superveniente, artigos 114.º, 121.º-125.º, 152.º-153.º CPA e 268.º CRP).

VII. O CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO "IDONEIDADE". A ESSENCIALIDADE DA "NORMA-PADRÃO" DE COMPORTAMENTO PERANTE AS "NORMAS-TRAVÃO" DOS "ÍNDICES EXEMPLIFICATIVOS" (O *UNDUE PROCESS OF LAW*)

Mas em que se traduz esta idoneidade? Materialmente, uma *fit and proper person* é alguém que detém reconhecidamente experiência profissional, competência e disponibilidade para o cargo em causa, uma situação financeira estável, e uma superior reputação, honestidade e comportamento ético pessoal reconhecido "inter pares".

---

dados sobre transações, vertida no Regulamento (UE) n.º 648/1012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012. Alterado entretanto, a legislação atualizada e respetivas normas técnicas encontra-se disponível em http://ec.europa.eu/finance/financial-markets/derivatives/index_en.htm (consultado em 5.4.2016).

Estamos perante um conceito jurídico indeterminado ("idoneidade, que dê garantias de gestão sã e prudente" – artigo 30.º do RGICSF), que tem de ter no seu preenchimento factual todas as variáveis referidas *infra*. Inexiste jurisprudência que permita densificar o conceito, e a "praxis" administrativa dos casos concretos encontra-se encoberta pelo dever de sigilo profissional e de segredo bancário. A matéria de facto é essencial à formulação de um juízo (e à tutela judicial efetiva) quanto à pessoa, quanto à empresa e quanto ao cargo a exercer em concreto Como preencher em concreto o conceito indeterminado perante o vasto normativo legal?

Até à alteração do artigo 30.º do RGIC ("Idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização") pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro de 2014, a aferição da idoneidade era feita com base num *padrão de comportamento* descrito no n.º 2 (vertidas no n.º 1 do atual artigo 30.º-D). Na apreciação de uma idoneidade que dá garantias de uma gestão sã ou prudente devia ter-se em conta "o modo como a pessoa gere habitualmente os negócios ou exerce a profissão em especial nos aspetos que revelem incapacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa, ou tendência para não cumprir pontualmente as suas obrigações ou para ter comportamentos incompatíveis com a preservação da confiança no mercado".

Este *padrão de comportamento* habilitava o aplicador a preencher um conceito jurídico indeterminado. O legislador enumerou circunstâncias exemplificativas que podemos designar por "índices de inidoneidade de comportamento", que se encontravam contidos numa tipicidade enunciativa de factos que permitiam ao aplicador formular mais facilmente um juízo prospetivo (n.º 3). O juízo de inidoneidade traduzia a aplicação do princípio da precaução *supra* referido: face a uma conduta pessoal e profissional anterior que por habitual ou reiterada, denotava características que formavam um *padrão* ("tendências", "circunstâncias" ou "incapacidades"), pontuado por um usual incumprimento "pontual" de obrigações ou decisões imponderadas ou não criteriosas ("indícios"), o regulador inferia uma *forte probabilidade* de gestão imprudente ou malsã ("presunção de falta de "garantia"), que contrariava a necessária Confiança.

Mas o *padrão* sobrepõe-se sempre aos "indícios" de *presumida* falta de idoneidade decorrente de *factos objetivos* vertidos no n.º 3 (*vg*. condenações por crimes comuns ou económicos); apesar dos mesmos poderia a autoridade entender que a pessoa cumpria com o padrão necessário ao preenchimento da cláusula geral ("gestão sã e prudente"). Isto é: o padrão de boa conduta não era

afastado pela aplicação, ou mera enunciação, dos factos objetivos enumerados como "circunstâncias atendíveis" para indiciar falta de idoneidade[63]".

Permitia-se ponderar o preenchimento e a fundamentação (necessária) do conceito jurídico indeterminado de idoneidade, no confronto entre bens constitucionalmente protegidos, dando ao aplicador e ao julgador uma enumeração *enunciativa* de índices. Estes índices legais baseavam-se em decisões judiciais desfavoráveis ao interessado mas a sua existência não determinava automaticamente a falta de idoneidade. A necessidade de os conjugar com as finalidades de prevenção no âmbito da supervisão prudencial afastando a automaticidade da consequência seria vertida no n.º 6 do atual artigo 30.º-D, para a avaliação inicial e para a avaliação subsequente[64].

A jurisprudência entendia ser de exigir uma condenação judicial, por regra transitada em julgado, para a declaração de inidoneidade não violar os princípios da presunção de inocência, *in dubio pro reo* e proporcionalidade (artigos 32.º, n.º2, 18.º e 266.º, n.º 2 CRP e 7.º-8.º CPA) [65].

Porque a enumeração não era esgotante ou taxativa (estatuía a norma "entre outras circunstâncias atendíveis"), a jurisprudência aceitava outros índices ou circunstâncias desde que pudessem "revestir uma gravidade análoga". A ênfase era dada à existência de outras situações de condenação em processos judiciais[66], porque as circunstâncias ou índices elencados pelo legislador enunciavam situações que pressupunham um grau de certeza que se não compagina com meras dúvidas, suspeitas ou "dúvidas razoáveis". Mas a condenação judicial *necessária* podia não ser *suficiente*: o Banco de Portugal está vinculado

63 Catarino, 2010, 630.

64 No sentido da automaticidade, o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa decidiu no Processo n.º 197/02 que "verificada uma condenação por tais crimes, terá o Banco de Portugal de considerar imediatamente prejudicadas as condições de gestão sã e prudente da instituição em causa, com base num critério negativo de idoneidade diretamente estabelecido pelo legislador e, portanto, sem margem para outras apreciações."

65 "O princípio de prevenção de riscos ou preservação da confiança do mercado não é um princípio fundamental, enquanto o princípio da presunção de inocência constitui uma garantia constitucional do Estado Social e Democrático de Direito, inserindo-se na categoria dos Direitos, Liberdades e Garantias", Acórdão do STA de 3 de maio de 2005, processo 010009/04.

66 Segundo o STA, as situações análogas serão necessariamente factos, circunstâncias ou índices que possam firmar um juízo de inidoneidade por razões essencialmente semelhantes às escolhidas pelo legislador. E o indicador comum seria a existência de decisões judiciais condenatórias transitadas em julgado, embora no artigo 30.º as decisões administrativas ou judiciais condenatórias pela violação de regras que regem o sector económico-financeiro em causa ou as *leges artis* não fossem pelo legislador equiparadas às demais decisões judiciais. No mesmo sentido o Acórdão do TCAS de 26 de abril de 2012, 2.º Juízo, Proc. 03836/08.

ao *padrão* e não aos *índices*. Na realidade, uma condenação não pode acarretar como consequência ou sanção automática uma *capitis deminutio* ou uma espécie de morte profissional num determinado sector de atividade (artigos 34.º e 47.º da Constituição). E perante o ex-artigo 30.º também as decisões administrativas condenatórias de pessoas singulares pela violação de regras que regem o sector económico-financeiro ou as *leges artis* não eram equiparadas às decisões judiciais exigindo-se uma decisão transitada – por maioria de razão, podemos dizer o mesmo de uma condenação administrativa sancionatória.

A aferição da idoneidade deve ser feita numa base casuística, atenta a gravidade do ilícito o comportamento posterior, a reiteração, a reabilitação e o tempo já decorrido[67]. O n.º 6 do artigo 30.º-D vem manter em letra de lei esta orientação.

Na autorização do exercício de profissão de uma pessoa em concreto também "não está (nem pode estar) em questão um interesse próprio do regulador que conflitue e se sobreponha ao do interessado. Não podem estes procedimentos prévios vir a ser utilizados de forma deturpada como pretensão informalmente sancionatória (definitiva ou "cautelar"), proibindo ou banindo do meio profissional uma pessoa singular (sanção "encapotada" na *recusa de autorização*). Também não podem ser utilizados como um sucedâneo da condenação judicial, à míngua da possibilidade de um resultado condenatório (porque se encontra pendente uma investigação) ou de uma decisão final (porque uma decisão administrativa condenatória se encontra em recurso, ou porque a AAI não conseguiu prova ou decisão em anterior processo de investigação ou sancionatório, ou mesmo para suprir a prescrição da responsabilidade). Não é igualmente aceitável que se afirme que "a recusa ou cancelamento do registo não se baseia numa afirmação negativa da idoneidade de certa pessoa, que a lei não exige, mas sim na falta de garantias positivas suficientes da idoneidade por ela oferecidas. Tal significaria que uma simples dúvida fundada constitui motivo legal de recusa ou cancelamento"[68].

---

67 Neste sentido, vd *The Fit and Proper test for Approved Persons* (FIT) da FCA, relativo aos requisitos de *fitness* e *propriety,* disponível in http://www.fca.org.uk/firms/being-regulated/approved/approved-persons/fitness (consultado em 5.4.2016),

68 Afastando qualquer consideração sobre a diferença entre risco e perigo, e avaliação *a priori* e a investigação a posteriori, o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, em 9 de junho de 2009, no Proc. 197/02, perante uma investigação em curso pela CMVM por alegada participação num crime de abuso de informação, também decidiu ser aceitável e "normal" uma dupla relevância dos mesmos factos no plano criminal e no plano administrativo. Para além de se levantarem os cada vez mais relevantes problemas

O atual regime manteve o caminho hermenêutico anterior mas é legalmente muito mais poroso e difuso (*fuzzy legality*), e não deve ser visto como uma "extensão" de um anterior estatuto de "indiciado", arguido ou condenado imprescritível[69]. "Há que ver em cada momento o enquadramento da providência da Administração em termos normativos (…) ontológico e teleológico (…) assim se aferindo da sua verdadeira natureza. (…); é perigosa a utilização frequente deste mecanismo prévio de recusa de autorização simplesmente por virtude da prática de um ilícito anterior num juízo de censura que liberta a Administração da aplicação de princípios e garantias do procedimento sancionatório, o mesmo pode suceder em casos de cancelamento e revogação. O grau de Certeza e Segurança conferido por uma decisão judicial de condenação para interditar ou inibir a entrada na profissão (e a enumeração do artigo 30.º RGIC assenta neste grau de certeza) não pode ser substituído na interdição ou inibição *a posteriori* pela mera convicção da Administração ou uma sua suspeita ou dúvida da prática de atos ilícitos ou irregulares (que sempre tem de provar (…)"[70].

E na realidade a atuação administrativa *a priori* (aquando da autorização) ou *a posteriori* (cancelamento de autorizações e necessariamente dos respetivos registos, por factos supervenientes) não podem funcionar materialmente como uma nova sanção ou um forma de sanção perpétua, nem como "mera execução de decisões penais[71]", nem sequer ser uma espécie de segunda via (ou *second best*) da ação sancionatória perante a falta de prova para acusação ou condenação. O atual articulado legal (art 30.º-D, n.ºs 3, 5 e 6) criou um "lençol" normativo desordenado e difuso, em parte decorrente da Diretiva *CRD IV* mas em grande parte devido às Orientações vindas da EBA[72], e às Instruções

---

de *bis in idem* (Catarino, 2010: 732 ss), a ordem jurídica não pode ter duas decisões judiciais definitivas opostas sobre os mesmos factos e realidades.

69 "Uma doutrina da neo-retribuição que tenha como eixo central a memória, como elemento de reencontro necessário do "eu" (que é "nós") consigo – e por isso a pena não é a pura manifestação de um mal, mas um bem porque necessária (enquanto pedaço de memória, enquanto chamamento e olhar para factos passados) ao livre desenvolvimento da personalidade – (...) pode e deve, perfeitamente, aceitar o esquecimento como uma outra dimensão inescapável das nossas relações com o passado" – Faria Costa, 2003: 1159.

70 Catarino, 2010; 630 ss e 719 ss.

71 Nas palavras do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, de 9 de junho de 2009, Proc. 197/02.

72 As orientações versam verdadeiramente sobre a apreciação das qualidades éticas, morais, cívicas da pessoa avaliada, numa análise profissional mas também pessoal. Na realidade as Orientações da EBA vão bem mais longe, e para além de estas Orientações elencarem atos e factos que o legislador nacional verteu em letra de lei, "são particularmente tidos em conta" como sendo "suscetíveis de levantar dúvidas sobre a

e Circulares do Banco de Portugal[73]. O aplicador do direito deverá tomar em conta não apenas decisões condenatórias, administrativas ou judiciais, transitadas em julgado ou não (n.ºs 3, 5 e 6), mas também a existência de uma mera acusação ou de uma pronúncia (n.º5, alíneas *b)*, *c)* e n.º 4, *g)*. Num grau de legalidade ainda mais difusa temos de atender também aos meros "indícios" de possíveis ilícitos ou de falta de diligência na relação com o regulador, ou de "atos", "factos" ou "razões" que tenham relação de pessoalidade ou de causalidade com outras decisões judiciais (artigo 30.º-D, n.º 3, alíneas *a)*, *c)*, *e)*, *h)* n.º 5, alíneas *d)*, *e)* e *f)*.

As Orientações da EBA no quadro do Sistema Europeu de Supervisão Financeira, atualmente em fase de revisão, foram bem mais longe do que as normas nacionais e comunitárias. A sua origem é claramente a prática anglo-americana e designadamente o "Fit and Proper test for Approved Persons" constante do Handbook aprovado pela FSA em janeiro de 2004. Inclui a ponderação dos factos subjacentes a investigações sancionatórias "relevantes", "passadas" ou em curso … mas não explica se se distinguem os factos apurados e ainda em sede de supervisão! Claro que perante um indivíduo acusado ou sob investigação, se tal estatuto for público – sem violação pelo regulador do segredo de Justiça –, deverá o próprio ou a empresa inibir-se da nomeação sob pena de sanções jurídicas e sociais (*naming and shaming*). Mas estas normas (e por maioria de razão os instrumentos de *soft law*[74]) nunca poderão ser utilizadas como um *undue processo of law* que permite punir atos ou sancionar culpas individuais ou perpetuar sanções temporárias. De outra forma estaríamos a

---

idoneidade de um membro", incluem-se as meras "investigações relevantes, presentes ou passadas, e/ou medidas coercivas" no âmbito das disposições que regem a matéria bancária, seguradora e de intermediação de valores mobiliários ou "quaisquer outras entidades reguladoras ou profissionais" (Ponto 13.5 das Orientações). Não entramos aqui na questão da força quase-normativa de tais Orientações criadas pela Autoridade ao abrigo do artigo 16.º do Regulamento (UE) n.º 1093/2010 supra citado.

73 A Instrução do BdP sobre registo de membros dos órgãos de administração e de fiscalização, (Instrução n.º 30/2010 e a atual Instrução 12/2015, bem como a Carta Circular n.º 2/2015/DSP sobre política interna de seleção e de avaliação dos membros dos órgãos sociais e titulares de funções essenciais – para além das regras e orientações relativas a *governance*) tem anexo um questionário em que as questões de idoneidade são colocadas sobremaneira em processos em que o interessado foi condenado (cíveis, criminais, contraordenacionais, disciplinares), ou procedimentos em que foi arguido ou que se encontrem em curso (incluindo processos por alegada violação de normas relativas ao exercício da profissão, da atividade comercial ou de atividades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal da CMVM ou da ASFP) https://www.bportugal.pt/pt-PT/Supervisao/SupervisaoPrudencial/Paginas/Controlo-de-idoneidade.aspx (consultado em 5.4.2016).

74 Acerca da transformação desta *soft law* da "autoridades" europeias em *hoft law*, normas com efeitos externos e *hard* pela sanção pelo não cumprimento, Catarino, 2012: 169.

substituir o grau de Certeza na ordem jurídica decorrente "de uma decisão judicial de condenação, por uma mera convicção, suspeita ou dúvida razoável de um órgão administrativo, sob pena de violação do princípio da separação de poderes ínsito no artigo 2.º da Constituição"[75].

A interpretação errada deste normativo levará à criação de uma relação de supremacia ou de sujeição especial dos indivíduos face à administração, relação de sujeição a que é tradicionalmente associada como natural a compressão ou supressão de direitos, liberdades e garantias fundamentais[76]. A assunção de um *padrão de conduta* negativo decorrente de meros indícios ou suspeitas sobre uma pessoa traduziria uma espécie de "pecado original" da pessoa que Hobbes não desdenharia na sua conceção social e organizativa do Leviatã. Ademais, converteria a autorização, enquanto remoção de limites ao exercício de direitos pré-existentes, em verdadeira licença enquanto pura atribuição de direitos. Finalmente, assim se reforçaria o poder público de supervisão pois tais poderes discricionários dificilmente seriam sindicáveis.

É compreensível esta desconfiança no "Homo oeconomicus" e a pretensa assunção ou reconhecimento legal de uma sociedade pós-Humanista, individualista e utilitarista, que promoveu um *Homo homini lupus* que na luta e competição pelo *dever ter* esquece o *dever ser* recorrendo a práticas desonestas. As normas jurídicas seriam a mera proteção de um ecossistema. Mas ao assumir esta finalidade a regulamentação pública tornar-se-ia perversa pois protegeria a alcateia e os interesses já estabelecidos em detrimento da sã concorrência, da liberdade de iniciativa e de empresa, da atomicidade e da renovação.

Para evitar esta armadilha e possíveis inconstitucionalidades, o legislador guiou-se pelos princípios da necessidade, da proporcionalidade e da adequação e criou um sistema de "pesos e de contra-pesos". Como? Criou "normas-travão" nos n.ºs 2, 4 e 6 do artigo 30.º-D. Tendo em conta os inumeráveis atos, factos, indícios e circunstâncias enunciados na lei e desenvolvidos em *soft law*, estas normas-travão são um segundo estádio de valoração e de afastamento de qualquer "juízo automático" do intérprete, que levará igualmente a comple(men)tar o "critério-padrão de idoneidade" vertido no n.º 1 do artigo 30.º-D. Assim,

---

75 Nas palavras do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa de 9 de Junho de 2009, Proc. 197/02, "Ainda que se aproximasse o princípio da preservação da confiança do mercado do interesse público, aquele princípio não pode justificar o sacrifício ou compressão de direitos do cidadão tão fundamentais quanto o princípio da presunção de inocência".

76 No sentido de que estamos perante poderes vinculados os já referidos Acórdãos do STA de 3 de maio de 2005, Proc. 010009/04, e do TCAS de 26 de abril de 2012, 2.º Juízo, Proc. 03836/08.

há que verificar o impacto do tempo decorrido desde as circunstâncias ou atos em causa, a sua gravidade e também a eventual repercussão sobre a reputação de uma empresa, a conduta posterior da pessoa e, *inter alia*, se houve práticas que demonstrem reabilitação – nos casos de condenação – ou de explicação de circunstâncias explicativas nos casos de investigação. Sempre com o necessário contraditório, vg audição e apreciação das explicações da pessoa em questão.

Neste percurso hermenêutico tortuoso, o intérprete/aplicador deve guiar-se pelos princípios constitucionais da proporcionalidade e da restrição das restrições, e ainda pelos princípios da igualdade e da não discriminação de tratamento (imparcialidade, razoabilidade, Justiça e isenção), para que a valoração e consequente juízo de prognose póstuma da norma-padrão não redunde num desvio de poder. Se os próprios índices legais de ponderação da falta de idoneidade visam apenas formar uma convicção sem afastar "ab initio" o "comportamento padrão" que completa o conceito indeterminado (idoneidade, para uma boa e sã gestão), muito menos se poderá basear uma recusa numa mera subjetividade. Pensamos nos casos em que esta se baseie na mera existência de "indícios" ou em que, "no final do processo de avaliação, e considerando todos os elementos recolhidos, subsista uma dúvida, objetivamente fundada, sobre essa mesma idoneidade"[77]. Conforme referido *supra*, não se pode exigir uma prova que afaste todo o risco mas uma prova que o diminua para o risco aceitável, de uma forma discricionária e não arbitrária, juridicamente sindicável junto dos Tribunais das liberdades e garantias.

O reforço dos poderes intrusivos, ablatórios e de restrição do Banco de Portugal tem como contrapartida o ónus da prova. Aos interessados não cabe a diabólica prova positiva de que são idóneos, mas a junção de todas as informações e documentos necessários para uma decisão administrativa justa, imparcial e de boa-fé. Como sucede sempre que se atua sob o manto diáfano do *princípio da precaução*, fundando-se o ato num juízo de prognose potencialmente conflituante com direitos fundamentais, a sua fundamentação tem de assentar em *critérios de natureza objetiva* (prognose póstuma objetiva). A gravidade, reiteração ou habitualidade de atos, razões ou indícios fundarão uma forte probabilidade de inidoneidade (i.e., uma falta objetiva de garantia de gestão

77 Neste sentido vai o Livro Branco do Banco de Portugal sobre a regulação e supervisão do setor financeiro, publicitado em maio de 2016, e disponível in http://www.bportugal.pt/pt-PT/PublicacoeseIntervencoes/Banco/OutrasPublicacoes/Documents/LivroBranco2016.pdf (consultado em 5.4.2016).

sã e prudente segundo as melhores práticas). Só assim a garantia da gestão sã e prudente pode ser ponderada sob as vestes da imparcialidade pública:

i) Imparcialidade subjetiva, enquanto " poder-dever de não prejudicar ou privilegiar um administrado e de atuar através de uma justa, ponderada e proporcionada ponderação dos interesses em presença. Uma decisão não é meramente um ato de conhecimento (*fact-finding*), mas também um processo de personalidade e formação de vontade (sobre factos ou sobre aplicação de norma) pelo que, tal como no âmbito jurisdicional, deve estar o mais possível afastado o erro sobre a realidade ou qualquer interferência de circunstâncias exteriores", e
ii) Imparcialidade material, pois "num sentido *material* a imparcialidade decorre da independência *objetiva* de atuação do regulador enquanto "parte imparcial". Faz-se apelo às suas funções e organização específicas, e ao sistema de garantias criado para garantir o afastamento de toda a dúvida legítima sobre a imparcialidade através da *função* e *procedimento*. Já não se tem em vista afastar um "pré-juízo" mas um "pré-julgamento" dos reguladores independentes"[78].

Finalmente, não esqueçamos que a Certeza e a Segurança continuam a ser princípios fundamentais do Direito, com especial enfoque nos fins de controlo e garantia nas relações da Administração com os administrados. Sendo essencial o cumprimento do bloco de constitucionalidade perante a porosidade normativa e os conceitos difusos, a aplicação nacional do normativo e sua importância no âmbito da União (pelo *single entry point* autorizatório e pela procura de um *level playing field*) determinam que a par das orientações que densificam os conceitos e uniformizam os critérios de decisão seja publicitada pelo regulador a *policy* regulatória.

A proteção da Confiança dos regulados também serão reforçadas se se proceder com transparência e tal implica *full disclosure* das decisões administrativas concretas sobre idoneidade – salvaguardando os direitos ao bom nome e à privacidade dos visados quando não estejamos perante atos sancionatórios complementares ou acessórios e sujeitos à sanção de publicitação necessária. Esta política de transparência constitui também um meio de afirmar a inde-

78 Catarino, 2009: 308 ss. (para "independência" administrativa) e 318 ss. (para uma análise dos conceitos de imparcialidade resolutória, imparcialidade subjetiva e imparcialidade material).

pendência e a imparcialidade e de afastar quaisquer alegações futuras de discriminação, de falta de imparcialidade ou de independência dos reguladores na comparação da aplicação de medidas diversas a pessoas com idênticas funções numa mesma empresa ou grupo, reforçando a *Auctoritas* necessária ao regulador.

CONCLUSÃO: QUE CONCLUSÕES RETIRAR SOBRE A IDONEIDADE E SEU REGIME?

A necessária idoneidade ou probidade pessoal para o exercício de uma profissão não é um requisito pós-moderno, sendo de há muito conhecido do nosso direito societário. Ter "a idoneidade necessária" é possuir conhecimento, competência e experiência suficientes para as funções a desempenhar em concreto, fazendo simultaneamente apelo a uma conduta moralmente acertada de adesão continuada ao respeito pelos compromissos assumidos, seja por contrato, seja por regras de conduta ou por códigos éticos internos de uma instituição. Paredes meias com a integridade, a probidade pressupõe também uma conduta conforme os padrões de cooperação e informação com quem se estabelece uma relação jurídica de subordinação ou de supervisão, superiores hierárquicos ou reguladores públicos.

As sucessivas alterações ao regime das idoneidades efetuadas no Regime Geral não simplificaram o quadro em que se move o regulador bancário. A reação epidérmica em que se traduziu o Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro (influenciado pelo princípio de que "onde não há ética todos falam de ética) ", criou um regime de forte controlo administrativo da "adequação" pessoal. Existe no entanto uma forte desproporção entre as normas que regulam as questões de "idoneidade", e as normas sobre "qualificação profissional", "independência", "disponibilidade" e muito em particular sobre "conflito de interesses". A falta de proporcionalidade do regime talvez decorra do facto de o problema essencial da independência pessoal, profissional e de espírito tentar ser prosseguido e solucionado por poderes *hard* baseados uma norma etérea, vaga e indeterminada ("idoneidade") que parece convocar a Ética, a Moral e a Conduta Social ("habitualidade").

À falta de definições o legislador optou por recorrer a uma norma-padrão que constitui uma cláusula aberta para cuja aplicação utiliza uma enumeração de índices, factos, atos e circunstâncias que possibilitem fundar juízos de *probabilidade* ou de *prognose* sobre comportamentos individuais que garantam uma gestão sã e prudente de empresas. Existem requisitos *objetivos* que se prendem com a natureza e complexidade do cargo a exercer, com o tipo de entidade

em causa e com as atividades para as quais a pessoa é nomeada. Os requisitos *subjetivos* respeitam à experiência própria, aos conhecimentos, à integridade e honestidade do próprio na sua conduta própria e com os outros (e, sendo o caso, com os reguladores). Não é um apelo à averiguação das convicções internas da pessoa ou à sua formação mas à forma como se conduz e comporta, à sua prática ou habitualidade – à exteriorização da Ética individual perante a observância das regras da Moral. O primeiro controlo de tais requisitos deve ser feito pela empresa face à sua cultura interna, aos seus objetivos e à função a desempenhar, às competências inerentes ao posto ou estatuto na empresa e na hierarquia. São de há muito elementos essenciais a que todo o ser humano se enquadre num espaço que será a maior parte da sua vida, aí se realize pessoal e profissionalmente e possa prosseguir o interesse da empresa. O cumprimento de tais requisitos pressupõe a existência de órgãos, internos e externos, com competência para a sua orientação e controlo, a definição de regras internas de conteúdos claros e de linhas de reporte e cooperação e cadeias de controlo interno. Estas regras devem estar vertidas em *procedimentos e políticas internas* de definição de funções e de avaliação de perfis, bem como de regras de *corporate governance*[79]. É sabido que um importante fator preventivo da prática de atos irregulares ou ilegais decorre da possibilidade de responsabilização direta de *senior managers*, e tal pode ser facilitado pela definição de relações funcionais na estrutura interna.

Tais políticas internas, que deverão ser alargadas a requisitos de *governance* e que poderão ser completadas através de elementos relativos a conflitos de interesses, deverão abranger também cargos de senioridade e funções essenciais ou críticas objeto de explicitação e de revisão contínua (responsáveis pelo controlo de risco, pelo *compliance*, pelo controlo e auditoria interna, pelo controlo financeiro, pela prevenção e luta contra atos de branqueamento de capitais).

Entramos num registo em que a vertente *objetiva* se soma à *subjetiva*, pois são igualmente importantes as competências e as capacidades concretas ou pessoais (perante as exigências para uma dada atividade), vertidas na experiência académica, na experiência profissional (nível de estudos, anos de experiência profissional, cargos de direção anteriores ou similares), no conhecimento

79 Neste sentido, *vd* as Orientações da Autoridade Bancária Europeia sobre a governação interna das instituições, de 27 de setembro de 2011, que trata expressamente das qualificações do órgão de administração e de fiscalização, bem como do controlo organizacional interno, avaliação e sistemas de alerta, disponível em https://www.eba.europa.eu/documents/10180/103861/EBA_2012_00210000_PT_COR.pdf (consultado em 5.4.2016).

de áreas específicas da atividade em que a empresa atua (mercados financeiros *lato sensu*, *governance*, controlo de risco, contabilidade bancária, produtos financeiros). O perscrutar do interior da pessoa tem necessariamente de ser feito mediante recurso a índices externos e objetivos que possam fundamentar juridicamente o ato da Administração. A honestidade e a integridade podem até um ponto ser objeto de escrutínio pelo passado, pela conduta conhecida e pela diligência encetada em cargos anteriores porque nada substitui esta solidez pessoal e financeira e reputação sobretudo se adquiridas no próprio meio em que se vai inserir.

Mas se tal é *necessário* também não é *decisivo*. Nenhuma forma de controlo público ou privado substitui a falta de ética no quotidiano de qualquer profissão. Se a ética está hoje na moda tal deve-se precisamente à sua crescente falta em múltiplos domínios da sociedade. A ética refere-se ao interior das pessoas, ao seu carácter, princípios, valores intrínsecos (*êthos*). Mas para além deste modo de ser e sua refração externa, também indica o modo de agir habitual ou Moral, que com os Costumes se traduz em ações e normações concretas. São estas vertentes da conduta pretérita e não qualquer perscrutar da interioridade ou subjetividade Moral ou dos Valores de um indivíduo em concreto que deverão ser apreciadas, descritas e fundamentadas aquando da formulação de um juízo positivo ou negativo de idoneidade. É verdade que a atual Era é de Sacralização do individualismo. O *Homo oeconomicus* individualista e solitário diverge claramente do *Homos juridicus* da tradição grega e da escolástica: as teorias do mercado e da economia e a procura a satisfação do *self interest* invadem toda a realidade – pública, privada, social, familiar, política. Baseada numa (nova) Religião pessoal de sucesso financeiro e de "fundamentalização" dos Mercados, é natural a subalternização do interesse público e da Justiça social e a tendência para a Captura do Estado regulador por ecossistemas pessoais e por ecologias profissionais que se auto-perpetuam (políticas, financeiras e adminsitrativas a cujo círculo pertencia "Bernie" Madoff). Nesta senda, nada mais natural que bramar pela entrega dos Mercados a personalidades Imaculadas (com passados "in albis"), à regressão do *Self* e integração num grupo (regresso ao contrato da sociedade), à expiação pública das condutas incorridas em pecado financeiro (se possível, com irradiação ou danação eterna).

Não se pode pretender substituir o Direito e a autoridade pública por um chamamento de outras pretensas formas de legitimação e normação de condutas, como a Ética (os escândalos financeiros sucessivos ocorridos desde a década de 90 demonstram-no à saciedade). A regulação de condutas profis-

sionais e o controlo comportamental não repousam já em "guildas" ou "associações profissionais" ou em "clubes de gentlemen" – e tão pouco em Tribunais, excluídos do diálogo técnico-regulatório. A regulação repousa no poder público administrativo, certamente técnico mas dotado de *Potestas*.

Com uma regulação inicialmente dominada pelo paradigma da autorregulação, as sucessivas *regulatory failures* têm-nas feito caminhar para a hetero-regulação. O direito administrativo da regulação contém peculiaridades liberalizantes como a substituição do Estado administrativo "licenciador" pelo estado administrativo "supervisor", movimento de libertação da sociedade civil da intervenção pública. Paradoxalmente, os procedimentos administrativos de autorização e verificação prévia transformaram-se em práticas de supervisão essenciais após o movimento de privatização da atividade financeira e implica novas formas de intervenção pública. A libertação da sociedade civil demonstrou uma vez mais a necessidade de maior vigilância e fiscalização, pelo que o legislador e a administração reguladora municiam-se de novos meios que permitem escrutinar exaustivamente a vida pessoal dos profissionais que operam em instituições reguladas.

A regulação administrativa tradicional foi sendo substituída por uma atividade administrativa informal que neste tema se revela não menos intrusiva e *hard*, de troca de impressões ou de informações *vg* com outros reguladores, com os supervisionados e os sancionados e demais interessados. A natureza independente e imparcial da nova administração reguladora impõem que no perscrutar de condutas pessoais a *Auctoritas* do regulador se sobreponha à sua *Potestas* – com as vantagens e os riscos inerentes. Esta opção impõe simultaneamente que os órgãos que prosseguem e defendem o interesse geral sejam proactivos e não repousem meramente nas informações que lhe sejam enviadas, sendo a possibilidade de responsabilidade por omissão ou erro na tomada de medidas, com a culpa *in vigilando* a pedra de toque da atividade. Os agentes de mercado têm de assumir um papel de autocontrolo e de autovigilância e denúncia que é reforçado por uma forte responsabilização pública e privada, *in eligendo* e *in vigilando*.

O tema das idoneidades entronca com o tema da *governance* das instituições de crédito que foi objeto de "ossificação" regulatória (longe vão os tempos em que os seus princípios decorriam de meras Recomendações e que eram anualmente premiadas as instituições que demonstrassem as *best practices*). Um dos elementos essenciais para a autorização das instituições é estas contarem com estruturas de governo e de organização claras e adequadas, orientadas a criar

uma cultura geral de controlo de risco sólida, com linhas de responsabilidade bem definidas. Se existir uma cultura de honestidade, cooperação e competência *top-down*, mesmo que existam indivíduos desonestos a interiorização coletiva de valores éticos, morais e sociais cria uma tendência comportamental nas organizações e nas pessoas que é deontologicamente correta. É essencial que se criem políticas internas (padronização), vertida em letra de lei interna (regimentos), de onde constem orientações que permitam de forma clara decidir e controlar desde a admissão a aptidão de uma pessoa singular para o exercício de um determinado cargo ou função.

Não decorre desta responsabilidade das empresas e das pessoas uma desresponsabilização pública. A criação dos reguladores independentes teve como fito evitar a politização e a captura pela partidocracia da Administração económica e financeira – embora acabem a mais das vezes por servir de álibi ao poder político nos maus momentos da economia ou da regulação. Confiar o controlo e vigilância do sistema financeiro a vários *gatekeepers* não exime a Administração, do Governo aos reguladores independentes, da responsabilidade pelo cumprimento dos seus deveres funcionais dando corpo à máxima, "diz-me que Administração tens e dir-te-ei em que Estado de Direito vives".

BIBLIOGRAFIA

Athayde, Augusto, *em col.*

1990 *Direito Bancário*, vol I, Lisboa, s.e.

Caetano, Marcello

1980 *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª ed., II, Almedina: Coimbra.

Cardoso, Lucas

2003 *Autoridades administrativas independentes e a Constituição*, Coimbra Editora: Coimbra.

Catarino, Luís Guilherme

1999 "A propósito dos "casos" Lowry e Assento 1/99 do STJ – dois exemplos responsabilizantes do Estado-Juiz?", *RMP* n.º 77, pp. 31-57 (Separata da *Revista do Ministério Público* de maio de 1999).

2010 *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – Fundamento e Limites do* Governo *e* Jurisdição *das Autoridades Independentes*, Almedina: Coimbra

2010a "Direito Administrativo dos Mercados de Valores Mobiliários", in Paulo Otero & Pedro Gonçalves (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. III, Almedina: Coimbra, pp. 373-525.

2012 "A Nova Regulação Europeia dos Mercados: a *Hoft Law* no *Balancing Powers* da União.", AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J.J. Gomes Canotilho*, vol. IV, SJ, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 145-177.

2012a "A "agencificação" administrativa na regulação financeira da UE: Novo meio de regulação?", *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, n.º 9, jan/mar, pp. 147-203.

2014 "Governar com a Administração Independente: *Quis custodiet ipsos custodes?",* in *Revista da Concorrência e da Regulação*, Ano V, n.º 17, jan/mar, pp. 171--239.

Catarino, Luís Guilherme & Peixe, Manuela

2014 "A nova regulamentação dos mercados financeiros – um Tsunami regulatório?", (Parte I) disponível in, http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1417450522emir_tsunami_final_parte_i_8out2014_parte_i_dezembro.pdf (consultado em 5.4.2016).

2014a "A nova regulamentação dos mercados financeiros – um Tsunami regulatório?", (Parte II) disponível in, http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1417450571emir_tsunami_final_parte_i_8out2014_parte_ii_dezembro.pdf (consultado em 5.4.2016).

Coffee, John
2006 "Gatekeeper Failure and Reform", in, Klaus J. Hopt, Eddy Wymeersch, Hideki Kanda & Harald Baum, *Corporate Governance in Context. Corporations, States, and Markets in Europe, Japan and the US*, OUP: Oxford.
Correia, José Sérvulo
1982 *Noções de Direito Administrativo*, Danúbio: Lisboa.
1993 "Polícia", *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VI, Lisboa.
Dias, José Eduardo Figueiredo
2014 *A reinvenção da autorização administrativa no direito do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora.
2001 *Direito à Informação, Protecção da Intimidade e Autoridades Administrativas Independentes,* Coimbra Editora: Coimbra.
Esteves de Oliveira, Mário
1984 *Direito Administrativo*, vol. I, Almedina: Coimbra.
Faria Costa, José
2003 "O Direito Penal e o Tempo (algumas reflexões dentro do nosso tempo)", *BFDUC* Volume Comemorativo, n.º 75, dez., p. 1159.
Fracchia, 1996, 73
García de Enterría, Eduardo & Ramon Fernandéz, Tomás
2000 *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 10.ª ed., Tomo II, 7.ª ed., Civitas: Madrid.
Giannini, Massimo Severo
1978 *Corso di diritto amministrativo*, A. Giuffrè: Milano.
Gonçalves, Pedro
2006 "Direito Administrativo da Regulação"*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano,* Vol. II, Lisboa: FDUL, pp. 535-73.
2013 *Reflexões Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra: Almedina**.**
Kindleberger, Charles & Alber, Robert
2005 *Manias, Panics, and Crashes: A History of Financial Crises*, N. Jersey, Wiley Investment Classics.
Kraakman, R.
1984 "Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls", in *Yale Law Journal*, n.º 93, p. 857.
Loureiro, João
2001 "Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência", *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 797-891.

1995 *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

Maçãs, Maria Fernanda

1998 "Algumas considerações sobre o conteúdo das normas que regulam o regime de autorização das instituições de crédito", in *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal,* Lisboa, Banco de Portugal, p. 185.

2006 "O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, jul/ago, pp. 21-49.

Megale, Januário

1989 *Introdução às Ciências Sociais*, S. Paulo: Atlas, pp. 169 ss.

Miranda, Jorge & Medeiros, Rui

2007 *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Ed., p. 586.

Morais, Carlos Blanco de

2001 "As autoridades administrativas independentes na ordem jurídica portuguesa", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 61, janeir;

Moreira, Vital & Maçãs, Maria Fernanda

2003 "Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei Quadro", *Direito Público e Regulação*, n.º 4, Coimbra: Coimbra Editora.

Moreira, Vital

1994 O Direito de Resposta na Comunicação Social, Coimbra: Coimbra Editora.

Moreira, José Manuel

1999 *Ética, Economia e Política*, Porto: Lello&Irmãos.

Pina, Carlos Costa

2004 *Instituições e Mercados Financeiros*, Almedina: Coimbra.

Soares, Rogério Ehrhardt

1978 *Direito Adminsitrativo II*, Universidade de Coimbra.

1981 "Princípio da legalidade e administração constitutiva", in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LVII.

1982 *Direito Administrativo*, Porto, UCP, policop., s.d.

Sunstein, Cass,

2005 *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 98.

Tavares da Silva, Suzana

2010 *Um Novo Direito Administrativo*, IU, Coimbra.

2010a "La regulación económica como materia del nuevo derecho administrativo", in *Comunicaciones al IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo*,

disponível em: http://www.uco.es/congresos/HispanoLuso/documentos/Comunicaciones/tavares%20da%20silva.pdf.

Teixeira dos Santos, Fernando

2001 *A evolução do Mercado de Capitais Português*, artigo e bibliografia disponíveis in http://www.cmvm.pt/CMVM/A%20CMVM/Conferencias/Intervencoes/Documents/58ee22e0dc804950ada7a5517f16cd1a200104EcoPura.pdf.

Veloso, José António

2000 "Sobre a natureza não sancionatória da revogação da autorização das instituições de crédito e outras questões de fiscalização de actividades reservadas; algumas notas de justificação de decisões legislativas", *Direito e Justiça,* RUCatólica, vol. XIV, Tomo I, pp. 63-89.

Livro Branco sobre a Regulação e a Supervisão do Setor Financeiro

http://www.bportugal.pt/pt-PT/PublicacoeseIntervencoes/Banco/Outras Publicacoes/Documents/LivroBranco2016.pdf

A IDONEIDADE DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO

Margarida Reis[*]

Abstract: *This paper addresses the issue of the good repute of directors and members of management bodies of credit institutions, in the context of the lack of confidence felt in the post financial crisis of 2007/08. It analyses the regime for enforcement of this good repute in Portugal and in Europe, its concepts, background and scope.*

Sumário: 1. Introdução. 2. O controlo da idoneidade. 2.1. Antecedentes. 2.2. O regime do controlo da idoneidade. 3. O conceito de idoneidade. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

As consequências da crise do *subprime*[1] nos Estados Unidos e da crise das dívidas soberanas na zona euro[2] continuam a fazer-se sentir um pouco por todo o mundo, e muito em particular na Europa.

Retração dos mercados, aumento do custo do crédito, aumento de impostos, cortes salariais, crescimento do desemprego, o lento desmoronar dos sistemas de apoio social aos mais frágeis, tudo desembocando num recrudescer estrutural

---

* Este artigo reproduz, com pequenas adaptações, o texto do relatório de mestrado científico apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em setembro de 2015, na unidade curricular de mercados financeiros, sob a orientação da Sra. Professora Doutora Rute Saraiva. O texto deste artigo é da exclusiva responsabilidade da autora.

1 Cujo início é situado por alguns autores em meados de 2007, como é o caso de Mishkin, Matthews & Giuliodori, 2013: 148, Larosière, 2009: 6 ou Cordeiro, 2014: 135-139.

2 Iniciada em meados de 2009 (Mishkin, Matthews & Giuliodori, 2013: 148).

das desigualdades sociais[3], são alguns dos fantasmas da crise com os quais nos continuamos a debater, quase oito anos passados sobre o seu início.

Com efeitos menos visíveis e intimamente ligada às suas origens, a crise financeira trouxe consigo uma indelével crise de confiança nos mercados, nas instituições financeiras e nos supervisores, em suma, uma crise de confiança no próprio sistema financeiro.

Com efeito, e como resulta relatado nos estudos sobre o tema, a crise do *subprime* teve a sua origem (também) em falhas grosseiras de avaliação do risco por parte de entidades financeiras, reguladores e supervisores, maximizadas por falhas ao nível da *corporate governance* (recorde-se o estímulo nefasto que os excessos e estruturas remuneratórias vigentes no setor financeiro consubstanciaram[4], estimulando comportamentos de alto risco na busca de obtenção de resultados de curto prazo), tudo contribuindo para a (desastrosa) perceção da imagem do setor, profusamente propagada na cultura popular[5] e concorrendo para a crescente crise de confiança.

E porque os mercados financeiros dependem da confiança, esta circunstância não pode deixar de afetar a economia real[6], num nefasto ciclo vicioso.

É neste contexto que se intensifica a preocupação com a supervisão prudencial, e ainda que num primeiro momento as atenções se tenham virado sobretudo para a consolidação da supervisão macroeconómica, há um reconhecimento de que, por um lado, a supervisão microeconómica é um importante instrumento de fortalecimento da confiança no sistema financeiro, e por outro, que a própria supervisão macroeconómica só será eficaz se tiver impacto ao nível micro (e vice versa), revelando-se essencial a dinâmica entre ambas[7].

É assim que chegamos ao tema desta reflexão: a idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito.

Esta questão encerra um equilíbrio delicado, pois sendo importante garantir a necessária idoneidade de quem exerce funções chave nas instituições de

3 Sobre esta questão, vejam-se os relevantes trabalhos de Stiglitz, 2013 e de Pikety, 2014. Ver ainda Stiglitz, 2011.

4 Larosière, 2009: 30-31.

5 Com efeito a crise do *subprime* surge num contexto bem diferente da crise de 1929, em plena "sociedade da informação", sendo tratada intensivamente pela imprensa e dramatizada pela indústria cinematográfica norte-americana, que abordou em várias longas-metragens e documentários o tema da crise, suas origens e do estilo de vida associado à indústria financeira.

6 "Financial markets depend on trust. But much of this trust has evaporated." – Larosière, 2009: 6.

7 Larosière, 2009: 38.

crédito num contexto em que há que antecipar e prevenir todas as circunstâncias que possam levar à assunção de riscos indesejados, assim incorporando as aprendizagens do passado recente, poderá revelar-se contraproducente uma utilização inadequada do conceito, eventualmente levando a uma inquietação e alarme desnecessários, ou a fenómenos de ecologia profissional e de captura do sistema[8].

Por outro lado, a correta operacionalização do conceito de idoneidade encerra as dificuldades – mas também as vantagens – inerentes ao recurso a um conceito indeterminado, como será o caso, que também elas justificam a ponderação que se segue.

Propõe-se assim uma reflexão sobre o conceito de idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito tal como se encontra atualmente consagrado no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), restringindo-se ao regime aplicável às instituições de crédito (IC) – na definição legal, empresas cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder crédito por conta própria [cf. alínea *w)* do artigo 2.º-A do RGICSF, renumerada pela Lei n.º 23-A/2015, de 27 de março[9]] – sediadas em Portugal [sem entrar nas particularidades do regime aplicável à (gerência das) sucursais, aos "titulares de funções essenciais" ou aos adquirentes de participações qualificadas], esperando-se com este breve excurso contribuir para sistematizar algumas conclusões úteis.

2. O CONTROLO DA IDONEIDADE

2.1. Antecedentes

No período do Estado Novo, não se encontra qualquer alusão à idoneidade dos membros da administração das instituições de crédito no Decreto-Lei n.º 41403, de 27 de novembro de 1957, que veio regular "o exercício das funções de crédito na metrópole e a prática dos demais atos inerentes a atividade bancária", ou no Decreto-Lei n.º 42641, de 12 de novembro de 1959, que promulgou as "disposições destinadas a completar a execução do Decreto-Lei n.º 41403, que reorganizou o sistema do crédito e a sua estrutura bancária".

8 Catarino, 2013: 17-18, 25, 42-43; Catarino, 2014.

9 A respetiva tipologia encontra-se elencada no art. 3.º, e os requisitos gerais no art. 14.º, ambos do RGICSF.

Neste período a constituição de bancos comerciais e estabelecimentos especiais de crédito (com exceção dos bancos de investimento) dependia de autorização do Ministro das Finanças, sob parecer do Conselho Nacional de Crédito, estando a mesma sujeita a registo prévio ao início da atividade (cf. respetivamente os artigos 9.º do DL 41403, 6.º e 36.º e segs. do DL 42641), incumbindo a "superintendência, coordenação e fiscalização da atividade das instituições de crédito" ao Ministro das Finanças, através da Inspeção-Geral de Crédito e Seguros, com a colaboração do Banco de Portugal (BdP) e a Caixa Geral de Depósitos, Crédito e Previdência (cf. artigos. 13.º e 15.º do DL 41403, 13.º e 16.º do DL 42641).

Nas regras referentes à administração das instituições de crédito previam-se os vários impedimentos das mesmas e seus administradores (cf. artigos 22.º e 24.º a 27.º do DL 41403 e 25.º, 26.º e 29.º a 30.º do DL 42641), assim como os casos de inibição de desempenho de funções (cf. artigos 23.º do DL 41403 e 27.º do DL 42641[10]), não se fazendo no entanto qualquer alusão a requisitos de idoneidade dos administradores.

Como é sabido, após a revolução de 1974/75 a banca comercial portuguesa foi nacionalizada, sendo a orgânica de gestão e fiscalização das instituições de crédito estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 729-F/75, de 22 de dezembro, nada adiantando quanto à matéria que aqui nos ocupa[11].

Através da Lei n.º 11/83 de 16 de agosto, o Governo foi autorizado a alterar a Lei n.º 46/77, de 8 de julho, fazendo cessar a limitação de acesso da iniciativa privada (designadamente) ao setor bancário, tendo a autorização sido concretizada através do Decreto-Lei n.º 406/83, de 19 de novembro.

Pelo Decreto-Lei n.º 51/84, de 11 de fevereiro, veio o Governo regular a constituição de bancos comerciais e de investimento e o exercício da respetiva atividade. Entre as condições gerais necessárias à autorização para a criação da instituição bancária a levar em conta na "apreciação da necessidade e oportunidade da instituição" passa a constar a "idoneidade dos acionistas fundadores, no que for suscetível de, direta ou indiretamente, exercer influência significativa na atividade da instituição" [cf. alínea *b)* do n.º 2 do artigo 4.º]. A autorização era assim passível de revogação quando o registo da designação de membros

10 Ficando inibidos de desempenhar funções nas instituições de créditos os responsáveis pela falência de empresas singulares ou coletivas e bem assim os condenados por furto, roubo, burla, abuso de confiança ou falsidade.

11 Como assinala Cordeiro (2014: 108), o DL 729-F/75 limitava-se na prática a consagrar a orgânica dos bancos nacionalizados, compreendendo o conselho de gestão e a comissão de fiscalização.

do conselho de administração fosse recusado por falta de idoneidade ou experiência dos mesmos [cf. alínea *d)* do n.º 1 do artigo 9.º].

Nos termos deste diploma, a exigência da idoneidade e experiência é alargada aos membros dos órgãos sociais dos bancos comerciais ou de investimento [alínea *d)* do n.º 1 do artigo 29.º], assim como aos gerentes de sucursais (n.º 2 do artigo 16.º).

Em 1 de janeiro de 1986, Portugal aderiu à (então) CEE, passando a estar abrangido pelo respetivo regime jurídico, tendo nesse contexto o Decreto-Lei n.º 23/86, de 18 de fevereiro vindo adaptar o regime de licenciamento das instituições de crédito à Primeira Diretiva do Conselho de 12 de dezembro de 1977.

A Primeira Diretiva n.º 77/780/CEE do Conselho, de 12 de dezembro de 1977, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à atividade dos estabelecimentos de crédito e ao seu exercício, dá os primeiros passos no sentido da harmonização do acesso à atividade dos estabelecimentos de crédito e do objetivo da criação de condições uniformes de autorização para categorias comparáveis de estabelecimentos de crédito, indicando as "condições mínimas que os Estados deverão impor" (cf. § 14).

Assim, nela se determinava a exigência pelos EM de uma autorização prévia de início de atividade para os estabelecimentos de crédito (cf. artigo 3.º), impondo-se expressamente que as autoridades competentes para o efeito não concedessem essa mesma autorização prévia quando as pessoas que dirijam efetivamente a atividade do estabelecimento de crédito não possuíssem a *honorabilidade necessária* ou a *experiência adequada* para exercer essas funções (cf. § 2 do n.º 2 do artigo 3.º).

Nela se previa ainda a revogação da autorização, entre outros, nos casos em que o estabelecimento comercial deixasse de satisfazer as condições "às quais a autorização estiver ligada" [cf. alínea *c)* do n.º 1 do artigo 8.º].

O Decreto-Lei n.º 23/86, de 18 de fevereiro, que veio adaptar o procedimento de licenciamento das instituições de crédito à Primeira Diretiva, manteve a "idoneidade e experiência adequadas" ao exercício de funções do conselho de administração da sociedade como condição geral da autorização prévia de constituição das instituições de crédito com sede em Portugal [cf. alínea *c)* do n.º 1 do artigo 4.º] e a "idoneidade dos acionistas fundadores, no que for suscetível de, direta ou indiretamente, exercer influência significativa na atividade da instituição" como critérios a levar em conta na apreciação da

necessidade e oportunidade da instituição requerente da autorização [cf. alínea *b)* do n.º 2 do artigo 4.º].

Paralelamente, nele se dispunha que a autorização podia ser revogada caso deixasse de se verificar alguma das condições gerais para a autorização – onde se incluíam as supramencionadas idoneidade e experiência adequadas ao exercício de funções do conselho de administração [alínea *c)* do n.º 1 do artigo 10.º] –, ou se o registo da designação de membros do conselho de administração fosse recusado por falta de idoneidade ou experiência (alínea *d)* do n.º 1 do artigo 10.º).

Por sua vez o Decreto-Lei n.º 24/86, de 18 de fevereiro, que veio adaptar o Decreto-Lei n.º 51/84, de 11 de fevereiro, ao regime comunitário de autorização de instituições de crédito, impõe a inibição de integrar os órgãos sociais dos bancos comerciais ou de investimento àqueles a quem não tenha sido reconhecida idoneidade [cf. alínea d) do n.º 1 do artigo 7.º].

Seguiu-se o RGICSF, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, e entrado em vigor em 1 de janeiro de 1993 (cf. artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 298/92), que veio revogar, entre outros, os supramencionados Decreto-Lei n.º 23/86 e Decreto-Lei n.º 24/86 (cf. artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 298/92), encontrando-se este regime atualmente em vigor, ainda que entretanto objeto de numerosas alterações.

Revogando a legislação dispersa então em vigor (cf. respetivo artigo 5.º), o Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, ao aprovar o regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras passa a reunir todas as normas do regime de acesso à atividade e exercício por parte das instituições de crédito e das sociedades financeiras e do exercício da supervisão das instituições de crédito e das sociedades financeiras, respetivos poderes e instrumentos (cf. artigo 1.º do RGICSF[12]), assim procedendo, como assinala Menezes Cordeiro, a uma patente simplificação do sistema de fontes de direito bancário, indo mesmo mais longe: "O RGIC (…) não se limitou a acolher, num único texto, a legislação dispersa antes existente, no que seria uma mera atividade compilatória: ele procedeu a uma tarefa coordenadora, arrumando as regras de acordo com critérios jurídico-científicos e procedeu à formulação de determinados princípios. Em suma: ensaiou, na medida em que a atual ciência jurídico-bancária o faculte, uma verdadeira codificação"[13].

12 Na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro.

13 Cordeiro, 2014: 1024.

Também o direito europeu prosseguiu na sua evolução.

Assim, a primeira Diretiva n.º 77/780/CEE do Conselho, de 12 de dezembro de 1977[14] foi revogada pela Diretiva 2000/12/CE[15] do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de março de 2000 (cf. o respetivo artigo 67.º).

A Diretiva 2000/12/CE previa no seu artigo 7.º, n.º 2, a obrigação de as autoridades competentes recusarem a autorização de acesso à atividade das instituições bancárias "se, atendendo à necessidade de garantir uma gestão sã e prudente da instituição de crédito", não se encontrassem convencidas da idoneidade dos acionistas ou associados, diretos ou indiretos, pessoas singulares ou coletivas, detentores de uma participação qualificada nas instituições de crédito, prevendo a possibilidade de consulta entre autoridades competentes dos vários Estados-Membros na avaliação da idoneidade dos dirigentes envolvidos na gestão de entidades de um mesmo grupo (cf. artigo 12.º).

A Diretiva 2000/12/CE foi revogada pela Diretiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2006 (cf. respetivo artigo 158.º e anexo XIII).

A Diretiva 2006/48/CE manteve como requisito da autorização prévia a idoneidade ou experiência necessária dos dirigentes efetivos da IC (cf. n.º 1 do artigo 11.º), dispondo no n.º 2 do respetivo artigo 12.º que as "autoridades competentes não devem conceder a autorização se, atendendo à necessidade de garantir uma gestão sã e prudente da instituição de crédito, não se encontrarem convencidas da idoneidade dos acionistas ou associados", assim mantendo o anteriormente previsto na Diretiva 2000/12/CE.

Manteve no seu artigo 15.º, n.º 3 a possibilidade de consulta entre as autoridades competentes dos vários EM para a aferição da idoneidade e competência dos dirigentes envolvidos na gestão de entidades de um grupo.

Através do Decreto-Lei n.º 104/2007 foi efetuada a transposição para o direito interno da Diretiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que foi entretanto revogada[16] pela Diretiva 2013/36/UE do Parla-

---

14 Entretanto alterada pelas diretivas 85/345/CEE do Conselho, 86/137/CEE do Conselho, 86/524/CEE do Conselho, 89/646/CEE do Conselho, 95/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 96/13/CE do Conselho e 98/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (artigo 1.º).

15 De referir que ainda antes desta, a Diretiva 98/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de junho de 1998 alterou o artigo 12.º da Diretiva 77/780/CEE em relação ao acesso à atividade dos estabelecimentos de crédito e ao seu exercício, tendo sido transposta pelo Decreto-Lei n.º 250/2000, de 13 de outubro, que por sua vez alterou os artigos 81.º e 82.º do RGICSF.

16 Com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2014, cf. § 1 do art. 163.º da Diretiva 2013/36/UE.

mento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013[17] (cf. respetivo artigo 163.º), que em conjunto com o Regulamento (UE) n.º 575/2013 passou a constituir o enquadramento legal das atividades bancárias, do quadro de supervisão e das regras prudenciais aplicáveis às instituições de crédito e às empresas de investimento (cf. § 2 da Diretiva 2013/36/UE).

Perpassa na Diretiva 2013/36/UE quanto ao governo das sociedades a preocupação em garantir uma gestão adequada dos riscos, devendo para isso os EM assegurar que o órgão de administração garanta uma (auto) supervisão efetiva, e promova uma cultura de risco sólida a todos os níveis das instituições de crédito (cf. § 54).

Na respetiva nota preambular é salientado que ao nomearem os membros do órgão de administração, os acionistas ou sócios de uma instituição deverão analisar se os candidatos têm os conhecimentos, qualificações e competências necessárias para assegurar uma gestão sã e prudente[18] da instituição, devendo estes princípios ser aplicados e demonstrados através de procedimentos de nomeação transparentes e abertos no que se refere aos membros do órgão de administração (§ 59).

É ainda sublinhada a necessidade de um sistema eficiente de intercâmbio de informações, no âmbito do qual a Autoridade Europeia de Supervisão ou Autoridade Bancária Europeia (EBA), sob reserva das regras de sigilo profissional e requisitos de proteção de dados, tenha o direito de manter uma base de dados central com informações pormenorizadas sobre as sanções administrativas e os recursos delas interpostos, acessível exclusivamente às autoridades competentes, para efeitos da avaliação da "idoneidade"[19] dos membros de órgãos de administração (§ 39).

Assim, a autorização de início de atividade da IC deve ser recusada se os respetivos órgãos de administração não detiverem, *a todo o tempo*, a idoneidade necessária e/ou não possuírem conhecimentos, competências e experiência suficientes para desempenharem as suas funções, mais se estabelecendo que a composição global do órgão de administração deve refletir uma panóplia de experiências suficientemente ampla (cf. artigos 13.º e 91.º, n.º 1).

17 Relativa "ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento, que altera a Diretiva 2002/87/CE e revoga as Diretivas 2006/48/CE e 2006/49/CE".

18 Na versão inglesa da Diretiva "proper and prudent management" e na francesa "gestion correcte et prudente".

19 Na versão inglesa "good repute", na francesa "honorabilité", na espanhola "reputación".

Quanto aos órgãos de administração das instituições de crédito resulta ainda do artigo 91.º da Diretiva 2013/36/UE que os respetivos membros devem consagrar tempo suficiente ao exercício das respetivas funções na instituição, limitando-se o número de cargos que podem exercer simultaneamente (cf. n.ºs 3 a 5 do artigo 91.º da Diretiva 2013/36/UE), devendo dispor, coletivamente, de conhecimentos, competências e experiência adequados para compreender as atividades da instituição, designadamente os principais riscos (cf. n.º 7 do artigo 91.º da Diretiva 2013/36/UE). Devem ainda agir com honestidade, integridade e independência de espírito que lhes permita avaliar e criticar efetivamente as decisões da direção de topo, quando necessário, e fiscalizar e monitorizar realmente o processo de tomada de decisões em matéria de gestão (cf. n.º 8 do artigo 91.º da Diretiva 2013/36/UE).

Para tanto, exige-se que as IC afetem recursos humanos e financeiros adequados à preparação e formação dos membros do órgão de administração e que os EM ou autoridades competentes delas exijam que no recrutamento dos membros dos órgãos de administração seja assegurado um vasto leque de qualidades e competências e que seja praticada uma política de promoção de diversidade (cf. n.ºs 9 e 10 do artigo 91.º da Diretiva 2013/36/UE).

Com efeito, e como é assinalado na nota preambular, a falta de monitorização pelos órgãos de administração das decisões de gestão deve-se em parte ao fenómeno de *conformismo de grupo*, provocado (também) pela falta de diversidade na composição dos órgãos de administração, pelo que uma maior diversidade assegura uma supervisão mais efetiva da gestão contribuindo para melhorar o controlo dos riscos e a resiliência das instituições (cf. § 60 da Diretiva 2013/36/UE).

Por ultimo, de sublinhar que se prevê na Diretiva que caberá à EBA, até 31 de dezembro de 2015, emitir orientações sobre as noções de tempo suficiente consagrado pelo membro do órgão de administração ao exercício das suas funções, de conhecimentos, competências e experiência adequados do órgão de administração, de honestidade, integridade e independência de espírito de um membro do órgão de administração, de recursos humanos e financeiros adequados afetados à indução e formação dos membros do órgão de administração, e de diversidade a ter em conta para a seleção dos membros do órgão de administração (cf. artigo 91.º, n.º 12 da Diretiva 2013/36/UE).

Em 22 de novembro de 2012 a EBA emitiu as "Orientações sobre a avaliação da aptidão dos membros do órgão de administração e fiscalização e de quem

desempenha funções essenciais" (EBA/GL/2012/06), doravante designadas Orientações EBA[20].

Conforme é referido no *site* institucional da EBA na *internet* como próximos passos a dar nesta matéria, estas "Orientações" (Guidelines) serão revistas à luz do texto final da Diretiva 2013/36/UE (CRD IV).

Talvez devido a esta remissão para um desenvolvimento pela EBA dos conceitos utilizados, na Diretiva 2013/36/UE não se adiante mais relativamente à densificação do conceito de idoneidade para além do já referido n.º 8 do respetivo artigo 91.º – no qual, repita-se, se dispõe que membros do órgão de administração devem agir com *honestidade*, *integridade* e *independência de espírito* que lhes permitam avaliar e criticar efetivamente as decisões da direção de topo, quando necessário, e fiscalizar e monitorizar efetivamente o processo de tomada de decisões em matéria de gestão –, surgindo a idoneidade a par dos requisitos de competência e conhecimentos profissionais, experiência e disponibilidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização.

Refira-se ainda que o requisito de independência surge num sentido mais objetivado que o da suprarreferida "independência de espírito" – por referência a outros cargos ocupados e a relações pessoais e profissionais passíveis de influenciarem o ponto de vista do agente – nas Orientações EBA de 2012, onde surge tratado no ponto 15 a título de "critérios de governação" e não já de "idoneidade".

A Diretiva 2013/36/UE foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, que introduziu várias alterações ao RGICSF.

2.2. O regime do controlo da idoneidade

Vejamos então como se encontra configurado o regime do controlo da idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito em Portugal.

Encontra-se o mesmo previsto no RGICSF, sendo o controlo da idoneidade partilhado entre as próprias instituições de crédito e o Banco de Portugal (cf. pontos 3.2, 3.3 e 3.4 das Orientações EBA).

O controlo é permanente, tendo início aquando da designação pelas IC dos membros dos seus órgãos de administração e fiscalização e no momento da

20 Aprovadas em novembro de 2012 pela Autoridade Bancária Europeia e disponíveis para consulta em https://www.eba.europa.eu/documents/10180/106695/EBA_2012_00220000_PT_COR.pdf.

autorização prévia pelo BdP do início de atividade, e perpassando depois por todo o período de vida da instituição.

Nesse sentido dispõe-se no n.º 1 do artigo 30.º do RGICSF que a adequação para o exercício das funções dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito está sujeita a avaliação para o exercício do cargo e *no decurso de todo o seu mandato*.

No que diz respeito ao controlo a efetuar pelas instituições de crédito (cf. ponto 4.1 das Orientações EBA), resulta desde logo da política interna de seleção e avaliação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização (cf. ponto 7.1 das Orientações EBA), que deve promover-se a diversidade de qualificações e competências necessárias para o exercício da função, fixando objetivos para a representação de homens e mulheres e concebendo uma política destinada a aumentar o número de pessoas "do género sub-representado" com vista a atingir aqueles objetivos (cf. n.º 6 do artigo 30.º; nesse mesmo sentido, cf. os n.º 2 do artigo 30.º-A, ambos do RGICSF).

De modo a permitir a correta avaliação da adequação das pessoas a designar para os órgãos de administração, estas deverão apresentar à IC "declaração escrita com todas as informações relevantes e necessárias para a avaliação da sua adequação, incluindo as que forem exigidas no âmbito do processo de autorização do BdP", mais devendo comunicar quaisquer factos supervenientes à designação ou autorização, passíveis de alterarem o conteúdo dessa comunicação (cf. n.ºs 3 e 4 do artigo 30.º-A do RGICSF)[21], circunstância em que a IC reavaliará a respetiva adequação (cf. n.º 8 do artigo 30.º do RGICSF), devendo ainda comunicar ao BdP quaisquer factos supervenientes à autorização para o exercício de funções que possam afetar os requisitos de idoneidade, qualificação profissional, independência ou disponibilidade da pessoa autorizada (cf. n.º 1 do artigo 32.º do RGICSF).

Da constatação pela IC da falta dos requisitos de adequação para o desempenho do cargo devem ser retiradas as devidas consequências, não podendo as pessoas avaliadas ser designadas para o cargo em causa (controlo prévio[22]), ou devendo ser suspensas de funções com vista à sanação da falta detetada, ou

21 Idêntica declaração deverá ser disponibilizada à Assembleia Geral caso o cargo em questão deva ser preenchido por eleição (cf. n.º 5 do art. 30.º-A).

22 Conforme resulta do ponto 6.1 das Orientações EBA, sempre que possível a avaliação pelas IC da aptidão dos membros dos seus órgãos de administração e fiscalização é efetuada antes de o membro iniciar as suas funções.

mesmo destituídas (controlo *a posteriori*[23]), exceto se, em qualquer dos casos, forem autorizadas a assumir funções pelo BdP através do processo de autorização próprio, regulado no artigo 30.º-B do RGICSF.

É também às IC que cabe a iniciativa de promover o registo dos membros dos órgãos de administração e fiscalização, após "a respetiva autorização pelo Banco de Portugal" (cf. artigo 69.º, n.º 1 do RGICSF), ao qual serão averbadas as medidas que o BdP venha a tomar nos termos do disposto no artigo 32.º (cf. n.º 4 do artigo 69.º do RGICSF)[24].

A adequação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização é igualmente avaliada pelo BdP (cf. ponto 9 das Orientações EBA) no âmbito do processo de autorização da própria IC [cf. n.º 1 do artigo 30.º-B, artigo 20.º, n.º 1, alínea *c)*[25], conjugado com o artigo 14.º, n.º 1, alínea *j)*, relativamente à questão específica da idoneidade, e artigo 20.º, n.º 1, alínea *h)*, todos do RGICSF][26], e sempre que se verifique a alteração dos membros dos órgão da administração e fiscalização, devendo neste caso ser solicitada ao BdP a respetiva *autorização para o exercício de funções*, condição necessária para o início das mesmas (cf. n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º-B do RGICSF).

Também esta autorização – para o exercício de funções – será negada pelo BdP quando se constate a falta de idoneidade, qualificação profissional, independência ou disponibilidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização (cf. n.º 1 do artigo 30.º-C do RGICSF), podendo a mesma, ainda que concedida, ser revogada a todo o tempo em face da ocorrência de circunstâncias supervenientes suscetíveis de determinar o não preenchimento dos requisitos de que depende (cf. n.º 4 do artigo 30.º-C do RGICSF).

Refira-se no entanto, que caso ocorra uma alteração de circunstâncias superveniente (à autorização para o exercício de funções) que afete os requisitos de idoneidade, qualificação profissional, independência ou disponibilidade da

---

23 Cf. ponto 6.2 das Orientações EBA.

24 O registo será recusado nos casos previstos no art. 72.º.

25 A autorização pelo BdP será recusada sempre que a IC a constituir não respeitar os requisitos gerais de autorização previstos no artigo 14.º [alínea *c)* do n.º 1 do art. 20.º, sob a epígrafe "recusa de autorização"] sendo uma dessas condições gerais a existência "nos órgãos de administração e fiscalização [de] membros cuja idoneidade, qualificação profissional, independência e disponibilidade deem, quer a título individual, quer ao nível dos órgãos no seu conjunto, garantias de gestão sã e prudente da instituição de crédito" (art. 14.º, n.º 1, alínea *j)*).

26 A autorização pelo BdP será recusada sempre que os "membros do órgão de administração ou fiscalização que não cumpram os requisitos de idoneidade, qualificação profissional, independência ou disponibilidade nos termos dos artigos 30.º a 33.º" [art. 20.º, n.º 1, alínea *h)*].

pessoa autorizada, a consequência não tem necessariamente de ser a da revogação da autorização, podendo o BdP fixar um prazo para a adoção das medidas adequadas ao cumprimento do requisito em falta, suspender a autorização para o exercício de funções pelo período de tempo necessário à sanação da falta dos requisitos identificados, ou fixar um prazo para alterações na distribuição de pelouros ou para alterações na composição do órgão em questão (cf. n.º 4 do artigo 32.º e artigo 32.º-A do RGICSF), apenas ocorrendo a revogação da autorização se no prazo fixado para o efeito pelo BdP não forem adotadas as providências necessárias por parte da pessoa visada ou da IC (cf. n.º 6 do artigo 32.º do RGICSF).

Quanto ao modo como o controlo é efetuado, de acordo com informação institucional disponível do BdP[27], para além das já citadas disposições do RGICSF, aplicam-se-lhe ainda as Instruções do BdP n.º 73/96 (sobre acumulação de cargos)[28] e n.º 30/2010 (sobre o processo de registo dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização das instituições sujeitas à supervisão do BdP)[29], assim como a Carta Circular n.º 23/11/DSPDR (sobre as Orientações EBA).

Recorde-se a propósito que desde 22 de maio de 2013 (cf. ponto 16 das Orientações EBA) as autoridades de supervisão europeias e as instituições supervisionadas devem dar cumprimento às supramencionadas Orientações EBA[30].

As Orientações EBA definem os critérios e procedimentos a observar pelas instituições de crédito e autoridades competentes na avaliação da aptidão dos membros propostos ou nomeados do órgão de administração e fiscalização de

27 Disponível para consulta na internet em https://www.bportugal.pt/pt-PT/Supervisao/SupervisaoPrudencial/Paginas/Controlo-de-idoneidade.aspx [consultada em julho de 2015].

28 Disponível para consulta em http://www.bportugal.pt/sibap/application/app1/docs1/manual/textos/73-96m.pdf [consultada em julho de 2015].

29 Disponíveis para consulta em http://www.bportugal.pt/sibap/application/app1/docs1/manual/textos/30-2010m.pdf [consultada em julho de 2015].

30 Como resulta do disposto no art. 16.º do Regulamento (UE) n.º 1093/2010, a EBA emite orientações e recomendações *dirigidas às autoridades competentes* ou a *instituições financeiras* (conforme definidas no art. 4.º), a fim de definir práticas de supervisão coerentes, eficientes e eficazes no âmbito do Sistema Europeu de Supervisão Financeira (SESF) e garantir uma aplicação comum, uniforme e coerente da legislação da UE (n.º 1 do art. 16.º). Por sua vez as autoridades competentes e as instituições financeiras "desenvolvem todos os esforços para dar cumprimento a essas orientações e recomendações" (n.º 3 do art. 16.º). Recorde-se que o principal objetivo do SESF é o de "assegurar que as regras aplicáveis ao sector financeiro sejam aplicadas adequadamente para preservar a estabilidade financeira e garantir a confiança no sistema financeiro no seu conjunto e uma proteção suficiente aos consumidores de serviços financeiros" (cf. n.º 1 do art. 2.º do citado Regulamento).

uma instituição de crédito no exercício das suas funções tanto de gestão como de fiscalização, estabelecendo ainda disposições relativas à avaliação de quem desempenha *funções essenciais*, assim como medidas aplicáveis no caso de esses indivíduos não serem adequados para os cargos em questão (cf. o respetivo § 1).

Como resulta do respetivo §2, pretende-se que as mesmas sejam implementadas por todas as autoridades competentes e instituições financeiras suas destinatárias, efetivando-se essa implementação através da respetiva incorporação nas práticas de supervisão "consoante se revele mais adequado (p. ex., alterando o seu enquadramento jurídico ou os seus processos de supervisão), incluindo os casos em que as orientações têm como principal destinatário as instituições" (cf. n.º 3 do artigo 16.º do Regulamento (UE) n.º 1093/2010).

Como foi já referido, estas Orientações serão revistas em obediência ao disposto no já citado n.º 12 do artigo 91.º da Diretiva 2013/36/UE, com vista à sua conciliação com o texto final da mesma.

3. O CONCEITO DE IDONEIDADE

O conceito de "idoneidade" é um conceito indeterminado, no sentido que lhe é usualmente atribuído, de conceito caracterizado "por um elevado grau de indeterminação"[31], ou com conteúdo e extensão em larga medida incertos[32].

Importa indagar se o mesmo encerra um grau de indeterminação tal que permita concluir que confere discricionariedade na respetiva aplicação.

Vejamos então.

Ainda que não dispondo todos da mesma configuração[33], os conceitos indeterminados consubstanciam nalguns casos um mecanismo de atribuição pela lei de poder discricionário à Administração[34-35].

A indeterminação da lei e o correlativo aumento do "protagonismo metodológico da Administração Pública"[36] na densificação normativa encontra a

31 Sousa, 1994: 23.

32 Engisch, 2014: 208.

33 Amaral, 2014: 119-126. Sobre esta mesma questão, cf. Sousa, 1994: 23-31.

34 Amaral, 2014: 86. Assinalando a importância da distinção entre o que considera serem verdadeiros conceitos indeterminados (conceitos indeterminados *strito sensu*, envolvendo a atribuição de um verdadeiro poder discricionário) e conceitos cuja imprecisão se resolve por recurso à interpretação, Correia, 2008: 38-40.

35 Cf. também Maurer, 1994: 147.

36 Otero, 2003: 893.

sua justificação não só no aumento das tarefas do Estado e na complexificação social e técnica da vida moderna[37], mas também na incapacidade do legislador de prever (e lidar adequadamente) com "os novos riscos que espreitam as modernas sociedades desenvolvidas"[38], de entre os quais, aliás, se contam também as crises financeiras.

Importa sublinhar que a indeterminação da lei não é uma fatalidade, pois confere à norma a plasticidade que permite a sua sobrevivência num contexto de crescente complexificação da realidade[39], salvaguardando a segurança jurídica[40]. Por outro lado dá à Administração o espaço de atuação necessário à obtenção, caso a caso e em concreto[41] de uma melhor composição dos interesses opostos em disputa e da conciliação entre princípios conflituantes[42].

Com efeito, não subsiste hoje qualquer dúvida de que o poder discricionário, que permite à Administração, movimentando-se no espaço que lhe é deixado pela indeterminação da norma, escolher a solução (mais ajustada) do caso concreto, não é um poder arbitrário mas sim um "poder jurídico"[43], conferido e delimitado pela lei, que a compromete a procurar a solução que fundadamente considere que melhor se conforma com o interesse público[44] que lhe cabe realizar[45].

Deste modo, constituem sempre limites (legais) externos do poder discricionário a competência, o fim a prosseguir, o procedimento, os princípios constitucionais relativos à atividade administrativa (cf. artigo 266.º, n.º 2 CRP) – a

37 Correia, 2008: 41-42.

38 Otero, 2003: 158.

39 Correia 2008: 41-42.

40 Otero, 2003: 159.

41 Maurer, 1994: 130.

42 Maurer, 1994: 160 e 896. Identificando seis tipos principais de "conflitualidade normativa dentro de um mesmo sistema jurídico", Maurer, 1994: 259-262.

43 Amaral, 2014: 89-92. Como refere este autor, o poder discricionário não é uma exceção ao princípio da legalidade, mas sim uma das formas possíveis de estabelecer a subordinação da Administração à lei" (Amaral, 2014: 98).

44 Neste sentido cf. Soares, 1955: 217-219, 221; Engisch, 2014: 220; Maurer, 1994: 132; Neves, 1995: 560; Correia, 1987: 480, 482, 493.

45 É importante de qualquer modo compreender que a crise financeira tenha trazido consigo novos receios nesta matéria. Assim a captura de interesses que muitos apontam como estando na origem da crise iniciada em 2007/8, associada a um fenómeno de "ecologia profissional", aliada a uma excessiva autocontenção do poder judicial perante áreas de grande tecnicidade, justifica uma desconfiança acrescida nestas matérias, como sublinha Catarino (2013: 17-18 e 25).

saber, os princípios da igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé –, o conhecimento correto dos factos, e os direitos fundamentais[46].

Por outro lado, a atuação da Administração terá como limite a sua autovinculação[47].

Paralelamente, o controlo jurisdicional dos atos discricionários atém-se à sindicância da respetiva legalidade, podendo ser sindicados todos os aspetos vinculados do ato ou sujeitos às já referidas limitações externas ou condicionantes jurídicas da discricionariedade – podendo ser anulado por ilegalidade fundada, por exemplo, em incompetência, usurpação de poderes, falta de audiência prévia ou outro vício do procedimento (por ex., falta de pareceres técnicos exigidos pela lei), falta de fundamentação do ato, desvio de poder (de difícil comprovação[48]), violação dos princípios constitucionais da igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé, violação de direitos fundamentais, ou defeitos da vontade, como será o caso do erro de facto nos pressupostos[49].

O controlo de mérito (entendendo-se como tal a respetiva adequação ao interesse público) dos atos discricionários encontra-se reservado à Administração, não podendo o Tribunal substituir-se àquela "no desenvolvimento do raciocínio causal-teorético em questão", cabendo-lhe apenas um controlo pela negativa, por exemplo "por inadequação do critério de avaliação ou prognose, ou seja, erro grosseiro ou manifesto de apreciação, que constitui a violação da primeira das três vertentes do princípio da proporcionalidade"[50].

Com efeito, no limite poderá estar em causa uma violação ao princípio da separação de poderes[51], pelo que o poder judicial deve usar de autocontenção perante a reserva de discricionariedade da Administração[52].

---

46 Amaral, 2014: 93, 104-105; Correia, 2008: 43.

47 Amaral, 2014: 93, 104-105.

48 O "vício de desvio de poder consiste no exercício de um poder discricionário por um motivo principalmente determinante que não condiga com o fim que a lei visou, ao conferir aquele poder" (cf., designadamente, o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 27 de janeiro de 1998, processo 039321), cabendo ao recorrente "alegar e provar factos que demonstrem que foi outro o fim visado pelo ato recorrido, que não o fim legal, e, portanto, que o ato padece do vício de desvio de poder que invoca" (cf. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 4 de abril de 2006, processo 0280/02).

49 Amaral, 2014: 113-116; Correia, 2008: 43.

50 Correia, 2008: 40. No mesmo sentido, Amaral, 2014: 94: "Entendemos hoje que as hipóteses de erro manifesto de apreciação correspondem, dogmaticamente, a situações de desrespeito do princípio da proporcionalidade".

51 Correia 2008: 41; Amaral, 2014: 97.

52 Andrade, 2006: 99. Como bem assinala Costa (2012: 25-29), trata-se de um equilíbrio complexo.

A lei processual espelha isto mesmo[53].

Antes de mais, recorde-se que dos atos praticados pelo governador, vice-governadores, conselho de administração e demais órgãos do BdP[54], ou por delegação sua, no exercício de funções públicas de autoridade, cabem os meios de recurso ou ação previstos na legislação própria do contencioso administrativo, incluindo os destinados a obter a declaração de ilegalidade de normas regulamentares, sendo a respetiva apreciação da competência dos tribunais administrativos (cf. artigo 39.º da Lei Orgânica do BdP, aprovada pela Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 118/2001, de 17 de abril, e n.º 1 do artigo 12.º do RGICSF[55]).

Para o julgamento dos restantes litígios em que o Banco seja parte, incluindo as ações para efetivação da responsabilidade civil por atos dos seus órgãos, bem como a apreciação da responsabilidade civil dos titulares desses órgãos para com o Banco, são competentes os tribunais comuns judiciais (cf. artigo 62.º, da Lei Orgânica do BdP)[56].

Por sua vez, as ações atinentes a questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas *em processo de contraordenação* são da competência do tribunal da concorrência, regulação e supervisão [cf. artigo 112.º, n.º 1, alínea *c)* da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, da Organização do Sistema Judiciário].

Assim, resulta desde logo do disposto no n.º 1 do artigo 3.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) que no respeito pelo princípio da separação e interdependência dos poderes, os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos

---

53 Almeida, 2014: 94-104; Almeida & Cadilha, 2010: 466-479.

54 O BdP é uma pessoa coletiva de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio, cf. art. 1.º da respetiva lei orgânica, aprovada pela Lei n.º 5/98, de 31 de janeiro e sujeita a várias alterações posteriores.

55 Pronunciando-se em concreto pela competência material dos TAF numa ação de impugnação de deliberação de cancelamento de registo pelo Conselho de Administração do BdP de um vogal de um conselho fiscal, veja-se o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 21 de novembro de 2013 processo 07623/11. Ali se refere que "(...) a decisão de cancelamento de registo pelo Banco de Portugal consubstancia-se num exercício de poder público e sob o domínio de normas de direito público, pelo que as consequências dessa decisão, designadamente ao nível de responsabilidade civil imputável ao Banco de Portugal, têm forçosamente de ser igualmente aferidas à luz desses *ius imperii* (...)".

56 Questionando-se sobre o efeito do disposto na alínea *q)* do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF relativamente a normas anteriores, designadamente ao disposto no art. 62.º da Lei Orgânica do BdP quanto à competência dos tribunais comuns para apreciar ações para efetivação da responsabilidade civil por atos dos seus órgãos, cf. Maçãs, 2006: 32.

que a vinculam *e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação*, acrescentando o n.º 3 que os referidos tribunais asseguram ainda a execução das suas sentenças, designadamente daquelas que proferem contra a Administração através da emissão de sentença que produza os efeitos do ato administrativo devido, *quando a prática e o conteúdo deste ato sejam estritamente vinculados*.

Mais resulta do disposto no n.º 2 do artigo 71.º do CPTA que "Quando a emissão do ato pretendido envolva a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa e a apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução como legalmente possível, o tribunal não pode determinar o conteúdo do ato a praticar, mas deve explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do ato devido"[57].

Como explicita Almeida, é possível a condenação da Administração à prática de atos administrativos de conteúdo discricionário desde que a respetiva emissão seja devida, sendo que neste caso os processos serão de "geometria variável", podendo ir de situações em que no caso concreto seja possível concluir que só resta à Administração a prática de um ato com um determinado conteúdo[58], até aos casos em que o tribunal mais não pode do que condenar a praticar um ato sem qualquer especificação quanto ao respetivo conteúdo, passando pelos casos que não podendo condenar à prática de um ato com um conteúdo determinado, explicita as vinculações a observar na respetiva emissão, como resulta do disposto no n.º 2 do artigo 71.º do CPTA[59].

Situada genericamente que está a questão da discricionariedade administrativa, importa delimitar e caracterizar o conceito de "idoneidade" dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito tal como se encontra consagrado no regime jurídico vigente.

Os critérios a levar em conta na avaliação da idoneidade são definidos no artigo 30.º-D do RGICSF, disposição que foi renumerada e alterada pelo já mencionado Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, sendo sucessora do (anterior) artigo 30.º da versão originária do RGICSF, por sua vez conferida pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, e objeto de alterações pelo Decreto-Lei n.º 201/2002, de 26 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 145/2006, de 31 de julho, e pelo Decreto-Lei n.º 126/2008, de 21 de julho.

---

57 Cf. ainda arts. 167.º, n.º 6, 179.º, n.º 5, 95.º, n.º 3, 168.º, n.º 3 e 179.º, n.º 1, todos do CPTA.

58 Almeida, 2014: 101, nota 38. Cf. os acórdãos do Tribunal Central Administrativo Norte de 4 de janeiro de 2007, processo 1113/04, e de 26 de julho de 2007, processo 648/04, citados por este autor.

59 Almeida, 2014: 98-102.

No respetivo n.º 1, elenca-se um conjunto de aspetos ou características que devem ser levadas em conta na apreciação da idoneidade, e que devem ser ponderadas "tomando em consideração *todas as circunstâncias* que permitam avaliar o comportamento profissional para as funções em causa" (itálico nosso).

Nos termos daquela disposição, na avaliação da idoneidade deve ter-se em conta o modo como a pessoa gere habitualmente os negócios profissionais ou pessoais ou exerce a profissão, em especial nos aspetos que revelem a sua capacidade para decidir de forma ponderada e criteriosa, ou a sua tendência para cumprir pontualmente as suas obrigações ou para ter comportamentos compatíveis com a preservação da confiança do mercado.

Terá assim de se levar em conta (i) o modo de gestão habitual dos negócios ou de exercício da profissão, ponderando-se em especial os aspetos que revelem capacidade para decidir de forma *ponderada* (ou seja, e procurando aprofundar o significado do termo, de forma refletida, estudada, avaliada com maturidade) e *criteriosa* (ou seja, revelando faculdade de distinguir o verdadeiro do falso, o bom do mau, capacidade crítica); (ii) a *tendência* (ou seja, propensão ou inclinação para, o que parece remeter para uma ponderação da conduta habitual ou reiterada, e não para uma falta ocasional ou acidental) para cumprir pontualmente as suas obrigações ou (iii) para ter comportamentos compatíveis com a preservação da confiança do mercado (o que sendo mais ambíguo nos remete para uma ideia de uma conduta que evite comportamentos – por exemplo, assunção de riscos graves, ou entendidos como tal – que sejam percecionados negativamente, suscitando receio e insegurança nos agentes do mercado), tudo isto levando em consideração, ou ponderando todas as circunstâncias que permitam avaliar o comportamento profissional para as funções em causa.

O n.º 2 consagra uma orientação ou diretriz/guia de enquadramento da apreciação da idoneidade. Assim, deverá a mesma ser feita com base em critérios de natureza *objetiva*, tomando por base informação tanto quanto possível completa sobre as funções passadas do interessado como profissional, as características mais salientes do seu comportamento e o contexto em que as suas decisões foram tomadas.

No n.º 3 é elencado um conjunto de circunstâncias que devem ser tidas em conta, ponderada a respetiva gravidade, na apreciação/avaliação da idoneidade referida nos n.ºs 1 e 2, como é o caso (entre outras) da existência de indícios de que o membro do órgão de administração ou de fiscalização não agiu de forma transparente ou cooperante nas suas relações com quaisquer autoridades de supervisão ou regulação nacionais ou estrangeiras [alínea a)],

a inclusão de menções de incumprimento na central de responsabilidades de crédito ou em quaisquer outros registos de natureza análoga [alínea e)], ou a existência de ações cíveis, processos administrativos ou processos criminais, bem como *quaisquer outras circunstâncias* que, atento o caso concreto, possam ter um impacto significativo sobre a solidez financeira da pessoa em causa [alínea h)] (destacado nosso).

A utilização neste n.º 3 da expressão "pelo menos" significa que podendo ser levadas em conta outras circunstâncias ("análogas", como resulta do disposto no n.º 4), pelo menos uma (ou algumas) das aqui elencadas terá de ser levada em conta.

Sublinhe-se a ampla margem de decisão que é deixada ao decisor nos termos do disposto nas alíneas a), e) e h) do citado preceito.

No n.º 4 estabelecem-se orientações pelas quais se deve guiar o BdP no seu "juízo valorativo". Assim, deverá ter em consideração, à luz das finalidades preventivas do artigo 30.º-D, além dos factos enunciados no n.º 3, ou de outros de natureza análoga, toda e qualquer circunstância cujo conhecimento lhe seja legalmente acessível e que, pela gravidade, frequência ou quaisquer outras características atendíveis, permitam fundar *um juízo de prognose* sobre as garantias que a pessoa em causa oferece em relação a uma gestão sã e prudente da IC.

Para efeitos do disposto neste n.º 4, devem tomadas em consideração, "pelo menos", e levando em conta a respetiva gravidade, as situações elencadas no n.º 5.

No n.º 6 dispõe-se que a condenação, ainda que definitiva, por factos ilícitos de natureza criminal, contraordenacional ou outra *não tem como efeito necessário a perda de idoneidade para o exercício de funções nas instituições de crédito*, devendo a sua relevância ser ponderada, entre outros fatores, em função da natureza do ilícito cometido e da sua conexão com a atividade financeira, do seu caráter ocasional ou reiterado e do nível de envolvimento pessoal da pessoa interessada, do benefício obtido por esta ou por pessoas com ela diretamente relacionadas, do prejuízo causado às instituições, aos seus clientes, aos seus credores ou ao sistema financeiro e, ainda, da eventual violação de deveres relativos à supervisão do Banco de Portugal.

Dos n.ºs 7 e 8 resulta que para a avaliação da idoneidade o BdP deverá trocar informações com as restantes autoridades de supervisão (Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e, sendo o caso, autoridades de supervisão estrangeiras mencionadas no artigo 18.º) e consultar a base de dados de sanções da EBA, e por

ultimo, resulta do n.º 9 uma presunção legal de verificação da idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito que se encontrem registados junto da CMVM, da ASSFP, ou de autoridades de supervisão da União Europeia, quando esse registo esteja sujeito a exigências de controlo da idoneidade, e a menos que factos supervenientes conduzam o Banco de Portugal a pronunciar-se em sentido contrário.

Quanto às *diretrizes* constantes nas Orientações EBA (que como suprarreferido, devem ser implementadas pelo BdP, cf. artigo 16.º do Regulamento EU n.º 1093/2010) constata-se que a idoneidade é desde logo abordada no ponto 5, referente a critérios gerais de avaliação (da aptidão dos membros dos órgãos de administração e fiscalização e de quem desempenha funções essenciais nas IC), aí se esclarecendo que a mesma é sempre um requisito necessário, independentemente da "natureza, dimensão e complexidade da atividade desenvolvida" pela IC (ponto 5.2), e que perante uma questão que suscite dúvidas quanto à experiência ou idoneidade, avalia-se em que medida esse facto põe ou pode pôr em causa a aptidão do indivíduo em questão, sendo tidas em conta todas as questões pertinentes e disponíveis para essa avaliação, independentemente de quando e onde tiveram lugar (ponto 5.3).

Já no ponto 13 ("critérios de idoneidade"), são dadas diretivas dirigidas ao apuramento da idoneidade, fazendo-se uma primeira abordagem pela negativa, ao afirmar-se que o sujeito em causa goza de idoneidade *se não* existirem elementos que sugiram o contrário nem razões para dúvidas fundadas sobre a mesma – sublinhando-se uma vez mais que para a formulação de um juízo sobre o assunto são tidos em conta todos os dados pertinentes disponíveis – e que *não goza* de idoneidade quando a sua conduta pessoal ou profissional suscitar dúvidas materiais sobre a sua capacidade de garantir uma gestão sã e prudente da instituição de crédito (pontos 13.1 e 13.2).

Todos os restantes critérios são dados sobre a forma de aspetos a levar em conta no apuramento da idoneidade.

Assim, devem ser tidos em conta quaisquer registos criminais ou administrativos relevantes, considerando o tipo de condenação ou acusação, o nível de recurso, a sanção aplicada, a fase do processo judicial alcançada e o efeito de eventuais medidas de reabilitação, sendo levadas em consideração as circunstâncias específicas (ponto 13.3), especificando-se ainda que são considerados os efeitos cumulativos de outros incidentes menores que, embora individualmente não afetem a idoneidade de um membro, sejam suscetíveis, no seu conjunto, de ter um impacto material (ponto 13.4).

Acrescenta-se que são *particularmente* tidos em conta alguns fatores "suscetíveis de levantar dúvidas sobre a idoneidade de um membro", a saber, a condenação ou acusação por infração penal (o que é ilustrado com um conjunto de exemplos), investigações relevantes, presentes ou passadas, e/ou medidas coercivas relativas ao membro, ou a imposição de sanções administrativas por incumprimento das disposições que regem a atividade bancária, financeira, de intermediação de valores mobiliários ou seguradora, ou da legislação relativa aos mercados de valores mobiliários, aos valores mobiliários ou meios de pagamento, ou qualquer legislação relativa aos serviços financeiros; e investigações relevantes, presentes ou passadas, e/ou medidas coercivas aplicadas por quaisquer outras entidades reguladoras ou profissionais devido a incumprimento das disposições pertinentes (ponto 13.5).

Deverá ainda ser *dada atenção* a um conjunto de fatores relativos à regularidade da conduta do membro em atividades profissionais anteriores (cf. ponto 13.6).

Por fim, explicita-se que são consideradas algumas situações relativamente ao desempenho profissional passado e presente e à solidez financeira de um membro no que se refere ao eventual impacto das mesmas na respetiva idoneidade (cf. ponto 13.7).

Em face do exposto, uma primeira conclusão a retirar da análise do regime constante no Decreto-Lei n.º 157/2014 é de que embora o requisito da "idoneidade" dos membros dos órgãos de administração e fiscalização surja ao lado de outros igualmente relevantes na avaliação da respetiva adequação e das garantias que devem oferecer de "gestão sã e prudente da instituição de crédito" [cf. alínea *j)* do n.º 1 do artigo 14.º do RGICSF] – como é o caso da qualificação profissional (cf. artigo 31.º), independência (cf. artigo 31.º-A) e disponibilidade (cf. artigo 33.º) –, o mesmo consubstancia um *requisito autónomo*, devendo ser apreciado isoladamente de acordo com critérios específicos.

É o que resulta por um lado da consagração independente de exigências específicas para cada um dos referidos requisitos (nos já citados artigos 30.º-D, 31.º, 31.º-A e 33.º), e por outro da referência disjuntiva aos vários critérios a propósito dos requisitos gerais das IC com sede em Portugal [cf. alínea *j)* do n.º 1 do artigo 14.º], da recusa de autorização para a constituição das IC [cf. alíneas *c)* e *h)* do n.º 1 do artigo 20.º], da recusa e revogação da autorização para o exercício de funções pelo BdP (cf. n.º 1 do artigo 30.º-C), da revogação de autorização, do registo, da avaliação da adequação para o exercício do cargo (cf. n.º 3 do artigo 30.º), da falta de adequação superveniente para o exercício

de funções, a comunicar pelas IC ao BdP (cf. n.ºs 1 e 4 do artigo 32.º), e ainda da publicidade das normas internas das IC (cf. artigo 115.º-I), das medidas de intervenção corretiva [cf. alínea *s)* do n.º 1 do artigo 141.º, n.º 5 do artigo 145.º-A e n.º 1 do artigo 145.º-G].

Esta circunstância resulta também dos critérios constantes das Orientações EBA, nas quais os critérios de idoneidade (cf. ponto 13) são distintos dos critérios de experiência (profissional) (cf. ponto 14) e de governação (cf. ponto 15), sendo neste último critério (governação) que surgem ponderados os aspetos relacionados com a independência e disponibilidade para o exercício de funções.

A segunda conclusão a retirar é que de facto, e embora a lei estabeleça vários limites e orientações com vista à densificação do conceito de idoneidade, é conferida uma importante margem de liberdade para a sua concretização, apelando-se abertamente a um juízo de *prognose* "sobre as garantias que a pessoa em causa oferece em relação a uma gestão sã e prudente da instituição de crédito".

Por outro lado, é impressiva a abertura, não apenas de algumas das circunstâncias a serem levadas em conta nos termos do disposto no supramencionado n.º 3 do artigo 30.º-D [é o caso dos "indícios" referidos na respetiva alínea *a)*, das menções referidas na alínea *e)* e das "quaisquer outras circunstâncias" a que se alude na alínea *h)*], como da possibilidade de nas circunstâncias a serem levadas em conta no juízo valorativo de prognose a efetuar pelo BdP a lei se bastar com a mera acusação ou pronúncia do visado [cf. as alíneas *b)* e *c)* do n.º 5 do artigo 30.º-D], também elas fundadas na recolha de "indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente" ou de "indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança" (cf. n.º 1 do artigo 283.º e n.º 1 do artigo 308.º, ambos do CPP).

Recorde-se a propósito que nas decisões judiciais conhecidas sobre esta matéria, os Tribunais concluíram não se estar perante um conceito "discricionário".

Assim, no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 3 de maio de 2005, no processo 01009/04, estava em causa a legalidade de uma deliberação do Conselho de Administração do BdP datada de 12 de novembro de 2002, cancelando o registo como membro do Conselho de Administração de determinada sociedade do Recorrente.

Este atacara a referida decisão junto do Tribunal de 1.ª instância, assacando-lhe vícios de violação de normas constitucionais, *maxime* do princípio

da presunção de inocência consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da CRP, e do disposto no artigo 30.º do RGIC, na redação do Decreto-Lei n.º 232/96, de 5 de dezembro, mas aquele Tribunal não deu provimento à sua pretensão.

O STA entendeu a propósito que "o artigo 30.º do Regime Geral (…) não atribuiu um "poder discricionário" ao Banco de Portugal na verificação da idoneidade dos administradores das instituições de crédito, fora dos casos expressamente previstos" (cf. o citado acórdão no proc. 01009/04).

No mesmo sentido se revelam os acórdãos proferidos pelo Tribunal Central Administrativo Sul de 26 de abril de 2012 processo 03836/08 e de 21 novembro de 2013, processo 07623.

Poderá face à nova redação da norma concluir-se atualmente de modo diverso?

Que está em causa um conceito indeterminado *lato sensu*[60], é um facto, como de resto resultava também pacífico nas suprarreferidas decisões judiciais.

No entanto, não parece ainda assim que o "espaço de conformação" do aplicador, no caso, o BdP, se estenda aos próprios pressupostos da norma, de molde a que se possa concluir que possa existir mais do que uma solução válida para o caso concreto deixada à sua liberdade conformadora[61].

Ou, dito de outro modo, em causa está (ainda) um conceito cuja aplicação em concreto se resolve hermenêuticamente, dentro dos limites (amplos) da previsão delimitada pela lei[62].

Com efeito, a decisão terá sempre de se conter nos limites das circunstâncias previstas no n.º 3, ou de outras a elas análogas, das orientações previstas no n.º 4 e ainda, e não de somenos importância, às situações elencadas no n.º 5, todos do artigo 30.º-D do RGICSF.

A abertura da norma, que numa primeira leitura parece sugerir uma inclinação do legislador favorável à atribuição de um poder discricionário, terá antes a ver com a necessidade de conceder ao regulador meios para melhor tutelar a confiança nas IC, também perante situações em que se conclua com segurança que a existência de meros indícios, pela respetiva gravidade, seja suficiente para a fazer perigar, explicando-se assim pela natureza específica do bem (confiança na instituições e no limite no próprio sistema financeiro) a tutelar.

---

60 Como foi já referido supra, de conceito caracterizado "por um elevado grau de indeterminação" (Sousa, 1994), ou com conteúdo e extensão em larga medida incertos (Engisch, 2014).

61 Correia, 2008: 38-40.

62 Correia, 2008: 38-40.

4. CONCLUSÃO

Chegados aqui, importa sintetizar algumas conclusões.

Assim, o controlo da idoneidade enquadra-se na atividade de supervisão microprudencial, ou seja, a supervisão com finalidade preventiva que incide sobre cada instituição individualmente, sendo que uma abordagem adequada da dimensão preventiva da supervisão deve levar em conta a necessidade de uma dinâmica constante entre a supervisão macro e microprudencial.

Ainda que se revele um instrumento importante para a recuperação da confiança nas IC e no próprio sistema financeiro no atual contexto pós crise financeira, importa que o controlo da idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização seja concretizado com o equilíbrio necessário a evitar que se defraude o próprio objetivo da supervisão.

Importa por isso que do conceito de idoneidade não seja feito um mau uso, que favoreça fenómenos de ecologia profissional ou/e de captura do sistema[63].

Uma vez que o conceito de idoneidade é um conceito indeterminado, a sua definição e aplicação casuística deve rodear-se dos adequados cuidados, designadamente no que diz respeito à correta composição de interesses no procedimento de aplicação, ao respeito pelas finalidades da lei e à correta fundamentação dos atos administrativos que o apliquem, tanto mais que o controlo da idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito encerra em si uma tensão entre princípios[64] como o da proteção do interesse geral (artigo 266.º da CRP), da defesa dos consumidores e investidores [cf. artigo 81.º, alínea i) da CRP] do funcionamento eficiente dos mercados [artigo 81.º, alínea *f)* da CRP], e da liberdade de profissão e iniciativa e da presunção de inocência[65] (cf. arts. 32.º CRP, 6.º CEDH).

Não existe hoje qualquer dúvida de que o poder discricionário não é um poder arbitrário mas sim um "poder jurídico", conferido e delimitado pela lei, sujeito ao controlo jurisdicional da respetiva legalidade, podendo ser sindicados todos os aspetos vinculados do ato ou sujeitos a limitações externas ou condicionantes jurídicas da discricionariedade.

Sucede que apesar da crescente latitude do regime de controlo da idoneidade, que permite que atualmente a mesma seja aferida com base em meros

63 Catarino, 2014.

64 Catarino, 2014.

65 Cf. o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 3 de maio de 2005, processo 1009/04.

indícios, não está em causa um conceito "discricionário", não sendo conferido um poder discricionário para a respetiva aplicação.

Com efeito, o "espaço de conformação" conferido ao aplicador do conceito não se estende aos próprios pressupostos da norma, não se podendo por isso concluir que seja passível de existir mais do quem uma solução válida para o caso concreto, deixada à liberdade de configuração do aplicador da lei[66].

Por ultimo, importa recordar que tendo sido anunciada a revisão das Orientações EBA de 22 de novembro de 2012, esta matéria poderá a breve trecho vir a ser objeto de desenvolvimentos no plano da União Europeia.

66 Correia, 2008: 38-40.

BIBLIOGRAFIA

Almeida, Mário Aroso de

2014 *Manual de Processo Administrativo*, Coimbra: Almedina.

Almeida, Mário Aroso de, Cadilha, Carlos Alberto Fernandes

2010 *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina.

Amaral, Diogo Freitas do

2014 *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra: Almedina

Andrade, José Carlos Vieira de

2006 *A Justiça Administrativa (Lições)*, 8.ª ed., Coimbra: Almedina.

Câmara, Paulo

2012a "A renovação do direito bancário no início do novo milénio", in Paulo Câmara & Manuel Magalhães (coord.), *O novo direito bancário*, Coimbra: Almedina, pp. 11-70.

2012b "O governo societário dos bancos – Em particular as novas regras e recomendações sobre a remuneração da banca", in Paulo Câmara & Manuel Magalhães (coord.), *O novo direito bancário*, Coimbra: Almedina, pp. 141-174.

Catarino, Luís Guilherme

2010 *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros. Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Coimbra: Almedina.

2013 *O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?*, Instituto dos Valores Mobiliários – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível em: http://www.institutovaloresmobiliarios.pt/estudos/pdfs/1390490035governar_com_a_administra%C3%A7%C3%A3o_independente.pdf.

2014 "Controlo de Idoneidade", slides de apoio à conferência "Requisitos de adequação ao exercício de funções em instituições de crédito e sociedades financeiras: o novo regime de controlo da idoneidade", proferida em 28/10 em Lisboa, IVM/FDL.

Cordeiro, António Menezes

2006 "Regulação económica e supervisão bancária", in *O Direito*, Lisboa, Ano 138, II, pp. 245-276.

2014 *Manual de Direito Bancário*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina.

Correia, José Manuel Sérvulo

1987 *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coleção Teses, Coimbra: Almedina.

2008 "Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo jurisdicional", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 70, pp. 32-57.

Costa, António Augusto

2012 *A erosão do princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*, Cedipre online, 12, Coimbra: Centro de Estudos de Direito Público e Regulação – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível em: http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/online/public_12.pdf.

Engisch, Karl

2014 *Introdução ao Pensamento Jurídico*, tradução portuguesa da edição alemã de 1983 por José Batista Machado, 11.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Larosiere, Jacques de [*et al*]

2009 The High-Level Group of Financial Supervision in the EU Report, Bruxelas.

Maçãs, Maria Fernanda

2006 "O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, pp. 21-49.

Maurer, V. Hartmut

1994 *Droit administratif allemand*, tradução francesa da edição alemã de 1992 por Michel Fromont, Paris: L.G.D.J.

Mishkin, Frederic S., Matthews, Ken & Giuliodori, Massimo

2013 *The Economics of Money, Banking § Financial Markets*, European edition, Harlow: Pearson Education Limited.

Neves, Castanheira

1995 "O problema da discricionariedade", in NEVES, Castanheira, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Vol. I., Coimbra: Coimbra editora, pp. 531-596.

Otero, Paulo

2003 *Legalidade e Administração Pública. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra: Almedina.

Pikety, Thomas

2014 *O Capital no Século XXI*, Lisboa: Temas e debates – Círculo de Leitores.

Saraiva, Rute

2013 *Direito dos Mercados Financeiros*, Lisboa: AADFL.

Soares, Rogério Guilherme Ehrhardt

1955 *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra.

Sousa, António Francisco de

1994 *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo*, Coimbra: Livraria Almedina.

Stiglitz, Joseph E.
2011 "Of the 1%, by the 1%, for the 1%", *Vanity Fair*, disponível em http://www.vanityfair.com/news/2011/05/top-one-percent-201105.
2013 *The Price of Inequality*, London: Penguin Books.

DEBT FINANCE: AS OBRIGAÇÕES COMO ENGODO DO INVESTIDOR E A INFORMAÇÃO EXTERNA COMO UM MEIO DE TUTELA DAQUELE

Inês Serrano de Matos

Abstract: *The subject addressed in this article relates to the right of retail investors to information, focusing, in particular, some of the issues related to the prospectus, as a key element that should be seen as the „rules of the game" but often is unknown to those investors. Finally, we share our opinion about what we believe to be the most efficient way to protect the investor, although it represents a return to the past.*

Sumário: 1. Introdução. 2. O *corporate finance*: em especial, o *debt finance*. 2.1. Considerações gerais acerca do financiamento societário. 2.2. O mercado de valores mobiliários: um universo em expansão e a especial necessidade de salvaguardar a confiança dos investidores. 2.3. Delimitação subjectiva do sujeito em análise. 3. Financiamento externo e directo: o empréstimo obrigacionista. 3.1. As principais vantagens do empréstimo obrigacionista. 3.2. Considerações gerais sobre as obrigações *plain vanilla*. 3.3. As mediáticas obrigações perpétuas, as obrigações subordinadas e o papel comercial – um engodo para atrair investidores ingénuos? 4. O direito do investidor à informação. 4.1. A informação no mercado de valores mobiliários: breve evolução e suas funções. 4.2. A oferta pública de subscrição. 4.3. A informação e o prospecto. 4.4. Como salvar o *peixe-dourado* do *tanque dos tubarões* – notas finais.

1. INTRODUÇÃO[1]

Volvidos alguns anos sobre o início dos escândalos financeiros que constituíram marcos na economia mundial, uma segunda vaga se sucede pelo Mundo,

1 Por decisão pessoal da Autora, o presente texto foi escrito segundo as regras do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1945, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 35 228, de 8 de Dezembro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 32/73, de 6 de Fevereiro.

em geral, e em Portugal, em particular, que tem sido palco de alguns (e bem significativos).

A crise económico-financeira mundial que hoje atravessamos ameaça desfazer (*quiçá* para sempre) o mito da transparência, da racionalidade e da eficiência dos mercados financeiros regulados, colocando em evidência (ou apenas questionando) as fragilidades de várias entidades actuantes neles como o Banco de Portugal, a Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, as sociedades de notação de risco e a banca em geral, todos eles *players* fundamentais naquele que alguns Autores designam como um *jogo de falsidade*[2].

Com efeito, a crise financeira de 2007[3] evidenciou – além de todos os efeitos nefastos que se conhecem – a necessidade e a dependência crescentes do recurso ao financiamento, revelando-se as respectivas fontes cada vez mais escassas, em virtude da assinalável restrição de liquidez que se abateu sobre o sistema financeiro português (agravada, depois, pela denominada *crise das dívidas soberanas*).

É neste contexto que recrudesce o relevo do financiamento através de capitais alheios, em grande medida com recurso ao investimento privado, na modalidade actualmente tão em voga dos *empréstimos obrigacionistas*. É precisamente sobre a categoria dos obrigacionistas, enquanto investidores não qualificados – e em princípio mais carecidos de tutela – que o nosso estudo vai incidir. Mais concretamente, a análise terá o seu enfoque no direito destes sujeitos à informação, por um lado, e, por outro, o estudo do dever de prestação de informação que impende sobre a entidade que oferece aqueles valores mobiliários, focando em concreto algumas das questões que se prendem com o prospecto, elemento essencial que deveria ser encarado como as "regras do jogo" e que, não raras vezes, se revela desconhecido do investidor.

A escolha do tema que genericamente enunciámos foi influenciada pela sua riqueza, actualidade e relevância, sobretudo em tempos marcados por uma profunda crise financeira e económica, que colocou no proscénio mediático a

2 A propósito dos escândalos financeiros ocorridos nos últimos 25 anos, ironiza António José Avelãs Nunes: "tais "escândalos" vieram desfazer o mito da transparência, da racionalidade e da eficiência dos mercados financeiros regulados e afectam negativamente a «honorabilidade das mais distintas» empresas de contabilidade e de consultadoria financeira e as «sagradas» agências de *rating*, todas elas comprometidas até à medula com as instituições financeiras e com os gestores das grandes empresas neste jogo de falsidade" – cfr. Nunes, 2011: 27.

3 Para uma análise detalhada da crise de 2007 e dos seus motivos, veja-se, entre outros, Bessa, 2010: 867 e ss..

figura do obrigacionista, sobretudo e como exporemos adiante, devido a uma flagrante falta de adequada informação[4].

Embora cientes de que a matéria em estudo anda nas *bocas do mundo* – e não propriamente pelas melhores razões – e que fará ainda correr muita tinta, notamos que, por imperativos de concisão, o presente texto não tem qualquer pretensão de exaustividade sobre o seu objecto (e menos ainda sobre as várias discussões e questões latentes).

2. O *CORPORATE FINANCE*: EM ESPECIAL, O *DEBT FINANCE*

2.1. Considerações gerais acerca do financiamento societário

Num contexto económico e financeiro como o actual, marcado pela crescente escassez de fontes e de mecanismos de financiamento, assume assinalável relevo a temática do financiamento societário[5]. Com efeito – e mais em alturas de crise, conforme sublinhávamos –, as sociedades necessitam de recorrer a fontes de financiamento, podendo estas ser mais ou menos regulares. Muitos podem ser os motivos subjacentes a esta necessidade, desde o investimento num novo produto ou área de negócio, até à manutenção da actividade da sociedade.

O direito das finanças societárias, ou *corporate finance*, "estuda as finanças societárias de uma perspectiva jurídica, afastando a sua análise do prisma financeiro propiamente dito, ainda que este não possa, naturalmente, ser ignorado nas soluções jurídicas procuradas". Mais concretamente, o *corporate finance* "versa os vários aspectos financeiros da sociedade, com especial ênfase nas formas de financiamento da empresa"[6].

A extensa e complexa matéria de *corporate finance*, subdivide-se, no essencial, nas duas grandes modalidades de financiamento das sociedades: (*i*) o auto-

4 O presente trabalho corresponde, no essencial, ao Relatório apresentado no Seminário Especializado de Doutoramento em Ciências Jurídico-Empresariais, subordinado ao tema *"Financiamento das PME'S: Risco e Transparência"*, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Junho de 2015.

5 Neste contexto, Gabriela Figueiredo Dias explica o seguinte: "por um lado, a crise de liquidez, que resultou da combinação de vários fatores (crise financeira, regulação mais restritiva na concessão de financiamento por instituições de crédito, indisponibilidade de instrumentos de financiamento de longo prazo, etc.) e que acompanhou a crise financeira, determinou um aumento exponencial das necessidades de financiamento e da dependência e subserviência das empresas em relação aos seus potenciais ou atuais financiadores. Não é, por outro lado, expectável qualquer inversão, no curto prazo, da generalizada tendência de escassez e necessidade de financiamento" – veja-se, da citada Dias, 2014: 364.

6 Cfr. a propósito de ambas as citações do parágrafo, Oliveira, 2015: 11.

-financiamento, ou *equity finance*, e (*ii*) o financiamento com recurso a capitais alheios, ou *debt finance.* Esta última será a vertente cara à nossa exposição.

A decisão de recurso ao financiamento, a sua modalidade, maturidade e demais decisões acerca da *vida* do crédito, nomeadamente a possibilidade de a realização do financiamento ser acompanhada pela transferência para o credor de direitos de controlo[7], constituem decisões de gestão da sociedade e por isso serão, em princípio[8], matérias da competência do órgão de administração.

Indubitavelmente os dois grandes tipos de decisões com os quais o órgão de administração de uma sociedade, tradicionalmente, se deparam são, justamente, as decisões de financiamento e as de investimento[9].

No início da actividade das sociedades comerciais, elas recorrem, tradicionalmente, ao crédito bancário como única fonte de financiamento, sendo quase sempre necessária a prestação de garantias – pessoais ou reais – por parte dos seus sócios ou dos membros do órgão de administração para a concessão do mesmo.

Com a evolução e estabilidade da actividade societária, a sociedade poderá ganhar uma dimensão e reconhecimento assinaláveis no mercado, que lhe permitam aventurar-se nas complexas operações de financiamento estruturadas e, como tal, dirigir-se directamente ao mercado dos valores mobiliários como fonte de financiamento alternativa ao empréstimo bancário[10]; referimo-nos, nomeadamente, aos cada vez mais mediáticos empréstimos obrigacionistas. Estão, assim, abertas as portas para um complexo, mas admirável, *novo mundo*.

---

7 Sobre a matéria da transferência para o credor de direitos de controlo, veja-se o nosso: Matos, 2015.

8 Sendo o órgão de administração da sociedade o conselho de administração, o legislador – nos termos do artigo 406.º do CSC – atribui-lhe o poder de deliberar sobre qualquer assunto da administração da sociedade, apresentando o preceito em causa um elenco meramente exemplificativo das matérias que podem ser objecto de deliberação daquele órgão. Por seu turno, os accionistas só podem deliberar sobre matérias de gestão a pedido do órgão de administração, tal como previsto no n.º 3 do artigo 373.º.
Ora, quando referimos no texto a expressão "em princípio" estamos a equacionar a hipótese de o financiamento ser feito através de capital alheio, mais concretamente mediante a emissão de obrigações. Com efeito, nos termos do artigo 350.º do CSC a emissão de obrigações deve ser deliberada pelos accionistas, salvo se o contrato de sociedade autorizar que ela seja deliberada pelo conselho de administração. A este respeito António Silva Dias coloca a questão de saber se no caso de o contrato de sociedade nada dizer, se a deliberação da assembleia de accionistas deve ou não definir expressamente todas as condições de emissão ou se podem delegá-las no órgão de administração, mesmo no que respeita à decisão da própria emissão. Para o desenvolvimento desta questão em particular, veja-se Dias, 2002: 120 e ss.; e Castro, 1998: 149.

9 Neste sentido, Francisco, 2008: 38.

10 No sentido da alteração paulatina das fontes de financiamento com a evolução da sociedade, cfr. Cunha, 2012: 815.

2.2. O mercado de valores mobiliários: um *universo* em expansão e a especial necessidade de salvaguardar a confiança dos investidores

Num contexto económico e financeiro como o actual, as atenções encontram-se voltadas para o mercado de capitais[11] como uma das mais importantes alternativas no domínio do financiamento de sociedades.

Fruto de uma engenharia financeira e jurídica notável, a evolução e inovação que se tem observado neste mercado têm sido impressionantes. O recurso crescente ao capital alheio assume formas muito diversificadas, concretizadas, especialmente, em contratos e instrumentos de financiamento cada vez mais complexos e sofisticados. Dando nota desta realidade, Gabriela Figueiredo Dias explana que "tais instrumentos consubstanciam-se essencialmente em emissões de dívida, simples ou estruturada, ou de instrumentos híbridos de capital (valores mobiliários perpétuos, ações preferenciais, obrigações convertíveis) em contratos de financiamento altamente sofisticados, que envolvem frequentemente partes terceiras (*hedgers*) para além da sociedade financiada e do seu financiador directo"[12].

Por conseguinte, o investidor disporá de um vasto poder de decisão e uma possibilidade assinalável de escolha *a la carte*, dado o amplo leque de estratégias e de instrumentos financeiros (e suas possíveis combinações) que tem ao seu dispor.

Acontece que, paradoxalmente, estes mesmos mercados – inicialmente, apenas ao alcance de uma *elite*, tendencialmente os investidores qualificados – abriram-se ao público em geral, pelo que, além dos investidores qualificados, também os investidores com parcos (ou nulos) conhecimentos específicos na área começaram a movimentar-se livremente neles.

Se, por um lado, se trata de um mercado altamente sofisticado e complexo, por outro, ele depende extraordinariamente do factor confiança dos investidores; a confiança representa um elemento essencial enquanto modelador do mercado dos valores mobiliários, sem o qual é impossível o seu funcionamento[13].

---

11 Por razões de facilidade expositiva, usam-se indistintamente os termos "mercado dos valores mobiliários" e "mercado de capitais". Para uma interessante análise – embora acessória ao nosso estudo – acerca da evolução histórica dos mercados de valores mobiliários, veja-se Câmara, 2009: 36 e ss..

12 Cfr. Dias, 2014: 364.

13 A propósito da essencialidade da confiança do investidor nos mercados, v. Fernandes, 1997: 196 e ss.. Paulo Câmara explica do seguinte modo o impacto da falta de confiança do investidor no mercado: "os valores mobiliários representam direitos circuláveis: uma vez que o preço incorpora a potencial valorização futura dos direitos representados, o abalo da confiança numa sociedade ou num mercado pode ter consequências muito negativas nos mercados – potenciando, no limite, a ocorrência de crises sistémicas"

O investidor (ou o potencial investidor) tem o direito de poder confiar no mercado e nos seus agentes, e para que tal aconteça – *id est*, para que se assegure uma manutenção da confiança –, o mercado encontra-se provido de diversos agentes que têm um dever especialmente relevante: *o dever de desconfiar*. Este não é, portanto, um dever que impenda (unicamente) sobre o investidor, podendo este estar seguro de que *alguém desconfiará por si*.

Na verdade, sendo um mercado altamente massificado e permeável a crises (esta é, aliás, a realidade portuguesa nos últimos anos espelhada em todos os meios de comunicação social), urge atentar na especial fragilidade de alguns dos seus participantes.

2.3. Delimitação subjectiva do sujeito em análise

Aberto que está o mundo do mercado de capitais a qualquer sujeito que pretenda investir o seu aforro com vista à rentabilização, tanto podem mover-se naquele meio "*mutuantes sofisticados e bem informados*, que incluem bancos e investidores institucionais, altamente envolvidos na redacção dos contratos, na monitorização dos *covenants* e na renegociação em caso da violação destes", como "*mutuantes dispersos,* que incluem os investidores em geral e os fornecedores no caso do *trade credit*. Estes têm, como se compreende, um problema de informação e de ação coletiva"[14/15]. Os primeiros são os legalmente designados *investidores qualificados* e os segundos integram a categoria dos *investidores não qualificados*.

Para uma implementação prática das leis portuguesas sobre a actividade financeira, o legislador pátrio identificou no artigo 30.º do Código dos Valores Mobiliários (doravante apenas CVM) os sujeitos enquadráveis na categoria dos investidores qualificados[16], sem prejuízo do disposto no n.º 4 do preceito,

– cfr, Câmara, 2009: 31. Para nos recordamos de um exemplo célebre, a "bolha imobiliária" eclodida nos Estados Unidos da América em 2007 – devido às dificuldades no crédito imobiliário de alto risco (*subprime*) – originou um impacto à escala mundial, agravando a instabilidade e desconfiança. Ora, justamente a instabilidade e desconfiança são os ingredientes essenciais para a *tempestade perfeita* (ou seja, para a ocorrência de crises sistémicas). O risco sistémico não é um fenómeno de fácil definição e compreensão, tão-pouco numa exposição com as limitações que temos; assim, para uma análise desenvolvida, veja-se Quelhas, 2012: 355 e ss..

14 Cfr. Oliveira, 2015: 121.

15 Devemos notar, apesar da aparente rigidez na distinção entre os sujeitos, que os primeiros também podem sofrer os mesmos problemas identificados, pese embora essa não seja uma realidade tão comum.

16 No sentido de evidenciar a importância prática da identificação de um sujeito como investidor qualificado ou não qualificado, atente-se, designadamente, na determinação dos sujeitos destinatários da oferta pública e da oferta privada, tal como previsto nos artigos 109.º e 110.º do CVM.

nos termos do qual "a CMVM pode, por regulamento, qualificar como investidores qualificados outras entidades dotadas de uma especial competência e experiência relativas a instrumentos financeiros […]".

Ora, no presente estudo, o termo investidor e a ideia de necessidade acrescida de tutela relaciona-se, evidentemente, com aqueles segundos sujeitos – os investidores não qualificados.

A necessidade de protecção do investidor acompanha toda sua atuação, desde a fase pré-contratual até ao desenvolvimento contratual, atravessando toda a vida do crédito. Porém, o intuito principal deste estudo será o da análise da necessidade de protecção do investidor (ou potencial investidor) numa fase pré-contratual, procurando explicitar as consequências e o impacto que pode originar a falta de informação num estádio inicial de investimento.

No CVM não se assiste à consagração de *direitos* de informação do investidor, mas sim de verdadeiros *deveres* de informação que impendem sobre diversos agentes actuantes no mercado de valores mobiliários. Por conseguinte, a protecção conferida ao investidor é, então, uma protecção reflexa, o que se compreende atendendo ao esquema de relações de massas que estão na base do direito dos valores mobiliários – dirigida ao público em geral – e às importantes funções que esta desempenha como promotora de uma cabal protecção do investidor e da máxima eficiência dos mercados.

3. FINANCIAMENTO EXTERNO E DIRECTO: O EMPRÉSTIMO OBRIGACIONISTA

3.1. As principais vantagens do empréstimo obrigacionista

Numa era em que os mercados de valores mobiliários assumem um papel vital na economia global, os empréstimos obrigacionistas[17] – em particular – apresentam-se como um dos mais importantes meios de financiamento da S.A[18].

17 Acerca da evolução histórica dos empréstimos obrigacionistas, cfr. Dias, 2002: 15 e ss..

18 Porém, além das sociedades anónimas, podem também emitir obrigações como modo de financiamento: as sociedades em comandita por acções (artigo 478.º CSC), as sociedades por quotas (Decreto-Lei n.º 160/87, de 3 de Abril), as cooperativas (artigo 30.º do Código Cooperativo), os ACE (base II n.º 4 da Lei n.º 4/73, de 4 de Junho), os AEIE (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 148/90, de 9 de Maio) e as instituições de crédito, nos termos do RGICSF. A respeito das várias entidades que são aptas a emitir obrigações, Paulo Câmara comenta que "o direito português é singular pela generosidade com que reconhece a capacidade a estruturas empresariais para a emissão de obrigações" – cfr. Câmara, 2003: 312.

Aliás, a principal fonte de financiamento externo e directo junto dos investidores consiste na emissão de obrigações.

Na realidade, cada vez mais é evidente a convergência dos interesses de diversos sujeitos nessa mesma direcção, desde os pequenos investidores até aos investidores qualificados; as obrigações além de permitirem uma diversificação no investimento, permitem uma remuneração do mesmo que se apresenta como mais apelativa quando comparada com as operações bancárias clássicas.

Num contexto de crise do crédito são mais evidentes as vantagens da emissão de obrigações como fonte de financiamento, sobretudo em relação a sociedades de maior dimensão. Ana Perestrelo de Oliveira elenca as quatro grandes vantagens do recurso ao *debt finance*[19]: *(i)* é geralmente mais barato e envolve menos riscos do que *equity finance*; *(ii)* representa um meio adaptável às necessidades da sociedade, devido às suas características camaleónicas; *(iii)* é uma forma de redução da dependência do financiamento bancário; e *(iv)* permite a uma sociedade financiar-se directamente junto dos investidores, reduzindo os custos através da "desintermediação".

Em particular, relativamente à emissão de obrigações, a citada Autora salienta que "a importância económica do financiamento através de obrigações justifica a intervenção dos governos no sentido de tentar impulsionar este sector de mercado de capitais, *maxime* pela via da tributação"[20].

3.2. Considerações gerais sobre as obrigações *plain vanilla*

A propósito do regime geral das obrigações – previsto nos artigos 348.º e ss. do CSC – e sempre que tal se justifique na economia da nossa exposição, aproveitaremos a ocasião para fazer uma alusão às alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de Fevereiro[21].

Sendo as obrigações uma das espécies de valores mobiliários, nos termos da alínea *b*) do artigo 1.º do CVM, ser-lhes-á aplicável – além do CSC – o regime previsto no CVM, designadamente no que respeita ao regime geral da sua transmissão e distribuição através de oferta pública. Destarte, é sempre

19 Cfr. Oliveira, 2015: 140.

20 Cfr. Oliveira, 2015: 141. A este respeito relembre-se o regime especial de tributação de rendimentos de valores mobiliários representativos de dívida, previstos no Decreto-Lei n.º 193/2005, de 7 de Novembro, com as alterações do Decreto-Lei n.º 25/2006, de 8 de Fevereiro, do Decreto-Lei n.º 29-A/2011, de 1 de Março, e da Lei n.º 83/2013, de 9 de Dezembro.

21 Para uma versão comentada sobre as alterações introduzidas no regime jurídico das obrigações, veja-se Santos & Guiné, 2015.

necessário articular o regime das obrigações que se encontra previsto no CSC com o do CVM.

As obrigações representam o mais paradigmático dos valores mobiliários que incorporam um direito de crédito sobre a entidade emitente. As obrigações ditas *comuns* ou *plain vanilla* são valores mobiliários representativos de dois fundamentais tipos de direitos de crédito[22]:

a) O direito ao reembolso – ou seja, o direito a receber o capital investido nas obrigações findo o prazo acordado; e
b) O direito ao juro – ou seja, o direito ao recebimento periódico de um rendimento derivado do capital (podendo ser variável ou fixo), remunerador da quantia colocada à disposição da entidade emitente.

O credor obrigacionista tem os seus interesses garantidos pelos aludidos direitos de crédito, pelo que ele é titular de uma *contractual claim* perante a sociedade. Uma vez que o obrigacionista não é titular de uma quota-parte da sociedade – nem do seu património social –, em caso de infortúnio/insucesso da sociedade, tem o direito de ser pago com preferência sobre os accionistas, os quais têm apenas o direito ao recebimento do valor remanescente (são, então, *residual claimants*)[23].

Pode acontecer, no entanto, que os dois principais direitos de crédito característicos das obrigações tradicionais sofram alguns *desvios* – conforme estudaremos adiante –, sem que isso influencie a sua definição como tal. Com efeito, o carácter meramente exemplificativo da lista prevista no artigo 360.º do CSC[24] e o princípio da liberdade contratual, que permite conformar o conteúdo do contrato a celebrar, viabilizam tal circunstância. Aliás, para dissipar quaisquer dúvidas que pudessem ainda subsistir, a alteração legislativa referida no

22 Cfr., neste sentido, Antunes, 2009: 80.

23 A este propósito não podemos deixar de chamar à colação a teoria norte americana dos *residual claimants,* que se encontra intimamente ligada à concepção contratualista do interesse social. A propósito da tão debatida questão do confronto entre os "interesses primários" e os "interesses secundários", a propósito do artigo 64.º do CSC, veja-se Guiné, 2011: 76 e ss.. O Autor esclarece – invocando a referida teoria dos *residual claimants* – que "ao accionista pertence uma quota parte do activo da sociedade, depois de pago todo o passivo. O accionista é, assim, titular de um «residual claim» – tem o direito ao remanescente (se existir)". De acordo com o citado Autor, a prevalência do interesse dos accionistas em detrimento dos interesses dos demais *stakeholders* parece ser justificada pelo confronto entre o direito contratual, titulado pelos credores sociais, e a mera expectativa patrimonial dos accionistas – cfr. Guiné, 2009: 71 e ss.

24 A propósito da análise do artigo 360.º e do seu carácter exemplificativo, veja-se, Dias, 2002: 58 e ss..

início do presente título, além de ampliar a lista constante no preceito, refere explicitamente a possibilidade de harmonização entre as várias modalidades de obrigações.

O financiamento societário através da emissão de obrigações não costuma ser acompanhado da prestação de garantias pela sociedade financiada, pelo que é previsível a aposição de cláusulas de salvaguarda no contrato – ou *covenants*[25] –, que configuram "obrigações acessórias (à obrigação principal de restituição do capital mutuado, acrescido de juros) para a sociedade financiada, positivas ou negativas, conforme imponham ou proíbam determinadas condutas"[26]. Estas cláusulas de salvaguarda têm vindo a tornar-se cada vez mais reconhecidas e aplicadas na Europa continental.

As obrigações podem ou não ser admitidas à negociação em mercado regulamentado; porém, a prática tem demonstrado que a subscrição de obrigações é, por motivos vários, negociada ao balcão.

Ao lado das obrigações *plain vanilla* existe uma diversidade assinalável de outras modalidades de obrigações – qual delas a mais invulgar – que se distinguem entre si pela natureza do emitente, pelo conteúdo dos direitos do credor, pela função financiadora ou pelo regime jurídico[27]. Em face da impossibilidade (e mesmo da desnecessidade para a economia do presente estudo)

---

25 Ana Perestrelo de Oliveira afirma que os *covenants* permitem aos credores "determinar contratualmente a condução dos assuntos sociais dos respectivos devedores, atribuindo-lhes, por seu lado, as situações de incumprimento o poder (*leverage*) para renegociar um controlo ainda mais intenso dos devedores confrontados com dificuldades financeiras". Neste ponto da exposição não pode deixar de aventar-se a hipótese de desalinhamento de interesses entre o credor financiador e a sociedade financiada, risco evidenciado pela designada *agency theory of covenants* (ATC). Ainda na esteira da citada Autora, as referidas cláusulas podem ser sistematizadas da seguinte forma: "(*i*) cláusulas relativas ao fornecimento de informação (reporting covenant), que exigem ao devedor a entrega de cópias dos documentos de prestação de contas [...] bem como a comunicação de eventos relevantes [...]; (*ii*) cláusulas tendentes a garantir a solvência da sociedade (*financial covenants*) [...]; (*iii*) cláusulas proibindo a disposição de bens sociais (*disposal of assets covenant*) [...]; cláusula que visam preservar a identidade da sociedade devedora durante o empréstimo (*change of business covenant*); (*v*) cláusulas que proíbem a alteração da estrutura de propriedade da empresa (*ownership clause*) e, bem assim, no caso de recuperação informal da empresa, cláusulas que determinam modificações ao nível do órgão de gestão; (*vi*) cláusulas que impedem a constituição de novas garantias (*negative pledge covenant*); finalmente (*vii*) cláusulas que implicam o vencimento da obrigação em caso de incumprimento (*events of default*), incluindo este o não pagamento da dívida ou a violação de outra obrigação contratualmente estabelecida [...]". – cfr. Oliveira, 2009: 103 e ss..
Porém e como bem evidencia Joana Pereira Dias, no caso dos *covenants*, regra geral, as obrigações apenas se encontram do lado do mutuário e não o contrário – cfr. Dias, 2003: 905.

26 Cfr. Silva, 2014: 237.

27 Para um elucidativo e sintético estudo acerca das várias modalidades de obrigações, veja-se, entre outros, Antunes, 2009: 91 e ss., Dias, 2002: 57 e ss.; e Oliveira, 2015: 141 e ss.

de explanar cada uma delas, não podemos deixar de dedicar especial atenção àquelas *obrigações* que – para infortúnio dos investidores incautos – têm feito correr muita tinta.

Com efeito, as obrigações perpétuas, as obrigações subordinadas e o papel comercial, configuram instrumentos de dívida cuja tecnicidade, complexidade e potencial de nocividade, desencadeiam uma *tempestade perfeita*, quando são subscritas sem a prévia e necessária prestação de informação adequada.

3.3. As mediáticas obrigações perpétuas, as obrigações subordinadas e o papel comercial – um engodo para atrair investidores ingénuos?

a) As obrigações perpétuas

As obrigações perpétuas representam valores mobiliários que são constituídos sem prazo para reembolso do valor mutuado e em que o valor superior do juro visa remunerar o risco do reembolso do valor investido.

Contrariamente às obrigações clássicas, as obrigações perpétuas não conferem ao titular o direito ao reembolso; elas "atribuem ao obrigacionista o direito a um juro majorado ao mesmo tempo que o priva do direito à restituição do capital, que assim se consolida definitivamente no património do emitente (salvo remição facultativa por vontade do próprio emitente)"[28].

As obrigações perpétuas representam uma das espécies de instrumentos híbridos de financiamento da sociedade[29]. O financiamento através de instrumentos híbridos – ou financiamento *mezzanine* – é aquele que apresenta tanto características de capitais próprios como de capitais alheios e, por isso, encontra-se num ponto intermédio entre aquelas duas formas de financiamento. Como sublinha Ana Perestrelo de Oliveira "uma das vantagens que os instrumentos híbridos apresentam é a possibilidade de, preenchidas determinadas características, serem elegíveis como capitais próprios"[30].

---

28 Cfr. Antunes, 2009: 92 e 93. De outra banda, também podemos encontrar obrigações que não conferem ao seu titular o direito aos juros – como no caso das obrigações de cupão zero (*zero bonds*) –, sendo a única remuneração do seu investimento o recebimento de um prémio de emissão e/ou reembolso.

29 Os instrumentos híbridos ou financiamento *mezzanine* são aqueles que apresentam características de capitais próprios e de capitais alheios, encontrando-se no ponto intermédio entre aquelas duas formas de financiamento – cfr. Oliveira, 2015: 149; e Guiné, 2011: 75 e ss..

30 Cfr. Oliveira, 2015: 150 e 151.

Pese embora as obrigações perpétuas e os demais valores mobiliários híbridos possam ser emitidos pelas sociedades de direito português[31] – pelo menos nada parece impedi-lo –, a verdade é que os bancos parecem ser os principais emitentes de valores mobiliários híbridos.

Apesar de não se revelarem uma realidade nova, até há alguns anos atrás as obrigações perpétuas pareciam ser desconhecidas do público em geral. Infelizmente e pelas piores razões, as obrigações perpétuas – a par de outros instrumentos de financiamento que analisaremos de seguida – têm feito correr muita tinta. Na verdade, as obrigações perpétuas até poderiam ser instrumentos com interesse se para eles houvesse mercado em Portugal, o que não acontece.

Estes valores mobiliários ascenderam ao proscénio mediático, essencialmente, com o escândalo que eclodiu a propósito do famigerado Banco Português de Negócios[32], na sequência das várias queixas apresentadas pelos seus investidores. Com efeito, clamavam os clientes daquela instituição financeira que, por desconhecimento e de boa-fé, haviam "comprado gato por lebre", *in casu*, obrigações perpétuas quando julgavam ter subscrito depósitos a prazo. Nessa altura (finais de 2008) e nos anos que se seguiram muito foi escrito e muitas horas de emissão dos meios de comunicação social foram despendidas dando nota dos escândalos que se vivenciavam e alertando para os esquemas, no mínimo duvidosos, que eram prática corrente.

No entanto, volvidos alguns anos sobre a dita sucessão de episódios, conclui-se que os escândalos se sucedem e apenas vão mudando os nomes dos bancos envolvidos, sem que sejam retiradas lições por parte dos vários intervenientes no mercado. A prova disso mesmo está no ressurgimento das obrigações perpétuas em mais um escândalo financeiro, que culminou com a resolução do Banco Espirito Santo, sendo o discurso dos lesados pelos efeitos de tal medida em (quase) tudo idêntico: invocam a confiança depositada na instituição e no gestor bancário, reclamam sobre a falta ou a complexidade da informação facultada e lamentam a sua aliteracia financeira.

As obrigações perpétuas não são os únicos valores mobiliários que têm inquietado os investidores; as obrigações subordinadas e o papel comercial – a par daquelas – também têm tido um papel principal naquela que podemos considerar mais uma *novela da vida real*, alimentando vários dramas pessoais.

---

31 Neste sentido, Guiné, 2011: 90.

32 A propósito da nacionalização daquele banco escreve Ferreira, 2011.

b) O papel comercial e as obrigações subordinadas

O papel comercial é um instrumento financeiro de natureza monetária[33] e representa um instrumento de dívida de curto prazo, que visa a suprir a necessidade imediata de liquidez[34].

Contrariamente às obrigações, o papel comercial representa uma emissão de dívida de curto prazo. Na base do surgimento do papel comercial encontra-se uma maior exigência dos investidores, no sentido de diversificação de risco, necessidade de liquidez e de garantia de rentabilidade nas aplicações e financiamentos de curto prazo[35].

O papel comercial é um instrumento de dívida que possui um regime jurídico próprio. Inicialmente, o papel comercial encontrou a sua consagração no Decreto-Lei n.º 181/92, de 22 de Agosto[36]/[37]. Todavia, com vista a "criar condições de funcionamento do respectivo mercado mais eficientes e mais próximas das da realidade europeia, e com o particular objectivo de contribuir para o reforço da dinamização do mercado de capitais em Portugal"[38], surge o Decreto-Lei n.º 69/2004,de 25 de Março[39], que revoga o regime jurídico até então em vigor, ocupando-se apenas da disciplina relativa a valores mobiliários com prazo inferior a um ano.

O n.º 1 do artigo 2.º do referido diploma consagra um princípio geral de liberdade de emissão de papel comercial, sendo várias as entidades autorizadas a tal emissão, nomeadamente, as sociedades comerciais. A emissão de papel comercial pode ser realizada através de oferta pública ou privada, aplicando-se o disposto nos artigos 109.º e 110.º do CVM.

À semelhança do que sucede com outros valores mobiliários, as ofertas públicas de papel comercial devem ser realizadas com intervenção de intermediário financeiro, legalmente habilitado para o efeito, que presta vários

33 Para maiores desenvolvimentos sobre o significado de instrumento financeiro de natureza monetária, veja-se Câmara, 2009: 206 e ss.; sobre a noção de valor mobiliário de natureza monetária, Ascensão, 2001: 44 e 45.

34 Para uma análise mais desenvolvida acerca deste meio de financiamento veja-se, entre outros, Dias, 2001.

35 Cfr. Dias, 2002: 88.

36 Tendo sido este diploma ulteriormente alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 231/94, de 14 de Setembro, 343/98, de 6 de Novembro, e 26/2000, de 3 de Março.

37 A respeito da evolução do papel comercial em Portugal, veja-se Teixeira, 1993.

38 Cfr. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 69/2004, de 25 de Março.

39 O referido diploma já foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 52/2006, de 15 de Março, e pelo Decreto-Lei n.º 29/2014, de 25 de Fevereiro.

serviços, entre eles os de assistência e colocação, se em causa estiverem as ofertas públicas de distribuição.

Passaremos agora a uma análise um pouco mais detida, embora de alcance necessariamente limitado, da disciplina própria (e substancial) da informação no âmbito do papel comercial, regulada nos artigos 17.º a 20.º do Decreto-Lei n.º 69/2004 e no Regulamento da CMVM n.º 2/2014.

O Decreto-Lei n.º 69/2004 prevê alguns deveres informativos que impendem sobre várias entidades, com especial destaque para a emitente. Com efeito, ela deve elaborar uma nota informativa sobre a emissão ou sobre o programa de emissão, contendo informação sobre várias matérias, nomeadamente a sua situação patrimonial, económica e financeira, individual e consolidada, e do grupo em que se insere.

A referida nota informativa considera-se dispensada caso exista um prospecto válido que inclua a possibilidade de emissão de papel comercial e desde que este contenha as informações que constam do anexo ao diploma, onde se incluem, designadamente, a necessária descrição dos factores de risco inerentes à oferta, ao emitente e às suas actividades. No que respeita ao idioma da nota informativa, em certas circunstâncias, pode ser elaborada em língua estrangeira, tal como estatui o n.º 2 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 69/2004, que expressamente remete para o disposto nos artigos 163.º-A e 237.º-A do CVM.

Nas ofertas públicas de papel comercial, a nota informativa é divulgada gratuitamente aos investidores até ao início da oferta através de disponibilização junto do emitente e das entidades colocadoras e por meio do sistema de difusão de informação da CMVM.

Por fim, uma última referência para a competência atribuída à CMVM – nos termos do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 69/2004 – no sentido de elaborar os regulamentos necessários à concretização do disposto neste diploma. A este propósito o Regulamento da CMVM n.º 1/2004 revelou-se essencial ao nível da densificação da matéria da informação, entretanto revogado pelo Regulamento da CMVM n.º 2/2014[40].

José Engrácia Antunes nota a assinalável versatilidade do papel comercial sublinhando que "o papel comercial constitui um instrumento financeiro de curto prazo passível de, através de operações de engenharia financeira, ser adaptado a necessidades de financiamento de médio e longo prazo, mormente

40 O referido Regulamento foi publicado no Diário da República, II Série, a 4 de Novembro de 2014.

através da atribuição de direitos de reembolso convertíveis em direitos de subscrição de nova emissão de prazo idêntico ou outros mecanismos idênticos"[41]/[42].

No que concerne às designadas obrigações subordinadas, apesar de a prática conhecer bem este tipo de instrumento de dívida tal conhecimento surge desacompanhado de um efectivo reconhecimento destas obrigações por parte dos investidores. Sempre que alguém opte por investir os seus capitais em obrigações deve estar consciente da existência das suas diversas modalidades, dependendo a escolha feita da tolerância ao risco e dos objectivos financeiros.

As obrigações subordinadas representam *tão somente* "a fórmula mais agravada de diminuição das garantias dos obrigacionistas"[43] na medida em que a sua emissão é acompanhada por uma cláusula (de subordinação) nos termos da qual, nos casos de liquidação ou insolvência da sociedade emitente, estes investidores serão pagos apenas depois dos demais credores titulares de dívida não subordinada. Ainda assim, o pagamento àqueles é anterior aos possíveis pagamentos a efectuar aos accionistas da emitente.

Até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 26/2015 estas obrigações não conheciam uma regulação sistemática; através daquele diploma o legislador acrescentou à lista do n.º 1 do artigo 360.º do CSC a alínea *e*) no sentido de serem qualificadas como "obrigações" aquelas que "confiram direitos de crédito sobre a emitente com caráter subordinado, sendo reembolsáveis somente após a satisfação integral dos seus credores comuns, desde que a natureza subordinada seja expressamente consagrada nas condições da emissão e nos documentos, registos e inscrições que lhes correspondam".

c) Informação precisa-se: a falta de informação como estratégia comercial

No contexto dos valores mobiliários a informação apresenta-se como factor primordial, especialmente para o investidor não qualificado, sobretudo se não perdermos de vista as dificuldades no acesso à mesma[44]. Em face da dificuldade – e não raras vezes impossibilidade – de os investidores recolherem para si a informação necessária, deverão ser os vários agentes de mercado, no cumprimento dos "deveres" de informação que sobre si impendem, a levá-la até àqueles.

41 Cfr. Antunes, 2009: 221.

42 António Silva Dias evidencia várias vantagens do financiamento através de papel comercial, tanto na perspectiva do emitente, como na do investidor; veja-se a este respeito: Dias, 2002: 91 e 92.

43 Cfr. Dias, 2002: 79.

44 A respeito da dificuldade de o investidor chegar até à informação, veja-se Almeida, 2010: 12.

Em momento anterior da exposição, identificámos alguns instrumentos financeiros que, apesar do seu potencial de nocividade, não eram do conhecimento do público em geral até há alguns anos. O que temos observado ao longo destes últimos anos – pelo menos é a ideia que ressalta a partir da segunda vaga de escândalos financeiros – é que, muitas vezes, aqueles produtos eram maquilhados e vendidos sob a forma de operações bancárias clássicas, *maxime* os depósitos a prazo[45].

Vários relatos públicos dão conta de episódios em tudo semelhantes e que se resumem ao seguinte: o investidor que privilegia operações às quais não se encontra associado um risco, dirigia-se ao banco com a ideia predeterminada de subscrever um depósito a prazo, produto tradicional transacionado pelo banco ao qual se associa uma maior segurança e certeza do recebimento do capital e dos juros. Ao invés disso, ele acaba por receber – sem que tenha essa noção – um passaporte para o sinuoso mundo do mercado dos valores mobiliários, pois o que subscreve são, por exemplo, obrigações subordinadas.

Um outro cenário também comummente relatado pode sintetizar-se desta forma: os clientes dirigem-se ao seu banco de confiança com vista a rentabilizar da melhor forma o seu aforro e são aconselhados a investir em certos instrumentos financeiros que, não sendo os típicos depósitos a prazo, representam o investimento num qualquer (miraculoso) valor mobiliário, emitido por uma qualquer sociedade ou mesmo pelo próprio banco; perante a apreensão do cliente/investidor acerca desse produto, será de imediato reconfortado com a garantia (*rectius*, a ilusão) do seu investimento por parte daquele que sempre foi o seu banco de confiança (chegando a referir-se que o produto financeiro comercializado beneficia de uma espécie de "garantia do (próprio) banco").

O pensamento imediato é o de que se nada correu mal até ao momento, porque não arriscar? Quando a ganância impera na vontade de ambas as partes é previsível que uma delas saia a perder (e nestes casos é fácil perceber qual). Não é à toa que afirma o célebre provérbio popular que "a ignorância é atrevida, porque desconhece o quanto ignora".

45 A matéria dos depósitos bancários pode ser estudada, entre outros, em Vasconcelos, 2011; em especial sobre o assunto dos depósitos a prazo, vejam-se as pp. 166 e ss.

4. O DIREITO DO INVESTIDOR À INFORMAÇÃO

4.1. A informação no mercado de valores mobiliários: breve evolução e suas funções

Na viragem do séc. XX a informação financeira era caracterizada pela sua escassez, pouca credibilidade e pela dificuldade no seu acesso. Por conseguinte e com vista a lograr aceder à informação, os bancos passavam a ocupar lugares na administração da sociedade emitente de valores mobiliários, com vista a facilmente chegarem à informação que não estaria, de outro modo, ao seu alcance. *Id est*, os financiadores passavam a integrar as administrações das sociedades, acedendo à informação como se de *insiders* se tratassem (porque efectivamente também o eram!).

Como bem nota Pedro Maia, havia nesse comportamento uma dupla vantagem: "por um lado, resolviam, por essa via, o problema que a assimetria de informação lhes criaria se eles detivessem menos informação que os *insiders*; mas, do mesmo passo, criava-se uma nova assimetria de informação – que agora lhes era favorável – com os restantes *outsiders*, tornando estes potenciais clientes de serviços financeiros"[46].

Porém, com o aumento da dimensão das sociedades e da quantidade dos investidores financeiros no mercado, tornou-se inviável semelhante actuação.

Acontece que o passo que se seguiu foi o de o investidor – de parca ou nenhuma informação – se ver inundado dela. Ademais, além de a informação ser numa quantidade desrazoável, ela reveste-se de uma tecnicidade e complexidade apenas ao alcance de muito poucos.

Ora, estavam assim reunidos os ingredientes necessários para a criação de uma nova assimetria, mas desta vez entre os investidores que conseguem compreender e apreender a informação (essencialmente os investidores qualificados) e aqueles que estão completamente desfasados dessa realidade que são os mercados de valores mobiliários (os investidores não qualificados).

Todavia, mesmo não compreendendo cabalmente a informação a que acede, o investidor não qualificado continua a mover-se no mercado de valores mobiliários, praticamente sem qualquer restrição. Paulatinamente, a preocupação dos reguladores e legislador começa a ser a de assegurar que esses tais investi-

46 Cfr. Maia, 2009: 1192 e ss.

dores não qualificados que se movem no mercado tomem decisões conscientes e esclarecidas de (des)investimento.

O tão falado movimento do *corporate governance* que vai tendo lugar em várias ordens jurídicas impõe, aliás, a produção de informação em termos exactos e de fácil acesso, de modo a que ela seja amplamente divulgada. Contudo, tal movimento surge desacompanhado dos meios aptos a assegurar a formação adequada a prestar aos investidores.

De que adianta a informação ser amplamente divulgada e de fácil acesso, se ela é totalmente imperceptível para grande parte dos seus destinatários? A resposta é fácil: não adiantará nada. Mais, a assimetria manter-se-á, pois a quantidade e a qualidade da informação são totalmente irrelevantes para os investidores não qualificados.

A este respeito Pedro Maia ensina que a quantidade e complexidade da informação tem um outro efeito que não o da redução da assimetria, "[a] sua *deslocação*: em vez de a assimetria existir entre *insiders* e *todos os outsiders*, passa a existir entre *uma parte dos outsiders* – aqueles que sejam capazes de tratar a informação – e *os restantes outsiders* – aqueles que não dispõem de condições para efectuarem esse tratamento"[47].

Será justamente por este motivo que a actividade de intermediação financeira ganhou especial relevo no contexto do mercado dos valores mobiliários. Na verdade, só se justifica que o investidor contrate um serviço de intermediação financeira se o intermediário dispuser de mais e melhor informação do que o investidor.

A acrescer ao exposto, não podemos deixar de sublinhar que o perfil de cada investidor deve ser respeitado aquando da sua decisão de investimento. A entidade que exerce a actividade de intermediação financeira – em regra um banco – deve adequar o instrumento financeiro a subscrever ao perfil do investidor (desde o mais conservador ao mais arrojado).

Naturalmente que a informação, depois de tratada e verdadeiramente entendida, pode diminuir a aversão do investidor ao risco, dada a transparência dos perigos de investimento. Como bem afirma Irving Fisher: "o risco varia inversamente ao conhecimento".

Em bom rigor, julgamos que a informação funciona não só contra abusos e influências de terceiros, mas, em grande medida, como meio de protecção do investidor contra si próprio, *rectius*, contra os comportamentos que por desco-

47 Cfr. Maia, 2009: 232.

nhecimento, excesso de confiança em si[48] ou crença exacerbada no factor sorte, possam comprometer toda a sua vida.

De resto, além de a informação servir o propósito de tornar o investidor conhecedor dos riscos, cumpre um outro propósito que é bem assinalado por Pedro Maia: a informação actua sobre a confiança do sujeito, ou seja, sobre as suas *crenças*. O Autor coloca em evidência que "[n]inguém ousaria pensar que os mercados financeiros mais sofisticados do mundo […] não produziam, afinal, informação fidedigna: e, porque se tomava como fidedigna a informação que era produzida e porque se tomavam como certos os factos que ela reportava […], criou-se uma colossal distância entre o *risco objectivo* do investimento e a *crença* sobre esse mesmo risco. […] Mas, antes de se ter desencadeado a crise, é inegável que o aumento de confiança gerou mais (muito mais!) investimento e, neste aspecto, o aumento de confiança produziu o efeito almejado"[49].

Não menos importante é a constatação de que a informação deve ser também encarada como criadora de um mercado. Na realidade, o comportamento de divulgação de um facto provoca – em princípio – uma reacção da parte do investidor; a tendência é a de investir quando a cotação do título sobe e desinvestir quando a sua cotação desce[50]; esta acaba por ser uma actuação orientada por sinais. A "sinalização" e o designado "comportamento de manada"[51] assumem relevo especial na actuação dos investidores, em especial dos particulares.

Por fim, assumimos como bom o pressuposto de que a informação – preenchidos que estejam certos requisitos, que identificaremos adiante – será bené-

48 Pedro Maia chega mesmo a referir que "os investidores tendem a ser "sobre-confiantes" ("overconfidents"), isto é, tendem a dar muito valor ao seu próprio conhecimento e à sua própria opinião em detrimento das opiniões e dos conhecimentos dos outros", prosseguindo o Autor no sentido de que a "sobre-confiança" tem um papel decisivo no comportamento dos investidores, tornando muito vincada a diferença entre os "optimistas" e os "pessimistas" – cfr. Maia, 2009: 892 e ss.

49 Cfr. Maia, 2009: 468.

50 A propósito da interferência da informação no comportamento do investidor, veja-se Marques & Freire, 1998: 118.

51 Assim, esta conduta consiste na adopção de uma estratégia de investimento levada a cabo por vários investidores, numa atitude claramente imitativa e apenas compreensível pela articulação da economia com a psicologia. Para mais desenvolvimentos acerca do designado *herding behavior*, cfr. Quelhas, 2012: 93 e ss.; e Lobão, 2003.

fica para um mercado eficiente[52], em geral, e para os investidores, enquanto destinatários principais da mesma.

4.2. A oferta pública de subscrição

Dada a complexidade e extensão que a matéria das "ofertas públicas" reveste, cumpre fazer três delimitações fundamentais ao âmbito do presente estudo: *(1.ª)* abordaremos apenas a oferta pública de obrigações (em detrimento da oferta particular); *(2.ª)* atentaremos na oferta pública de distribuição (não na oferta pública de aquisição) e apenas consideraremos a oferta pública de subscrição; e *(3.ª)* estudar-se-á, em concreto, a figura do prospecto da oferta, enquanto instrumento essencial de informação para as transacções de valores mobiliários.

A oferta pública de valores mobiliários encontra-se prevista no artigo 109.º do CVM[53] e constitui uma "proposta [contratual] dirigida ao público [sujeitos indeterminados, nos termos do n.º 1] tendo em vista a emissão, a alienação ou a aquisição de valores mobiliários através de um processo prescrito por lei"[54].

Como ensina Paulo Câmara, "a protecção conferida pelas ofertas públicas é sobretudo informativa – mas também significa, consequentemente, uma intervenção mais profunda da autoridade de supervisão". O Autor elucida também que "o dever de informação é tanto mais intenso quanto menor for a informação detida pelo cliente. A regra, pois, é da proporcionalidade inversa entre a densidade da informação a fornecer ao cliente e o grau de conhecimento e de experiência que este detém"[55].

A qualificação de uma oferta como pública determina algumas implicações jurídicas, de entre as quais destacamos[56]: (*i*) a necessidade de aprovação de um prospecto (artigo 114.º) ou, no caso das OPAs, também de registo prévio na

---

52 Como refere Margarida Azevedo de Almeida, a eficiência deve ser perspectivada de modo tripartido: (*i*) a *eficiência alocativa* significa a possibilidade de o investidor canalizar o seu aforro para a entidade que dele tire melhor partido; (*ii*) a *eficiência institucional* significa a confiança que a informação transmite no funcionamento do mercado; e (*iii*) a *eficiência operacional* significa a redução dos custos respeitantes às transacções – cfr. Almeida, 2010: 13. Defendendo esta mesma perspectiva, v. Castro, 1997: 334 e ss..

53 Relativamente aos critérios que operam a distinção entre a oferta pública e a particular, estes encontram-se previstos nos artigos 109.º e 110.º do CVM; para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, veja-se Vale, 1998: 29 e ss.; e Câmara, 2009: 577 e ss..

54 Cfr. Câmara, 2009: 574.

55 Cfr. Câmara, 2009: 577.

56 Para uma análise mais completa, cfr. Câmara, 2009: 583 e ss..

CMVM (n.º 2 do artigo 114.º); (*ii*) o dever de contratar um intermediário financeiro (artigo 113.º), e (*iii*) a preparação e divulgação de um prospecto (artigo 134.º).

À matéria das ofertas públicas aplicam-se dois princípios fundamentais[57]: o princípio da igualdade de tratamento dos investidores e o da estabilidade da oferta pública.

O primeiro reveste-se de especial importância no âmbito da nossa análise, na medida em que visa acautelar as situações de assimetria informativa entre investidores, de modo a que todos eles disponham da mesma informação no momento da tomada de decisão. Este princípio é concretizado em vários preceitos do CVM, nomeadamente no artigo 112.º.

O segundo princípio revela-se através de três concretizações:

(i) A *estabilidade do conteúdo da oferta*, que significa que o conteúdo da mesma deve manter-se inalterado ao longo de todo o processo, salvo raras excepções[58];
(ii) A *estabilidade do processo*, que significa que, em princípio[59], o processo da oferta deve ser ininterrupto; e
(iii) A *irrevogabilidade da oferta*, que significa que, em princípio e nos termos do artigo 130.º, o oferente não poderá revogar a sua proposta.

A oferta pública de subscrição é uma das *modalidades* de oferta pública de distribuição (regulada nos artigos 156.º e ss.) e tem lugar sempre que o oferente apele à subscrição por parte dos investidores, com vista à posterior emissão.

4.3. A informação e o prospecto

a) O prospecto da oferta e a tutela jurisdicional do investidor

Ao nível da legislação nacional, o CVM concentra as disposições essenciais sobre a matéria do prospecto. Ao nível comunitário, o prospecto é regulado por dois diplomas fundamentais: a comummente designada "Directiva dos

57 Continuamos a acompanhar de perto Câmara, 2009: 585 a 590.

58 São excepções ao referido a possibilidade de alteração da oferta por alteração das circunstâncias, nos termos do artigo 128.º (sobre esta matéria veja-se, em especial, Silva, 2003) e a possibilidade de revisão da oferta, designadamente nos termos dos artigos 172.º e 184.º.

59 Constituem excepções ao aludido princípio: a suspensão da oferta, nos termos do artigo 133.º, e a retirada da oferta, prevista nos artigos 131.º e 132.º.

Prospectos"[60], transposta pelo DL n.º 52/2006, de 15 de Março, e o Regulamento (CE) n.º 809/2004, de 29 de Abril, o qual já sofreu igualmente algumas alterações.

O prospecto é "o documento sujeito a fiscalização administrativa prévia que, em termos padronizados, concentra a informação relevante sobre o emitente, os valores mobiliários por este emitidos e o processo da oferta ou admissão em mercado regulamentado"[61].

O prospecto desempenha (*rectius*, devia desempenhar[62]) um papel fundamental ao nível da protecção do investidor, dado o seu carácter informativo, contribuindo igualmente para a prossecução do interesse público, mediante a promoção da segurança, eficiência e liquidez dos mercados.

Antes de avançarmos, cumpre esclarecer que, pese embora o ordenamento jurídico português preveja a existência de cinco tipos de prospecto[63], apenas atentaremos no prospecto da oferta.

Paulo Câmara explana que a função de protecção do prospecto é levada a cabo através de três vias[64]: *(i)* a do conteúdo obrigatório informativo, previsto nos artigos 136.º a 138.º do CVM, *(ii)* a da intervenção do intermediário financeiro, que reforça a protecção informativa, e *(iii)* a do regime de responsabilidade civil por vícios de informação e de previsão do prospecto, nos termos dos artigos 149.º e ss. do CVM [65].

Doravante, atenderemos sobretudo na dita *função protectora do prospecto* através do seu conteúdo obrigatório informativo, passando em revista as normas do CVM relevantes para este efeito.

---

60 Trata-se da Directiva n.º 2003/71/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Novembro, já alterada posteriormente.

61 Cfr. Câmara, 2009: 752.

62 Questão diferente, a abordar autonomamente no ponto seguinte, será a do desempenho cabal dessa sua função.

63 Além do prospecto da oferta, também se pode referir: (*i*) o prospecto de admissão (exigência decorrente do artigo 236.º do CVM), (*ii*) o prospecto de base (previsto nos artigos 135.º-A do CVM e do artigo 26.º do Regulamento (CE) n.º 809/2004), (*iii*) o prospecto preliminar (referido no n.º 2 do artigo 164.º, 165.º e 166.º) e, no âmbito dos fundos de investimento, (*iv*) o prospecto do fundo de investimento (ou a súmula deste – o prospecto simplificado), previsto no Decreto-Lei n.º 71/2010, sobretudo artigos 62.º e ss..

64 Cfr. Câmara, 2009: 755 e 756.

65 Muitos são os estudos levados a cabo a propósito da matéria da responsabilidade do conteúdo do prospecto. A título meramente indicativo, veja-se Peres, 1999; Pina, 1999; Silva, 1998; Frada, 1997; e Assmann, 2006.

A informação é, porventura, a medida geral de protecção do investidor mais relevante e, nesse sentido, o capítulo III do título I do CVM dispõe em especial sobre essa matéria. O princípio geral da informação encontra-se previsto no n.º 1 do artigo 7.º, nos termos do qual a informação fornecida terá de ser "completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita"[66], recaindo este dever sobre vários agentes de mercado, em particular sobre os emitentes, os oferentes, os intermediários financeiros, as entidades gestoras e a CMVM.

Salvo a excepção prevista no n.º 2 do artigo 135.º, a realização de qualquer oferta pública relativa a valores mobiliários deve ser precedida da divulgação de um prospecto (n.º 1). Os prospectos de oferta pública de distribuição estão sujeitos a aprovação pela CMVM, nos termos do n.º 1 do artigo 114.º, devendo o pedido de aprovação ser instruído com os vários documentos previsto no n.º 1 do artigo 115.º.

No caso das ofertas públicas de distribuição, a aprovação do prospecto ou a sua recusa devem ser comunicadas ao oferente no prazo de 10 dias, excepto se respeitarem a emitentes que não tenham previamente realizado qualquer oferta pública de distribuição ou admissão à negociação em mercado regulamentado, caso em que o prazo é de 20 dias[67].

O prospecto será aprovado pela CMVM verificada que esteja a sua conformidade com os seis requisitos da informação, mas o facto de ser aprovado o prospecto, não constitui para o investidor uma garantia daquela entidade quanto ao conteúdo da informação (nem da situação económica ou financeira do oferente, do emitente ou do garante, nem da viabilidade da oferta ou da qualidade dos valores mobiliários) – é o que resultado do n.º 7 do artigo 118.º[68]. Parece-nos, todavia, que além de tal norma visar furtar a CMVM à aplicação do regime da responsabilidade pelos vícios do prospecto, ela levanta algumas suspeitas no que tange à efectiva verificação da conformidade dos requisitos da informação constante do prospecto[69]. De facto, ao pretender desresponsa-

66 Mantendo uma análise bastante actual sobre cada um dos vários requisitos da informação de qualidade, veja-se Pina, 1999: 39 e ss.; e Marques & Freire, 1998: 115 e 116.

67 Cfr. artigo 118.º, n.º 1, alínea *b)* do CVM.

68 Chamando também a atenção para esta circunstância, Assmann, 2006: 180.

69 O facto de a CMVM não se estar incluída na lista do n.º 1 do artigo 149.º não significa que aquela entidade não possa ser demandada em sede de responsabilidade pelo prospecto; a este propósito frisa Paulo Câmara que "a CMVM pode ser responsável por vícios do prospecto. Há importantes funções públicas desenvolvidas pela CMVM na apreciação e informação, e a possibilidade que esta autoridade tem de corrigir os vícios do prospecto deve mostrar implicações ao nível da competente responsabilidade. Assim, se nos termos gerais da responsabilidade por actos praticados no exercido de funções públicas, se

bilizar a CMVM a norma lança a suspeita legítima de um aligeiramento da tarefa de que aquela autoridade está incumbida.

O artigo 135.º é um preceito muito relevante, pese embora consista, no essencial, numa réplica do já aludido artigo 7.º, mas aplicável em concreto ao prospecto. A "repetição" visará, porventura, o reforço da tutela do investidor.

Assim, aquele preceito exige que a informação veiculada no prospecto seja "completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita", com vista a permitir aos investidores "formar juízos fundados sobre a oferta, os valores mobiliários que dela são objecto e os direitos que lhe são inerentes, sobre as características específicas, a situação patrimonial, económica e financeira e as previsões relativas à evolução da actividade e dos resultados do emitente e de um eventual garante".

Com vista à tentativa de simplificação da (hercúlea) tarefa de compreender um prospecto, o artigo 135.º-A estipula a necessidade de "o prospeto de oferta pública de distribuição [dever] incluir um sumário que preste informações fundamentais aos investidores de forma concisa e numa linguagem não técnica"[70]. Conforme temos vindo a evidenciar ao longo da exposição, a crescente sofisticação e a complexidade de muitos produtos financeiros obsta à capacidade da maioria dos investidores para percepcionar o seu risco, vindo acentuar a importância de normas como esta.

O legislador pátrio, na senda do legislador comunitário, veio prever a possibilidade da utilização de um prospecto de base, contendo informação sobre o emitente e os valores mobiliários, em ofertas públicas de distribuição, no caso de valores mobiliários previstos no n.º 1 do artigo 135.º-C. O conteúdo do prospecto de base, as suas condições finais e a sua divulgação obedecem ao já referido Regulamento (CE) n.º 809/2004.

No que respeita ao conteúdo do prospecto, o legislador optou por elencar no artigo 136.º uma série de elementos informativos que devem dele constar: *a*) as pessoas que são responsáveis pelo conteúdo; *b*) os objectivos da oferta; *c*) o emitente e a actividade por este desenvolvida; *d*) o oferente e a actividade por este desenvolvida; *e*) a estrutura de administração e fiscalização do emitente; *f*) a composição dos órgãos do emitente e do oferente; e *g*) os intermediários financeiros que integram o consórcio de colocação, quando exista.

---

houver uma actuação culposa e ilícita a causar danos, a CMVM poderá ser responsabilizada em termos indemnizatórios" – cfr. Câmara, 2009: 763 e 764.

70 O n.º 3 do preceito define o que se deverá entender por "informações fundamentais" e o n.º 4 identifica os elementos fundamentais que aquelas devem conter.

O artigo 137.º dispõe, em concreto, sobre o conteúdo do prospecto de ofertas públicas de distribuição, o qual remete para o disposto no Regulamento (CE) n.º 809/2004. A CMVM pode dispensar a inserção de algumas informações no prospecto, mediante requerimento do emitente ou do oferente, contanto que preencha os requisitos estipulados no artigo 141.º.

Nos termos do artigo 140.º, o prospecto só pode ser divulgado após aprovação pela CMVM. Em princípio, o prospecto deve ser divulgado o mais tardar até ao início da oferta pública a que respeita. A divulgação do prospecto obedece igualmente ao disposto no Regulamento (CE) n.º 809/2004.

No que respeita ao idioma em que o prospecto deve ser redigido, dispõe o artigo 163.º-A que "o prospecto de oferta pública de distribuição pode ser, no todo ou em parte, redigido numa língua de uso corrente nos mercados financeiros internacionais (…)".

Por fim, deve frisar-se que, regra geral, o prospecto será válido pelo período de 12 meses contados desde a data da sua aprovação. Ademais, o prospecto deve ser completado por eventuais adendas e rectificações, nos termos do artigo 142.º, que devem ser requeridas à CMVM, com vista à sua posterior divulgação obrigatória.

b) Afinal, o prospecto é um elemento informativo (muitas vezes) inútil?

Muito embora seja entendido como *o* elemento principal da informação, a verdade é que, não raras vezes, ele acaba por não servir convenientemente os propósitos para os quais foi criado. Nesta medida, propendemos para uma resposta positiva à questão colocada no presente título, pelo que as linhas que se seguem pretendem justificar esta nossa opinião preliminar.

O prospecto deveria cumprir o propósito fundamental de permitir ao investidor "[formular] um juízo fundamentado sobre os valores mobiliários objecto da oferta, os direitos que lhes são inerentes e a situação patrimonial, económica e financeira da entidade emitente"[71].

Pese embora as diversas referências do CVM à defesa dos interesses dos investidores[72] e às especificidades do prospecto da oferta como forma de acau-

71 Cfr. Rodrigues, 2001a: 41.

72 Vejam-se, entre outros, o n.º 1 do artigo 6.º, a alínea *a)* do artigo 32.º, o n.º 1 do artigo 213.º, a alínea *c)* do n.º 2 do artigo 213.º, a alínea *a)* do n.º 1 do artigo 214.º, o n.º 5 do artigo 215.º, o n.º 1 do artigo 218.º, a alínea *e)* do n.º 2 do artigo 361.º, o artigo 412.º, o n.º 3 do artigo 422.º, todos os preceitos do CVM.

telá-los, em particular, acreditamos que o legislador se limita a estabelecer bons princípios, cuja aplicação prática é questionável.

Como referimos em momento anterior, a informação é um dever que impende sobre vários agentes que actuam no mercado de valores mobiliários e pode revestir diversas formas[73].

Nos casos que iremos analisar está em causa o respeito – *rectius*, o desrespeito – pelos princípios/requisitos atinentes à informação difundida no prospecto[74]: a completude, a veracidade, a actualidade, a clareza, a objectividade e a licitude da informação. A falta de qualquer um deles constitui um vício do prospecto, desencadeador dos mecanismos de responsabilidade civil previstos nos artigos 149.º e ss.[75]. Aliás, aqueles requisitos valem para toda a informação, tanto para obrigatória como para a facultativa, a prestar pelos vários agentes de mercado.

Os identificados *princípios*[76] deverão ser avaliados tendo em vista um investidor médio e pouco sofisticado[77], pelo que quando o intermediário financeiro elabora o prospecto[78] deve fazê-lo ciente de que este se dirige àquele.

Com vista a analisar o grau de conhecimento do investidor português acerca do mercado dos valores mobiliários têm sido levados a cabo diversos estudos e os resultados são realmente preocupantes; sumariamente, eles demonstram que "dois em cada três investidores manifestam um nível de conhecimento específico sobre matérias de natureza financeira que podemos classificar de insuficiente"[79].

---

73 Cfr. Rodrigues, 2001a: 39 e ss.

74 A propósito da aplicação destes princípios ao prospecto electrónico – cfr. Câmara, 1997, em especial pp. 23 a 36.

75 Paulo Câmara elucida a este respeito que "só estes vícios relevam para gerar responsabilidade ao abrigo dos artigos 149.º e ss.. Se o prospecto não corresponde à estrutura imposta pelas directivas comunitárias ofende a lei – mas os danos que daí decorram não serão ressarcidos ao abrigo do Código dos Valores Mobiliários se não existir um dos vícios relevantes ao abrigo do art. 135.º" – Câmara, 2009: 765.

76 No sentido de não estarmos perante verdadeiros *princípios jurídicos*, veja-se Pina, 1999: 39, nota 66.

77 Neste sentido, Monteiro, 1989: 101.

78 A elaboração do prospecto é uma competência do intermediário financeiro, em face da conjugação da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 113.º, que respeita à intermediação obrigatória e da alínea *a)* do n.º 2 do artigo 337.º, que define a elaboração do prospecto e do anúncio de lançamento como tarefas obrigatórias nos contratos de prestação de serviços de assistência financeira. Note-se, por fim, que as funções de assistência e colocação podem ser desempenhadas pelo oferente, quando este seja intermediário financeiro autorizado a exercê-las.

79 Cfr. Abreu & Mendes, 2006: 37.

Todavia, uma elaboração consciente do seu real destinatário é meramente ilusória; isto porque, na prática, embora o destinatário seja o investidor ou potencial investidor, o seu *intérprete* será o intermediário financeiro. Justamente por este motivo, Manuel Botelho da Silva defende que o padrão de ciência e experiência deve levar em consideração os esclarecimentos prestados ao investidor pelo intermediário financeiro, pelo que o investidor não deve ser entendido como um apedeuta[80].

Não podemos concordar com tal perspectiva, mesmo conscientes da existência da figura do intermediário. Com efeito, não se pode concordar com a elaboração de um prospecto que tenha em vista um destinatário esclarecido e sofisticado, pois o investidor, tendencialmente, não o é. Aceitar a elevação da fasquia no que concerne ao padrão de ciência e experiência aferidores da qualidade de informação, significaria assentir na tendência de ao mercado financeiro só terem acesso agentes particularmente especializados.

Na sequência do que vimos de afirmar, não podemos deixar de citar Nuno Casal que escreve, a propósito do *mercado de bolsa*, que "resulta da sua estrutura piramidal e do seu reduzido número de intervenientes uma grande preocupação do legislador em restringir o acesso, apenas o granjeando a um círculo de agentes particularmente qualificados, integrando estes um verdadeiro círculo de vida especial […]"[81]. É precisamente a apologia ao mercado (praticamente) inacessível ou acessível apenas com *auxílios* de outros agentes, que não faz sentido numa era em que o mercado de valores mobiliários é uma hipótese tão viável para a diversificação de estratégias de investimento, por um lado, e uma forma alternativa de financiamento ao tradicional recurso aos empréstimos bancários, por outro.

São vários os motivos que podem contribuir para a desinformação; destacamos, contudo, os três que julgamos mais característicos:

(i) A crescente sofisticação financeira e a complexidade de muitos produtos financeiros, que obstam à percepção dos riscos a incorrer;
(ii) A ausência de contacto do investidor com a informação; e
(iii) A extensão da informação transmitida no prospecto.

80 Cfr. Silva, 1998: 183.

81 Cfr. Casal, 1998: 185 e 186.

No que concerne ao primeiro ponto elencado, devemos notar que – mesmo que o investidor tenha acesso e leia cuidadosamente todo prospecto – a sofisticação e a complexidade de grande parte dos produtos financeiros obstam à capacidade da maioria para estimar o respectivo risco do investimento realizado ou a realizar. Como nota Gonçalo Castilho dos Santos, "a multiplicidade de fontes de informação e a variedade e complexidade da informação propriamente dita podem traduzir-se, sobretudo para o investidor não profissional, em barreiras para a correcta e esclarecida formação de (des)investir em valores mobiliários"[82].

Porém, o mercado de valores mobiliários reveste-se de várias características que lhe são intrínsecas sendo duas delas precisamente a sua sofisticação e os riscos[83]que se lhe encontram associados, pelo que a tutela concedida ao investidor não será no sentido da eliminação do risco, mas sim de torná-lo identificável e conhecido do investidor no momento da decisão de (des)investimento. Como ironiza Carlos Osório de Castro: "o investidor conserva o inalienável direito de ser estúpido (*to make a fool of himself)*, sendo o objectivo do direito do mercado de valores mobiliários apenas evitar que outrem faça dele estúpido (*to make a fool of him*)"[84].

No caso concreto está em causa o desrespeito pelo princípio da clareza da informação[85]. Este é um vício que se prende com *o modo* como a informação deve ser apresentada no prospecto[86].

Como escreve Carlos Costa Pina, "o princípio da clareza impõe simplicidade na transmissão da informação ainda que complexos sejam os factos que ela vincula, daí que as informações divulgadas de forma dúbia ou confusa, ou

82 Cfr. Santos, 2008: 338 e ss.

83 Os riscos a que nos referimos podem ser de várias índoles, designadamente o *risco de oportunidade* (fazer a opção correcta, uma vez que pode estar a perder benefícios se investisse de forma diferente), o *risco de administração* (a administração ser confiada a pessoa idónea e com *expertise* assinalável) e o *risco de liquidez* (advém de situações em que, porventura, o investidor esteja interessado em transaccionar as suas obrigações, sempre estará sujeito a não conseguir fazê-lo porque não conseguir encontrar outrem interessado em tomar o lado contrário a um preço que ele considere razoável) – cfr. Rodrigues, 2001a: 34 e 35.

84 Cfr. Castro, 1997: 337.

85 Há autores que consideram que este princípio é subsumível a um outro que é o da acessibilidade da informação; neste sentido, Pina, 1999: 43, nota 72.

86 Paulo Câmara resume que "os vícios da insuficiência e da falta de actualidade se prendem com o que deve constar do prospecto, ao passo que os demais vícios se relacionam mais com o modo como a informação deve ser apresentada no prospecto" – cfr. Câmara, 2009: 765.

apresentada num contexto pouco perceptível […], bem como as redigidas de forma vaga, ambígua ou não explícita […], e ainda aquelas que pelos termos utilizados sejam susceptíveis de induzir o investidor em erro […] não sejam admissíveis"; salienta ainda o Autor que "releva a forma de elaboração da informação, *v. g.*, a linguagem utilizada na sua redacção, bem como a estrutura e sistematização da sua exposição"[87].

No que respeita ao segundo aspecto *supra* identificado – a ausência de contacto do investidor com a informação –, ele pode dever-se a dois motivos distintos: (*i*) o desinteresse do investidor na leitura do prospecto, e (*ii*) a substituição do prospecto por um panfleto publicitário[88].

Relativamente ao desinteresse característico de grande parte dos investidores, Paulo Câmara assinala que "[a] prática tem revelado que poucos são os investidores a ler o prospecto na íntegra e a compreender toda a informação nele contida. Os destinatários principais do prospecto acabam por ser, em muitos casos, os investidores institucionais e os especialistas que apoiam as decisões dos investidores não-institucionais, directa ou indirectamente (*free riding*)"[89].

A SEC norte-americana está tão ciente da realidade exposta que "[incentiva] a maior clareza e acessibilidade do texto dos prospectos, por forma a estimular a sua utilização pelo investidor comum (*Plain English Disclosure*)"[90].

No entanto, também não somos apologistas de que se encare sempre o investidor como o *inocente*; é bom que fique claro que a sua apatia na tomada de conhecimento da informação também se deve, várias vezes, à sua noção de que o legislador tem tendência para o *infantilizar*[91]. Sobretudo após a segunda vaga de escândalos financeiros há uma preocupação acrescida com as decisões do investidor; pense-se, a título meramente exemplificativo, no caso das *novas*

87 Cfr. Pina, 1999: 43 e 44.

88 À matéria da mensagem publicitária será prestada uma especial atenção considerando a importância de que se reveste.

89 Cfr. Câmara, 2009: 766. Precisamente neste mesmo sentido de que "os principais destinatários da informação divulgada pelos emitentes são, hoje, os analistas financeiros" – cfr. Gomes, 2009: 115.

90 Cfr. Câmara, 2009: 766.

91 No sentido de que a protecção dos investidores não pode ser ilimitada, veja-se Rodrigues, 2001a: 33 e ss.. A autora começa por esclarecer que os limites à protecção do investidor "em última instância, decorrem da própria essência do investimento em valores mobiliários". A autora sintetiza então os limites: "inevitabilidade do risco, recusa de paternalismo por parte da entidade de supervisão e auto-responsabilização do investidor". A respeito dos limites de actuação da CMVM à protecção do investidor, veja-se Pereira, 2000: 85 e 87.

acções preferenciais sem direito de voto – as designadas acções preferenciais sem voto de *segunda geração*[92]. É que nos termos do n.º 4 do artigo 341.º do CSC, com a nova redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 26/2015, o legislador – ao prever o potencial de nocividade para o investidor – estatuiu que elas fossem subscritas exclusivamente por investidores qualificados.

No mesmo sentido proteccionista e ainda de acordo com o aludido diploma, o legislador acrescentou a alínea *e*) ao n.º 4 do artigo 349.º – acerca do "limite de emissão de obrigações". Nos termos daquele preceito, o requisito previsto no n.º 1 da norma – que se prende com o cálculo da rácio de autonomia financeira, através de uma complexa fórmula, decisiva para a possibilidade da emissão de obrigações pelas S.A. – não se aplica "às emissões que sejam integralmente subscritas por investidores qualificados, na aceção do Código dos Valores Mobiliários, e desde que as obrigações emitidas não sejam subsequentemente colocadas, direta ou indiretamente, junto de investidores não qualificados". Ou seja, se a emissão for integralmente subscrita por investidores qualificados, estamos perante uma oferta particular, nos termos da alínea *a*) do artigo 110.º do CVM, o que já significa de *per se* uma diminuição de tutela conferida àqueles.

A propósito da 2.ª parte da aludida alínea *e*) e nunca perdendo de vista a protecção do investidor não qualificado, estamos com Hugo Moredo Santos e Orlando Vogler Guiné[93] quando consideram que o legislador bem andou ao não ter descurado a possibilidade de num mercado secundário as ditas obrigações irem "parar às mãos" do investidor não qualificado[94].

O legislador actuou *qua tale* um "tutor" do investidor, decidindo o que será o melhor e o pior para si; neste caso *decidiu* que adquirir aquelas acções seria perigoso para o pequeno investidor. Eis, portanto, alguns exemplos claros de uma legislação fruto de um contexto de crise, que resultaram numa solução legislativa paternalista.

---

92 Esta designação é usada várias vezes por Marques, 2015: 223.

93 Cfr. Santos & Guiné, 2015: 193.

94 Atente-se, a este propósito, nas considerações que Hugo Moredo Santos e Orlando Vogler Guiné tecem acerca desta 2.ª parte da alínea *e)*; os Autores afirmam que "embora pareça impor, por um lado, que contratualmente (no contrato de subscrição e/ou nas condições de emissão) seja prevista a obrigação dos investidores qualificados não alienarem as suas obrigações a não qualificados, trata-se de um resultado que, em si mesmo, o emitente não poderá assegurar e que não é razoável que tenha um impacto negativo no emitente ou nas condições de existência da emissão se essa obrigação for incumprida pelos investidores" – cfr. Santos & Guiné, 2015: 194.

Todavia, sempre se questionará se, porventura, as obrigações subordinadas, as obrigações perpétuas e o papel comercial não são instrumentos de dívida ainda mais nocivos para os investidores não qualificados – do que as *novas* acções – mas que, ainda assim, não se lhes encontram vedados. Provavelmente, devemos aguardar pela próxima reforma legislativa para aquilatar se o paternalismo evidenciado se manterá, revelando uma nova tendência do legislador.

Um outro exemplo manifesto do dito paternalismo – não tão recente, mais ainda assim assinalável – é a revogação do artigo 110.º-A do CVM, sob a epígrafe "qualificação facultativa [como investidor qualificado]"[95] – operada pelo Decreto-Lei n.º 18/2013, de 6 de Fevereiro –, na sequência da transposição da Directiva do Prospecto; neste caso, o legislador revogou a faculdade de certos sujeitos, preenchidos que estivessem alguns pressupostos, requererem a sua qualificação como investidores qualificados. Nesta senda, ao revogar igualmente os n.ºs 2 e 3 do artigo 30.º, reduziu significativamente o leque de sujeitos classificados como investidores qualificados.

Perguntar-se-á o porquê deste afã do legislador no sentido de reduzir ao mínimo as entidades classificáveis como investidores qualificados? Cremos que a resposta é simples: cada vez mais são em menor número aqueles que têm capacidade, a informação e a formação para se exporem.

Na doutrina há também quem defenda que a protecção do investidor não qualificado deve passar pela "proibição da respectiva exposição a um elevado risco através da restrição do acesso quer a determinados produtos financeiros, quer a determinados mercados; concessão de faculdades processuais vedadas aos investidores institucionais; acesso a fundos de garantia, direitos de arrependimento […]"[96].

Quanto a nós, cremos que uma excessiva protecção do investidor revela-se desaconselhável sobretudo a dois níveis: (*i*) redução do investimento em valores mobiliários; e (*ii*) redução (ou mesmo a eliminação) do risco, necessário e inerente ao funcionamento do mercado, sem o qual haveria (praticamente) uma garantia quanto ao mérito do investimento.

Por vezes, a impressão com que se fica é a de que todos se preocupam mais com o investidor do que ele próprio. Na verdade, ele não parece retirar ensinamentos do passado e este fenómeno em pouco (ou nada) se relaciona com o seu grau de literacia financeira, mas com as suas características psicológicas,

95 Sobre o estatuto dos investidores qualificados a pedido, veja-se Aguiar, 2008.

96 Cfr. Silva, 2005: 159 e 160.

já que continuamos a deparar-nos, em vários casos, com uma ingenuidade, credulidade e desconhecimento que são verdadeiramente próprios de uma criança.

Chegamos, por fim, ao terceiro aspecto identificado: a extensão da informação veiculada no prospecto, que representará mais uma forma de desinformação.

Parece haver uma (propositada?) confusão no que concerne à quantidade de informação disponibilizada ao investidor (ou potencial investidor) e a sua efectiva apreensão por parte daquele. Aparentemente, o mercado e seus agentes têm vindo a considerar que *quanto mais informação melhor*; é justamente esta crença que fundamenta a tendência da *praxis* de *engordar* o prospecto. Tal ideologia não poderia estar mais errada, pois conduz a um efeito de *intoxicação informativa*.

Essa prática consiste em engrossar o prospecto, com vista a dotá-lo de numerosas páginas, algumas vezes em língua estrangeira, com um conteúdo (quase) imperceptível para a maioria dos seus destinatários e, por vezes, apresentando informação datada.

Julgamos que este procedimento, além de funcionar como uma possível manobra ardilosa – enquanto mecanismo de desinformação do investidor –, terá o propósito de desonerar não só os seus autores materiais, como também todos aqueles que têm influência sobre o prospecto. Por um lado, dota o prospecto de todos os elementos exigidos – acrescentando-lhe mais uns tantos logrando semear (ainda mais!) a confusão – obstando à sua recusa por parte da CMVM e, por outro, pelo facto de incluir *tudo e mais alguma coisa*, sempre será menos provável – mas nem por isso menos sustentada – uma possível demanda das entidades previstas no n.º 1 do artigo 149.º em sede de efectivação de responsabilidade.

O excesso de informação pode, efectivamente, constituir um entrave à percepção por parte do investidor daqueles que são os pontos-chave do prospecto; esta situação prender-se-á, sobretudo, com o requisito da completude/suficiência da informação, princípio esse que também tem em vista evitar a multiplicação de informação.

O requisito em causa não se relaciona com o *modo* como a informação deve ser apresentada no prospecto, mas com *o que* nele deve constar. Este requisito da completude da informação relaciona-se intimamente com a questão *supra* exposta acerca do nível de ciência e de experiência do investidor a considerar aquando da elaboração de um prospecto.

Dada a assinalável dimensão de potenciais destinatários e os seus diferentes graus de conhecimento, a prática é a de elaborar um prospecto tendo por destinatário o próprio intermediário financeiro. Assim, este *player* deverá desempenhar um papel fundamental no sentido de reduzir a assimetria informativa entre os diversos investidores.

Sabendo-se que a assimetria de informação é prejudicial para o funcionamento dos mercados obstando à sua eficiência, é legítimo afirmar que a actividade do intermediário financeiro favorece o funcionamento eficiente do mercado e, por consequência, o da própria economia.

Em face dessas prerrogativas, facilmente se compreende que o intermediário financeiro fique onerado com vários deveres de índole diversa[97], designadamente o dever de se informar junto do investidor sobre os seus conhecimentos e experiência no que respeita ao tipo específico de instrumento financeiro ou serviço oferecido ou procurado, bem como, eventualmente, sobre a sua situação financeira e os seus objectivos de investimento. Por conseguinte, o intermediário financeiro deve orientar a sua actividade no sentido da protecção dos interesses dos investidores e da eficiência do mercado, observando os ditames da boa-fé, de acordo com elevados padrões de diligência, lealdade e transparência.

c) Informação no prospecto versus mensagem publicitária – algumas reflexões

A tecnicidade e extensão da informação veiculada no prospecto, por um lado, e a dinâmica acelerada do quotidiano de grande parte dos investidores – que os impossibilita de realizar uma análise atenta e cuidada de toda a informação essencial –, por outro, originam decisões essenciais de (des)investimento baseadas em meras mensagens publicitárias que lhe são dirigidas. Este é o motivo pelo qual estas revestem tal importância pois, não raras vezes, acabam por *substituir* o prospecto e assumir-se como a única fonte de informação a que os investidores têm acesso para formar uma decisão; além disso, os investidores não qualificados são facilmente influenciáveis por mensagens publicitárias aliciantes.

Se a informação em sentido estrito visa, no essencial, a pura e simples comunicação de factos de modo objectivo com o intuito de permitir aos destinatários

97 Esta é uma matéria deveras interessante. Porém, apenas podemos fazer-lhe uma brevíssima referência e sempre direccionada para o âmbito do nosso estudo, pelo que, para mais desenvolvimentos, veja-se, entre outros, Duarte, 2000; Leitão, 2000; e Almeida, 2006.

um conhecimento adequado daquilo a que se refere[98], já o fito da publicidade neste contexto é o de aliciar à participação em determinada oferta pública de subscrição. Tal objectivo pode ser levado a cabo, designadamente, através de uma selecção estratégica das matérias que incorporem a mensagem publicitária, de molde a evidenciar o que é mais conveniente à subscrição e omitir o que pode obstaculizar a mesma[99].

Na esteira de Sofia Nascimento Rodrigues, "a publicidade distingue-se, antes de mais, de uma oferta pública de valores mobiliários porque esta é idónea a representar uma intenção negocial do autor da mensagem ou passo que aquela não o é, tendo uma função meramente descritiva das linhas gerais de certo tipo de serviços ou de valores mobiliários oferecidos, antecedendo a celebração de qualquer contrato"[100]/[101].

O CVM consagra diversas normas acerca da publicidade de valores mobiliários[102], de ofertas públicas[103] (aspecto sobre o qual atentaremos) e da intermediação financeira[104].

A publicidade das ofertas públicas encontra-se prevista, fundamentalmente, no artigo 121.º. Nos termos deste preceito, a publicidade deve: (*i*) obedecer aos princípios enunciados no artigo 7.º, *id est*, tem de ser completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita; (*ii*) referir a existência ou a disponibilidade futura

98 "Refira-se que o carácter publicitário pode resultar da utilização que se faça da informação e não da informação em si mesma. Assim, uma informação preparada no âmbito da empresa respectiva, que pelo seu conteúdo seja susceptível de orientar comportamentos no domínio do mercado, tem relevância publicitária a partir do momento em que deixe de ter um uso meramente interno" – cfr. Pina, 2003: 259, nota 26.

99 A ideia que vimos de transmitir é reforçada, inclusivamente, pelo artigo 3.º do Código da Publicidade, aplicável *ex vi* n.º 4 do artigo 7.º do CVM. Com efeito, o CVM não contém nenhuma definição de publicidade, pelo que teremos de nos socorrer do referido preceito, nos termos do qual se considera publicidade "qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de: *a)* Promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; *b)* Promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições".

100 Cfr. Rodrigues, 2001b: 4.

101 Acerca da distinção entre publicidade e informação pronuncia-se, entre outros autores, Pastor, 1994: 927.

102 Veja-se, a título exemplificativo, o artigo 7.º e o 366.º do CVM. Note-se que estas normas além de aplicáveis aos valores mobiliários também se aplicam às ofertas, mercados, liquidação de operações e intermediação.

103 A este respeito são relevantes os artigos 121.º e 122.º, 155.º e 167.º, todos do CVM.

104 Prevista no artigo 292.º do CVM.

de prospecto e indicar as modalidades de acesso ao mesmo; e (*iii*) harmonizar-se com o conteúdo do prospecto.

Atentemos, em especial, no ponto (*i*). Poderá causar alguma hesitação o facto de o regime respeitante à informação ser aplicável a outras realidades, como é o caso da mensagem publicitária, que por vezes acaba mesmo por desinformar; se, por um lado, parecem claras as motivações subjacentes a tal imposição – a tutela dos investidores e a promoção da eficiência do mercado –, por outro, facilmente se compreende que a informação e a publicidade obedecem a lógicas distintas[105].

Em primeiro lugar, dedicaremos algumas linhas à articulação do princípio da completude exigido quer para a informação, quer para a mensagem publicitária.

A aplicação do dito princípio da completude à publicidade parece constituir um "terreno pantanoso", na medida em que se revela difícil saber qual é o conteúdo informativo mínimo que a mensagem publicitária deve conter. Com efeito, não se deve perder de vista que "a omissão informativa pode configurar situações de publicidade enganosa, dando origem à possibilidade de actuação, nomeadamente sancionatória, por parte da CMVM"[106].

O legislador antevendo as óbvias dificuldades na aplicação daquele princípio previu, no n.º 3 do artigo 7.º, que "o requisito da completude da informação [seja] aferido em função do meio utilizado, podendo, nas mensagens publicitárias, ser substituído por remissão para documento acessível aos destinatários". Nesta conformidade, considera-se respeitado tal princípio se a remissão em causa for para o conteúdo do prospecto.

Em segundo lugar, também se poderão colocar algumas questões acerca da aplicação do princípio da licitude à mensagem publicitária, sobretudo relativamente ao idioma: é que de uma banda, dispõe o n.º 3 do artigo 7.º do Código da Publicidade que "só é permitida a utilização de línguas de outros países na mensagem publicitária, mesmo que em conjunto com a língua portuguesa, quando aquela tenha os estrangeiros por destinatários exclusivos ou principais"; de outra, o artigo 6.º do CVM prevê a "[redacção] em português ou acompanhada de tradução para português devidamente legalizada da informação divulgada em Portugal que seja susceptível de influenciar as decisões dos investidores (…)". Ora, *a contrario,* depreende-se que se a informação não

105 Nas linhas que se seguem, seguimos de perto a exposição e ensinamentos de Rodrigues, 2001b: 20 e ss.

106 Cfr. Rodrigues, 2001b: 22.

for susceptível de influenciar as decisões dos investidores ela pode então ser redigida em língua estrangeira.

Em face do exposto, colocar-se-á a questão de saber a que preceito deve obedecer a informação veiculada nas mensagens publicitárias: ao n.º 3 do artigo 7.º do Código da Publicidade ou ao artigo 6.º do CVM?

Em nossa opinião e tendo presente a necessidade de tutelar os interesses dos investidores, acompanhamos Sofia Nascimento Rodrigues no sentido de que "o preceito especialmente vocacionado para reger a questão do idioma no qual deve ser redigida a mensagem publicitária é, em primeira linha, o art. 7.º do Cód. Publ. e, subsidiariamente, o art. 6.º do Cód. VM"[107].

Em último lugar, partilhamos as hesitações que se nos colocam quanto à aplicação prática dos princípios da veracidade e da objectividade à mensagem publicitária.

Por um lado e de acordo com o princípio da veracidade, a informação deve representar "uma rigorosa coincidência com a realidade dos factos a que se refere […], pelo que o seu relevo principal se verifica nas informações que não pressuponham operações lógicas ou juízos de valor baseados nos factos a que se referem"[108]. Por outro lado e de acordo com o princípio da objectividade, a informação objectiva é aquela que se apresenta como "universalmente correcta"[109].

Definidos (sucintamente) que foram os dois princípios, paira no ar a dúvida acerca da sua articulação com a publicidade, enquanto actividade marcadamente promocional. Em nossa opinião, esta articulação apresenta-se deveras complexa.

No que respeita à aplicação do princípio da verdade à publicidade, as dúvidas parecem evidentes: na elaboração de qualquer elemento que contenha uma mensagem publicitária – por exemplo, uma brochura publicitária – serão utilizadas estratégias que premeiam a criteriosa selecção de informação atractiva em detrimento daquela que, por se revelar dúbia do ponto de vista de um investidor, será simplesmente omitida. Ora, parece-nos legítimo questionar se uma informação que é seriada à partida – e, por isso, evidenciadora apenas de uma "verdade previamente escolhida" pelo anunciante – permite ao investidor formar juízos verdadeiros acerca da decisão de (des)investimento ou se não permitirá, outrossim, formar os juízos que outrem desejará que aquele

107 Explicando os motivos pelos quais defende aquele entendimento, cfr. Rodrigues, 2001b: 21.

108 Cfr. Pina, 1999: 41.

109 Cfr. Pina, 1999: 42.

forme. Evidentemente que tal mensagem publicitária nunca espelhará uma informação neutral, pois o seu objectivo será sempre o de despertar o interesse do investidor.

Relativamente ao requisito da objectividade, característico da informação, e que também deverá nortear a publicidade, ele tão-pouco parece facilmente equacionável no domínio da mensagem publicitária pelos motivos já evidenciados.

No que respeita às demais exigências previstas no artigo 121.º do CVM – *supra* identificadas como pontos (*ii*) e (*iii*) –, para além da equiparação entre a publicidade e informação (em alguns casos duvidosa), este preceito permite ainda articular a matéria da publicidade com a do prospecto. Como salienta Carlos Costa Pina, "sendo o prospecto o documento informativo central no âmbito das ofertas públicas, compreende-se a necessidade de as comunicações publicitárias serem coerentes com o conteúdo daquele […] bastando que a complementaridade e o efeito promocional que ela serve não ponham em causa as funções da informação".

Finalmente, deve destacar-se o papel de relevo da CMVM nesta matéria: entre várias outras competências, o n.º 2 do artigo 121.º sujeita à prévia aprovação da CMVM todo o material publicitário relacionado com a oferta pública[110]. Assim sendo, se a CMVM considerar que a aprovação do prospecto ou o registo da oferta é viável, pode autorizar a publicidade anterior à aprovação daquele elemento ou à concessão do registo, desde que daí não resulte perturbação para os destinatários ou para o mercado.

4.4. Como salvar o *peixe-dourado* do *tanque dos tubarões* – notas finais

Cremos que o título escolhido, de tão expressivo e caricato que é, revela-se suficientemente elucidativo acerca do objecto das linhas que se seguem.

Porém e antes de avançarmos, deve perceber-se que quando nos referimos ao *peixe-dourado*, queremos significar o universo de investidores não qualificados

---

110 Pese embora escape ao âmbito da nossa análise, não podemos deixar de notar que, nos termos do n.º 3 do artigo 121.º, aos vícios do conteúdo da informação divulgada em acções publicitárias aplica-se, com as devidas adaptações, o regime da responsabilidade civil por vícios do prospecto, previsto nos artigos 149.º e ss. do CVM. Acerca do enquadramento da responsabilidade civil por mensagens publicitárias, veja-se Frada, 2004: 192 e ss.. Margarida Azevedo de Almeida esclarece que "o facto de o art. 121.º/3 estar colocado no âmbito das ofertas públicas não parece permitir uma interpretação que se direccione no sentido de subordinar ao regime da responsabilidade por prospecto a generalidade das mensagens publicitárias relativas a valores mobiliários. Na verdade, para a generalidade das mensagens publicitárias relativas a valores mobiliários, parece valer a remissão do art. 7.º/4 CVM para o Código da Publicidade, concretamente para o seu art. 30.º" – cfr. Almeida, 2010: 10, nota 5.

e bem assim os potenciais investidores/meros curiosos de mercado; o *tanque* representará o cenário em que se movem, ou seja, o mercado de valores mobiliários; e os *tubarões* representarão, claro, os demais agentes de mercado cuja assimetria informativa e poder negocial lhes permite ocupar um papel cimeiro.

Sem termos a pretensão de levar a cabo um estudo exaustivo acerca da matéria em causa, mas sentindo a necessidade, por outro lado, de, na economia do presente trabalho, aventarmos algumas soluções para auxiliar o *peixe-dourado*, teríamos de principiar com umas linhas acerca da *investor education*.

Conforme já tivemos oportunidade de frisar, não basta que o legislador e os agentes de mercado se preocupem em "entupir" o investidor de informação sem que, a par disso, curem de facultar àquele as ferramentas necessárias para a compreender. A formação do investidor é um factor muito relevante para a sua tutela efectiva e que permitirá ao investidor reflectir adequadamente sobre o risco do investimento. A educação/formação corresponde (ou pelo menos assim deveria ser) a um estádio prévio ao da informação, pelo que, sendo esta adequada, poder-se-ia passar a pressupor que, perante certos elementos informativos apresentados ao investidor, ele seria capaz de os interpretar convenientemente (o que não é possível no actual estado de coisas).

A respeito da formação do investidor em análise, Sofia Nascimento Rodrigues avança uma pluralidade de meios que entende capazes de atingir tal desiderato formativo, a saber[111]: (*i*) a publicação de brochuras informativas em locais de fácil acesso para o investidor; (*ii*) a organização de sessões de esclarecimento; (*iii*) a utilização dos meios de comunicação social para a realização, por exemplo, de "consultórios do investidor"; e (*iv*) a implementação de uma linha de apoio ao investidor.

Nos termos do artigo 5.º do Estatuto da CMVM[112], compete a esta entidade a prossecução das atribuições que contribuam para o desenvolvimento dos mercados financeiros, designadamente mediante o desenvolvimento, incentivo ou patrocínio de estudos, inquéritos, publicações, acções de formação, entre outras actividades[113]. Em abono da verdade, cada vez mais são visíveis os seus esforços nesse sentido.

---

111 Cfr. Rodrigues, 2001b: 56.

112 O Estatuto da CMVM foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 5/2015, de 8 de Janeiro, que revogou o Decreto-Lei n.º 473/99, de 8 de Novembro, que já havia sido alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 232/2000, de 25 de Setembro, 183/2003, de 19 de Agosto, 169/2008, de 26 de Agosto e pelo 97/2013, de 24 de Julho.

113 A propósito das várias e assinaláveis iniciativas já levadas a cabo pela CMVM escreve Pereira, 2000: 83.

De resto e estando a literacia financeira na ordem do dia, é frequente falar-se na necessidade de alfabetização financeira desde a escola primária, por forma a obrigar todos a familiarizarem-se desde cedo com a profunda tecnicidade, complexidade e sofisticação características do mercado de capitais.

Todavia, não bastarão as boas intenções do legislador, do mercado e dos seus agentes no sentido de proporcionar os meios aptos à formação do investidor; é necessário que ele, efectivamente, se interesse por essas matérias e queira evoluir nesse sentido, o que muitas vezes não é uma prioridade. E quanto a isso nada haverá a fazer…

Será precisamente pelo desinteresse manifesto do investidor e pela sua vulnerabilidade incapacitante para actuar de modo racional e prudente, que o legislador se vê obrigado a desempenhar um papel que rejeitava à partida: o de *tutor* do investidor.

Quanto a nós, cremos que a questão do respeito pelo investidor (ou melhor, pelo seu perfil) faz ressurgir a discussão que opõe os defensores dos princípios da especificidade e da especialização do sector bancário aos do princípio da banca universal. Actualmente vigora aquele último princípio – o da banca universal[114] –, previsto no n.º 1 do artigo 4.º do RGICSF[115], cujo simples confronto permite perceber que a actividade da banca é, praticamente, ilimitada; é justamente neste aspecto que reside o problema.

A adopção do princípio da banca universal determinou a eliminação da diferenciação entre a banca comercial, de poupança e de investimento, o que representou uma reconfiguração e redimensionamento da clássica actividade bancária, anteriormente centrada na captação de poupanças dos clientes através dos seus depósitos e na concessão de empréstimos bancários. Como é sobejamente sabido, actualmente a actividade bancária está alargada a outros sectores como, por exemplo, o mercado dos valores mobiliários, pelo que podem ser oferecidos ao balcão produtos de diversa natureza, isto é, nada obsta a que sejam comercializadas as aludidas obrigações subordinadas ou as perpétuas e o papel comercial – produtos altamente nocivos – ao mesmo tempo que se vendem seguros e se fazem depósitos a prazo[116]. É precisamente pela diver-

114 Para mais desenvolvimentos sobre este princípio, veja-se Quelhas, 2012: 51, nota 49.

115 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/ 92, de 31 de Dezembro, que já sofreu diversas alterações.

116 Numa hipótese mais complexa – e que a realidade da resolução do Banco Espirito Santo trouxe para o nosso quotidiano – um banco pode vender estes produtos nocivos emitidos pelo próprio grupo económico em que o banco se insere, o que permite apresentar esses produtos como similares a produtos tradicionais; dir-se-á, então, "é tudo o mesmo banco".

sidade de produtos que a banca pode oferecer que é relevante a formação do investidor e a informação fornecida, para lhe permitir optar conscientemente.

Como comprovam alguns estudos realizados[117], o gestor bancário ainda é a principal fonte de informação a que o investidor recorre quando pretende acompanhar o mercado dos valores mobiliários. Pese embora o banco, enquanto intermediário financeiro, tenha obrigação de adequar o investimento ao perfil do investidor, o seu propósito é, verdadeiramente, o da maximização da sua rentabilidade (não se olvidem, de resto, os incentivos do próprio gestor que *impinge* o instrumento financeiro – pense-se na necessidade do cumprimento de objectivos internos, com base nos quais é premiado e remunerado).

Em face do exposto, julgamos que o investidor só será respeitado no momento em que se proceda à (re)especificidade e à (re)especialização do sector bancário[118], o que significa um *regresso ao passado*, abandonando a possibilidade de a banca actuar (praticamente) de modo ilimitado, já que se procede a uma clara separação entre a banca comercial e a de investimento. Este retrocesso determina, entre outras coisas, uma segregação nítida entre as operações especulativas – características do mercado dos valores mobiliários e adequadas aos investidores que tenham um perfil arrojado – e as operações bancárias clássicas, ideais para o investidor com um perfil conservador.

117 Cfr. Rodrigues, 2001a: 53, nota 68.

118 Cfr. Quelhas, 2013: 535 e ss..

BIBLIOGRAFIA

Abreu, Margarida & Mendes, Victor

2006 "Cultura financeira dos investidores e diversificação das carteiras", *in*: *Cadernos MVM,* n.º 23, pp. 24-39.

Aguiar, Conceição

2008 "O estatuto dos investidores qualificados a pedido", *Cadernos MVM*, n.º 31, pp. 88-98.

Almeida, José Queirós

2006 "Contratos de intermediação financeira enquanto categoria jurídica", *Cadernos MVM,* n.º 24, pp. 291-303.

Almeida, Margarida Azevedo de

2010 "A Responsabilidade Civil perante os Investidores por Realização Defeituosa de Relatórios de Auditoria, Recomendações de Investimento e Relatórios de Notação de Risco", *Cadernos MVM*, n.º 36, pp. 9-31.

Antunes, José Engrácia

2009 *Instrumentos Financeiros*, Coimbra: Almedina.

Ascensão, José Oliveira

2001 "O actual conceito de valor mobiliário", Separata de *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 37-60.

Assmann, Heinz-Dieter

2006 "Civil liability for the prospectus", *in*: *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI, Coimbra: Almedina, pp. 163-185.

Bessa, Tiago

2010 "Crise, regulação e supervisão de hedge funds", *RDS II*, Vol. 3/4, pp. 849--914.

Casal, Nuno

1998 "Diligência exigida aos Intermediários Financeiros no Cumprimento de Ordens de Bolsa – Comentário à Sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de 6 de Fevereiro de 1998, proferida no processo Rec. Coima n.º 326/97", *in*: *Cadernos MVM*, n.º 2, pp. 169-195.

Câmara, Paulo

1997 "A Oferta de Valores Mobiliários realizada através da Internet", *Cadernos MVM*, n.º 1, 1997, pp. 10-53.

2003 "O regime jurídico das obrigações e a protecção dos credores obrigacionistas", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 309--345.

2009 *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina.

Castro, Carlos Osório de
1997 A Informação no Direito do Mercado de Valores Mobiliário", *Direito dos Valores Mobiliários*, Lisboa: Lex, pp. 333-347.
1998 *Valores Mobiliários: Conceito e Espécies*, Porto: Universidade Católica Portuguesa.
Cunha, Paulo Olavo
2012 *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª ed., Almedina: Coimbra.
Dias, António Silva
2002 *Financiamento de Sociedades por Emissão de Obrigações*, Lisboa: Quid Juris.
Dias, Cristina Sofia
2001 "Notas e questões sobre a lei aplicável à emissão de instrumentos de dívidas de curto prazo (papel comercial) por sociedade com sede e administração efectiva em Portugal", *Cadernos MVM*, n.º 12, pp. 105-116.
Dias, Gabriela Figueiredo
2014 "Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder", *III Congresso da DSR*, Coimbra: Almedina, pp. 359-383.
Dias, Joana Pereira
2003 "Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a *pari passu*, a *negative pledge* e a *cross default*", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles*, Vol. IV, Coimbra: Almedina, pp. 879-1029.
Duarte, Rui Pinto
2000 "Contratos de Intermediação no Código dos Valores Mobiliários", *Cadernos MVM*, n.º 7, pp. 352-373.
Fernandes, Ricardo Sá
1997 "O Direito dos Mercados em Geral e o Mercado de Valores Mobiliários em especial", *Direito dos Valores Mobiliários*, Lisboa: Lex.
Ferreira, Diogo Saramago
2011 "A nacionalização do Banco Português de Negócios – Análise da Lei n.° 62-A/2008, de 11 de Novembro", *RDS*, Ano III, n.º 1, pp. 169-186.
Frada, Manuel Carneiro da
1997 *Uma "terceira via" no Direito da Responsabilidade Civil,* Coimbra: Almedina.
2004 *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina.
Francisco, Paulo M.
2008 "Estrutura Óptima de Financiamento no contexto fiscal nacional actual", *Cadernos MVM*, n.º 29, pp. 38-56.

Gomes, José Ferreira
2009 "Os deveres de informação sobre negócios com partes relacionadas e os recentes Decretos-Lei n.os 158/2009 e 185/2009", *Cadernos MVM,* n.º 33, pp. 105-141.
Guiné, Orlando Vogler
2009 *Da Conduta (Defensiva) da Administração "Opada"*, Coimbra: Almedina.
2011 "O Financiamento de Sociedades por meio de Valores Mobiliários Híbridos (entre as acções e as obrigações)", *I Congresso da DSR*, Coimbra: Almedina, pp. 75-93.
Leitão, Luís Menezes
2000 "Actividades de intermediação e responsabilidade dos intermediários financeiros", *Direito dos Valores Mobiliários,* Vol. II, pp. 129-156.
Lobão, Júlio
2003 Herding Behavior *dos fundos de investimento mobiliário em Portugal*, Lisboa: Euronext Lisboa.
Maia, Pedro
2009 *Voto e corporate governance: um novo paradigma para a sociedade anónima*, Tese de Doutoramento, Vol. I, Coimbra, 2009 (não publicada).
Marques, Elda
2015 "As recentes alterações ao regime das acções preferenciais – o Decreto-Lei n.º 26/2015, de 6 de Fevereiro", *DSR*, ano 7, Vol. 13, pp. 219-246.
Marques, Mafalda Gouveia & Freire, Mário
1998 "A Informação no Mercado de Capitais", *Cadernos MVM*, n.º 3, pp. 111--123.
Matos, Inês Serrano de
2015 "*Debt Governance*: O papel do credor activista", *DSR*, Vol. 14, Coimbra: Almedina, pp. 161-198.
Monteiro, Jorge Sinde
1989 *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Colecção Teses, Coimbra: Almedina.
Nunes, António José Avelãs
2011 "Uma leitura crítica da actual crise do capitalismo", *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LIV, pp. 1-163.
Oliveira, Ana Perestrelo
2009 "Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?", *RDS I*, pp. 95-133.
2015 *Manual de Corporate Finance*, Coimbra: Almedina.

Pastor, José Garrido
1994 "La Publicidad Financiera y Bancaria como Publicidad Informativa", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 56, pp. 925-966.
Pereira, José Nunes
2000 "O novo Código dos Valores Mobiliários e a protecção do investidor", *Cadernos MVM*, n.º 7, pp. 76-88.
Peres, Ana Catarina Mendonça
1999 "Responsabilidade do emitente pelo conteúdo do prospecto", *Cadernos MVM,* n.º 5, pp. 53-95.
Pina, Carlos Costa
1999 *Dever de Informação e responsabilidade por Prospecto no Mercado Primário de Valores Mobiliários*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
2003 "Publicidade, Promoção e Prospecção nos Serviços Financeiros", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 249-307.
Quelhas, José Manuel
2012 *Sobre as crises financeiras, o risco sistémico e a incerteza sistemática*, Colecção Teses, Almedina: Coimbra.
2013 "Nótulas sobre a reforma do sector bancário da União Europeia após a crise financeira de 2007", Separata do *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LVI, pp. 473-549.
Rodrigues, Sofia Nascimento
2001a *A Protecção dos Investidores em Valores Mobiliários*, Coimbra: Almedina, 2001.
2001b "Publicidade relativa a valores mobiliários", *Cadernos MVM*, n.º 11, pp. 1-37.
Santos, Gonçalo Castilho
2008 "Recomendações de investimento em valores mobiliários e conflito de interesses", *Direito dos Valores Mobiliários,* Vol. VIII, pp. 337-356.
Santos, Hugo Moredo & Guiné, Orlando Vogler
2015 "Comentário preliminar às alterações introduzidas no regime jurídico das obrigações", *DSR*, ano 7, Vol. 13, pp. 183-217.
Silva, Francisco Pinto da
2014 "A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade", *DSR*, ano 6, Vol. 12, pp. 231-265.
Silva, Manuel Botelho
1998 "Dos critérios de aferição de insuficiência de informação numa oferta pública de subscrição de valores mobiliários fundadora de responsabilidade civil pelo prospecto", *Cadernos MVM,* n.º 3, pp. 161-199.

Silva, Paula Costa
2003 "Ofertas públicas e alteração das circunstâncias", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 127-146.
2005 *Direito dos Valores Mobiliários (Relatório)*, Lisboa: Coimbra Editora.
Teixeira, Maria João Sampaio
1993 "Como tem Evoluído o Marcado do Papel Comercial em Portugal", *Revista da Banca*, n.º 25, pp. 5-33.
Vale, Alexandre Lucena e
1998 "Estudo sobre o Regime das Ofertas Públicas de Distribuição consagrado no Novo Código dos Valores Mobiliários", *in*: *Revista da Banca*, pp. 19-78.
Vasconcelos, Luís Miguel Pestana de
2011 "Dos contratos de depósito bancário", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto/ Revista Electrónica de Direito*, pp. 141-178.

OS DEVERES DE INFORMAÇÃO NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS: O PROSPETO

João Andrade Nunes

Abstract: *This article deals with information duties in the Securities and Exchange Market. Securities Market subsistence arises, mainly, from information since investors' confidence, confidence risk and market efficiency depends on it. Information duties, supported by the full discourse and the investor protection principles, manifest themselves through the prospectus information on public offers of securities operations. The regular functioning of the Securities and Exchange Market is ensured by civil, criminal and administrative offences liability mechanisms.*

Sumário: 1.Introdução. 2.Relevância da informação no mercado dos valores mobiliários. 2.1. Confiança. 2.2.Riscos. 2.3.Eficiência. 3.Dever de informação no mercado dos valores mobiliários. 3.1. Princípio da *full disclosure*. 3.2.Princípio da proteção dos investidores. 3.3. Qualidade da informação. 3.4. Custos de informação. 4. Prospeto de informação. 5. Responsabilidade pelo prospeto. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

À luz de uma definição económico-jurídica de mercado, também o mercado de valores mobiliários pode ser definido como o "*arranjo através do qual compradores e vendedores de um bem interagem para determinar o preço e a quantidade transacionada*"[1]-[2]. Todavia, essa troca é aqui relativa a um bem específico: valores mobiliários. Como tal, o mercado de valores mobiliários é um mercado constituído por agentes deficitários que procuram capital para se financiar ou

1 César das Neves, 1997: 62.

2 De acordo com Samuelson & Nordhaus, (2010: 26), "*o mercado é o mecanismo pelo qual compradores e vendedores interagem para determinar os preços e trocar bens, serviços e activos*". Para uma correta distinção de mercado de produtos (bens e serviços – *outputs*) e mercado de fatores (também bens e serviços mas consistindo especificamente nos *inputs) vide* Araújo, 2006: 52.

expandir, capital esse fornecido por aforradores – agentes excedentários – que procuram maximizar o valor dos seus bens.

Como se explanará ao longo do presente trabalho, o bem jurídico mais importante tutelado pelo Direito dos Mercados Financeiros é a capacidade funcional e a eficiência do mercado de valores mobiliários no qual os agentes deficitários vão buscar capitais de risco. Desta forma, torna-se, desde logo, perceptível que a eficiência do mercado de valores mobiliários esteja dependente de proteção conferida aos investidores, proteção essa que se encontra fortemente alicerçada na informação. Assim, facilmente se percebe que a informação assuma o grande pano de fundo no qual se movem os agentes que atuam em tal mercado. Em suma, a informação constituirá o pressuposto fundamental que condiciona a própria subsistência do mercado de valores mobiliários. Seguindo de perto os ensinamentos de Lacerda Costa Pinto, "*os mercados de valores mobiliários são caracterizados pela doutrina como sendo mercados que vivem da informação*" sendo altamente "*sensíveis e reactivos à informação que é divulgada*"[3]. Porém, a simbiose entre os mercados e a informação não obsta a que, por vezes, esta não seja produzida em tempo oportuno, em quantidade, nem com a qualidade pretendidas. Nestes termos, impõe-se a intervenção do legislador para que estabeleça regras que tornem o mercado de valores mobiliários um mercado transparente, seguro e eficiente.

Os deveres de informação representam uma temática que atravessa transversalmente o Direito dos Valores Mobiliários[4] encontrando-se amplamente difundida e tratada quer no Código de Valores Mobiliários[5], quer nos regulamentos e orientações emitidos pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários,[6] onde são tratados de forma exaustiva nos seus mais variados aspectos, tanto no que respeita à quantidade de informação, como à sua qualidade. Procurar-se-á também explicar quem são os destinatários de tais deveres, onde é que estes encontram o seu fundamento jurídico e, por último, quais as responsabilidades que lhes estão inerentes.

3 Pinto, 1998: 98.

4 A seguir DVM.

5 A seguir CodVM. Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro.

6 A seguir CMVM.

2. RELEVÂNCIA DA INFORMAÇÃO NO MERCADO DOS VALORES MOBILIÁRIOS

O mercado dos valores mobiliários, em paralelo com os demais, constitui-se como um espaço de encontro entre a oferta e a procura, *in casu*, de valores mobiliários. Dito por outras palavras, consiste num encontro entre a poupança e a procura de fontes de investimento empresarial sendo, na sua esmagadora maioria, conduzido por intermediários financeiros (*v.g.* bancos, empresas seguradoras, empresas de investimento). Desta forma, o mercado de valores mobiliários desempenha uma importante função económica uma vez que é através deste encontro que se comunicam os interesses de aforro particular com as necessidades de captação de recursos canalizando-se a riqueza produzida e não consumida em aplicações empresariais de uma forma rápida e directa. Por sua vez, os intermediários financeiros assumem especial importância na diminuição de custos de transação reduzindo-se a exposição ao risco dos investimentos tendo em conta que, devido à suas qualidades técnicas e profissionais, detêm informação sobre as partes (aforradores e devedores)[7].

Certo é que, na base destas trocas, está, por um lado, a confiança do público investidor na veracidade, objetividade e rigor da informação que nele é disponibilizada – mediante o reconhecimento de determinadas qualidades de segurança e rentabilidade – e, por outro, a ideia de que o mercado está dotado de mecanismos de tutela capazes de atenuar ou eventualmente suprimir efeitos negativos decorrentes dos vários investimentos efectuados pelos agentes.

2.1. Confiança

Uma das principais características do mercado de valores mobiliários reside na enorme sensibilidade e reatividade dos preços dos ativos nele negociados à informação divulgada.[8] Assim, a confiança assume-se como pedra de toque pressupondo a capacidade de o mercado operar de forma transparente e neutral fazendo com que os riscos de informação que lhe são inerentes sejam distribuídos de forma igualitária. O legislador tem, neste ponto, o dever de criar condições para que as decisões dos agentes económicos possam ser esclarecidas e tomadas de livre vontade e, assim, proteger o mercado de assimetrias informativas impondo revelações de informação periódicas e reprimindo comportamentos que se baseiam na ocultação ou utilização indevida de informação.

7 Cfr. Saraiva, 2013: 92.

8 Neste sentido, Pinto, 1998: 98.

2.2. Riscos

Tendo em vista uma maior rentabilidade do capital, os investimentos no mercado de valores mobiliários feitos pelos investidores acarretam, dada a sua natureza, riscos. A assunção de tais riscos é, contudo, uma responsabilidade inerente a tais investimentos sendo, como tal, assumida pelos agentes quando tomam a decisão de investir em tal mercado.

Desde já, pode afirmar-se que os riscos típicos decorrentes do investimento neste mercado advêm de relações assentes em informação assimétrica propícias ao surgimento de *bolsas de informação* exclusivas de certos agentes. Neste sentido, Carlos Osório de Castro[9] propõe os seguintes tipos de riscos: i) *risco de oportunidade* que se traduz no risco de a decisão de investimento escolhida não ser a mais oportuna. Como tal, representa o risco que o investidor assume quando pretende que a sua decisão seja a escolhida entre as demais alternativas. O custo associado ao risco de oportunidade traduz-se no custo associado à preterição das demais alternativas que o investidor tinha à sua disposição; ii) *risco de rendimento* que se traduz no risco da não conservação do capital investido ou de uma rentabilidade insuficiente; iii) *risco de administração* decorrente do facto de o governo das entidades emitentes dos valores mobiliários de que os pequenos investidores são titulares não ser entregue a pessoas com a necessária *competência e probidade*[10] e o iv) *risco de liquidez* que consiste no risco da decisão de desinvestimento a efectuar não proporcionar a liquidez esperada. Por último, poder-se-á ainda acrescentar o v) *risco sistémico* do mercado que, ao provocar o afastamento dos investidores, faz com que crises inicialmente localizadas acabem por se propagar a outras entidades e a outros mercados.

Os riscos *supra* referidos apresentam-se, deste modo, diante dos investidores como elementos dissuasores à sua participação no mercado. Note-se que, nesta sede, não estamos perante um processo normal de negociação bilateral em que as partes, ao estarem em pé de igualdade, estão ainda submetidas aos deveres de informação, lealdade e segurança decorrentes do princípio da boa fé na formação dos contratos[11]. Por sua vez, a negociação no mercado de valores mobiliários agrava, consideravelmente, o risco da informação. Na óptica dos aforradores, os investimentos devem ser apenas efectuados caso

9 Osório de Castro, 1997: 336.

10 Neste sentido, Rodrigues, 2001: 33.

11 Para mais desenvolvimentos sobre o princípio da boa fé, *vide* Menezes Cordeiro, 2013.

os problemas de desigualdade de informação sejam reduzidos, isto é, caso sejam aceitáveis face à relação custo-benefício obtendo uma remuneração adequada face ao risco assumido o que, nem sempre, as entidades emitentes conseguem assegurar. Como tal, em última análise, esta assimetria informativa implicará a exclusão de agentes do mercado. As dúvidas suscitadas pelos investidores, no que concerne à evolução das cotações ou mesmo em relação à ideia de que existem agentes dotados de mais e com acesso a melhor informação, acabam por afastar os agentes menos eficientes. Se, por um lado, a proteção a conferir aos investidores não pode eliminar os riscos próprios de cada mercado nem garantir o resultado económico do investimento, por outro lado, o investidor terá de ser alertado e informado dos riscos subjacentes ao investimento no mercado dos valores mobiliários, *maxime*, para os riscos decorrentes de certas operações. Por último, nem o mercado de valores mobiliários nem a autoridade que o supervisiona podem assumir uma atitude paternalista funcionando como *tutores* do investidor evitando que estes tomem decisões de investimento menos rentáveis – ou mesmo erradas – independentemente do seu nível de conhecimento. Na verdade, o que acabámos de descrever apresenta-se como a *ratio* do artigo 353.º do CodVM determinando que caberá à CMVM supervisionar as diversas actuações no seio do mercado dos valores mobiliários, dentro dos limites da legalidade e da igualdade entre agentes. Deste modo, faz parte das suas incumbências assegurar ao investidor a rentabilidade do seu investimento bem como os demais objectivos económico-financeiros que eventualmente estejam por detrás de uma decisão de investimento[12].

2.3. Eficiência

Na esteira de Eugene Fama[13], o mercado eficiente é aquele no qual o preço reflete todas as características do ativo, isto é, aquele mercado que integra toda a informação no preço. Essa informação é pública e presente (*v.g.* saber se determinada empresa vai celebrar um contrato de compra e venda de imóveis, celebrar contratos de trabalho). A informação privada – também designada

12 Neste sentido, Rodrigues, 2001: 35.

13 Fama, 1970: 383 – 417. Em sentido contrário, poder-se-á defender que os mercados, ao não serem eficientes, estão sujeitos a vários mecanismos psicológicos e emocionais que resultam numa verdadeira criação de consequências derivadas das expectativas formadas.

na gíria por *informação privilegiada* – não é admitida no nosso ordenamento jurídico pelo facto de gerar concorrência desleal[14].

Seguindo os ensinamentos de Harry Roberts[15], de acordo com a incorporação da informação nos preços, podemos classificar a eficiência do mercado em três níveis. No primeiro nível, correspondendo a uma forma *fraca* de eficiência do mercado, os preços dos valores mobiliários apenas reflectem, num determinado momento, a informação contida nos preços anteriores. No fundo, estar-se-á a ter em consideração a evolução da cotação dos valores em bolsa. Por seu turno, correspondendo o segundo nível a uma aceção *semi-forte* da eficiência dos mercados, os preços devem reflectir não apenas a sua evolução como também toda a informação publicada. Grande parte da informação tornada pública é rápida e cuidadosamente incorporada na cotação dos activos a que diz respeito[16].

Em terceiro lugar, num mercado dotado de *forte* eficiência incluir-se-ão não apenas a informação tornada pública como também toda a informação que possa ser obtida com base na análise cuidada à empresa em causa e à economia. Assim, os preços, ao incorporarem toda a informação subjacente a cada título, traduzem o seu verdadeiro valor. Nestes termos, se o mercado é eficiente e se toda a informação está no preço ninguém tem ganhos nas trocas, a não ser que aconteça algo de inesperado.

As únicas soluções para vingar num mercado eficiente de aceção *forte* seriam: i) usar informação privilegiada ou ii) sorte. Uma vez que a primeira não é passível de ser usada, resta apostar no acaso que, saliente-se, até poderá ser menos oneroso[17].

3. DEVER DE INFORMAÇÃO NO MERCADO DOS VALORES MOBILIÁRIOS

Antes de mais, para que com alguma precisão se possa falar de informação – dada a ausência de qualquer definição legal – cabe, em breves palavras, delimitar o âmbito e significado respectivo conceito. Na linha de Sinde Monteiro[18], a

14 Cfr. Santos, 2011: 41 e ss.

15 *Apud* Brealey & Myers, 1991: 295 e 296.

16 Pinto, 1998: 100.

17 Assim, Saraiva, 2013: 107.

18 Monteiro, 1989:15.

informação *stricto sensu* será a "*exposição de uma dada situação de facto*" afastando-se, deste modo, quer dos conselhos, quer das recomendações, tendo em conta que estes contêm em si regras de conduta. Porém, não podemos deixar de ter em apreço o disposto no n.º 2 do artigo 7.º do CVM no qual se estabelece um regime comum para qualquer forma de divulgação de informação – ainda que esta seja prestada através de conselho, recomendação ou se encontre no seio de uma mensagem publicitária[19]. Quererá isto dizer que o nosso legislador rejeitou a ideia de um conceito estrito de informação?

No entendimento de Eduardo Paz Ferreira[20], tal situação não resulta numa expansão do conceito de informação mas, tão-só, na verificação de que os valores que o legislador quis proteger não serão postos em causa sempre que a informação for prestada através de publicidade, uma vez que o legislador ofereceu os devidos cuidados.

Quanto à informação que é prestada por conselho ou recomendação, defende Carlos Costa Pina[21] que, se no âmbito do domínio jurídico aquelas pressuporiam uma valoração diversa da informação por determinarem a adoção de certos comportamentos por outrem, na prática nem sempre as coisas assim se passaram. Não raras vezes, por de trás de uma comunicação de informação está um verdadeiro conselho. Só através de uma análise casuística é que se consegue a obtenção de uma solução plausível.

Face ao exposto, enveredaremos também por uma noção ampla de informação dado que, na maioria dos casos, sendo esta prestada por terceiros, já não é um mero espelho da realidade mas uma captação de factos moldados de alguma subjectividade. Perante os mesmos factos, é sempre possível tecer várias considerações ou, ainda numa fase prévia, ver a realidade de prismas diferentes. De outro modo, e tendo em conta a protecção dos investidores, terá todo o interesse estender sempre o conceito de informação ao máximo de fontes, *v.g* contemplar também os casos de conselho ou recomendação

Rematado este ponto, cumpre analisar os principais princípios que subjazem aos deveres de informação, nomeadamente alguns dos consagrados no artigo 358.º do CdVM a propósito da supervisão que compete à CMVM. Focar-

19 *"O disposto no número anterior aplica-se seja qual for o meio de divulgação e ainda que a informação seja inserida em conselho, recomendação, mensagem publicitária ou relatório de notação de risco".*

20 Paz Ferreira, 2001: 140 e 141. A favor de uma *concepção ampla de informação*, Costa Pina, 1999: 31 e 32.

21 Costa Pina, 1999: 32.

-nos-emos apenas nos princípios primordiais: princípio da *full disclosure* e no princípio da proteção dos investidores.

3.1. Princípio da *full disclosure*

A necessidade de organizar o mercado assegurando a necessária informação para que todos os investidores possam intervir no âmbito de um mercado transparente e igualitário levou ao acolhimento do princípio da *full disclosure*[22] (revelação total). A importância deste princípio é de tal ordem que constitui um dos pilares estruturantes do DVM no ordenamento jurídico português.

De influência anglo-saxónica, o princípio da *full disclosure* tem a sua origem no Direito norte-americano como reação à grande depressão de 1929 visando uma reestruturação da confiança dos investidores no mercado de valores mobiliários. Tendo como objetivo a criação de uma cultura de mercado assente na maximização da divulgação de informação por parte de todos os agentes envolvidos, este princípio encontra a sua expressão em cada um dos deveres de informação previstos no CVM e outros regulamentos da CMVM.

Não obstante a existência e importância do referido princípio, a verdade é que, encontrando-se inserido num sistema em que os investidores não conhecem a contraparte devido a um ambiente de massificação e indeterminabilidade dos sujeitos a quem a informação se destina, torna-se difícil a implementação de soluções e a sua materialização. Ademais, nunca podemos esquecer dois aspetos cruciais. Em primeiro lugar, devemos ter em consideração que a informação, em termos económicos, é um bem público, ou seja, é um bem de livre acesso e, não sendo o seu uso susceptível de exclusão dos demais, tende a ser subproduzida devido às suas externalidades positivas e efeito de boleia[23]. Em segundo lugar, a enorme diversidade de meios de divulgação implica que possa existir informação excessiva podendo originar falhas de mercado. Na verdade, é bem sabido de que quantidade não é sinónimo de qualidade.

Face ao exposto, há que atender a um princípio de razoabilidade no que respeita à imposição de deveres de informação aos agentes de mercado tendo em conta que excessivos deveres de informação e publicidade implicam custos

22 Neste sentido, Santos, 2011: 34; Paz Ferreira, 2001: 146.

23 Tendo em consideração que as externalidades se referem, de certo modo, à compensação dos efeitos produzidos pela acção de uma determinada pessoa sobre o bem-estar de outras que não participaram nessa acção. Deste modo, é fácil perceber, que as externalidades positivas estejam susceptíveis ao aparecimento de *free riders* (*efeito de boleia*). *Vide* Costa Pina, 1999: 27.

acrescidos na sua obtenção[24]. A título de exemplo, podemos referir os custos que advêm da emissão de mais e de melhor informação. Por um lado, para ser emitida mais informação é necessário investir em mais (e, não raras vezes, melhores) meios, quer pessoais, quer materiais. Assim, impõe-se a necessidade de eventuais celebrações (ou reforços) de avenças com sociedades de advogados, com empresas de consultoria ou a contratações de um número superior de técnicos para darem uma resposta eficiente às necessidades que a produção de mais informação implica. Na verdade, seguramente que o detalhe e extensão da mesma implicam que vários profissionais, das mais variadas áreas, tenham de dispensar mais horas na preparação, elaboração e revisão dos documentos que contêm tal informação. Por sua vez, a necessidade de elaborar estudos de mercado com a finalidade de apurar os locais onde se manifestam as maiores necessidades de informação e onde a mesma poderá ser excessiva também se apresenta como um custo a contabilizar. Também com as empresas de marketing, *design* e consultoria de imagem são despendidos custos, visando tornar os prospetos e a informação mais apelativos para o (potencial) investidor. Por fim, os custos inerentes a uma maior tiragem de prospetos para fornecer aos investidores têm de ser tidos em conta. Por outro lado, o fornecimento de mais informação, na ótica dos investidores, diminui-lhes alguns custos. Desde logo, os investidores deixam de despender parte do seu tempo a procurar ou angariar informação. Se a informação estiver acessível, sobretudo através da Internet, o acesso rápido e fácil a esta diminui, substancialmente, os custos provenientes da obtenção da informação dado que tudo está "à *distância de um click*". Por fim, mesmo que os (potenciais) investidores não tenham acesso à informação disponível na internet, beneficiarão da informação contida em prospetos físicos mais detalhados elucidando-os dos riscos e dos benefícios que poderão estar, verdadeiramente, em causa. Retomaremos, contudo, este assunto no ponto 3.4..

3.2. Princípio da proteção dos investidores

A *ratio* subjacente aos deveres informativos, designadamente ao *princípio da proteção dos investidores*, encontra-se ligada ao *interesse público*, *proteção dos consumidores*, necessidade *segurança* dos mercados e à *igualdade* entre os diversos agentes que intervêm no mercado. No fundo, falamos de vários *subprincípios*[25]

24 Cfr. Câmara, 1998: 91.

25 Expressão nossa não dotada de um exato rigor jurídico do termo. Sobre o assunto, Canotilho, 2003: 1255 e 1256.

que constituem a matriz da proteção e bom funcionamento do mercado dos valores mobiliários.

Tendo em conta o disposto no artigo 101.º da Constituição da República Portuguesa[26], sob a epígrafe "*Sistema Financeiro*", rapidamente se entende que o correcto e eficiente funcionamento dos mercados financeiros tenha subjacente um interesse público. Dado que o mercado de valores mobiliários tem em vista a captação da poupança dos agentes excedentários – a fim de se poderem financiar os agentes deficitários – reclama uma adequada proteção à sua manutenção, proteção essa que, embora não seja de caráter individual, acaba por revestir tal carácter. Num segundo plano, ao proteger o mercado no seu todo, protege também os seus agentes no plano individual[27]. Por este motivo, quando se fala em *interesse público*, no âmbito do DMVM, quer dizer-se que a intenção do legislador não foi a de apenas limitar-se a proteger os investidores individualmente considerados mas também a de estender tal protecção à universalidade dos potenciais adquirentes tal proteção[28]. Por outro lado, bem se entende que, não tendo o DMVM como principal objetivo a proteção particular daqueles que canalizam as suas poupanças para o mercado de valores mobiliários, a proteção dos investidores beneficiará os mesmos mas não lhes conferirá, necessariamente, direitos subjetivos[29]. As normas do DMVM não serão "*disposições destinadas a proteger interesses alheios*"[30] para efeitos do artigo 483.º n.º 1 do Código Civil[31]. Como tal, a eventual violação das referidas disposições não constituirá o infrator na obrigação do indemnizar o investidor pelos danos que aquele possa ter sofrido. Tal não significa, contudo, que inexistam, no DMVM, normas que protejam interesses individuais dos investidores conferindo-lhes até, eventualmente, direito subjetivos. Apenas se reitera que, em primeiro plano, subjaz ao DMVM servir o interesse público. Por este motivo, a finalidade das normas deverá ser apurada casuisticamente, à

26 *"O sistema financeiro é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social".* Doravante, CRP.

27 Costa Pina, 1999: 29; Paz Ferreira, 2001: 140.

28 Neste sentido, Rodrigues, 2001: 23 e ss. Também assim entende Osório de Castro, 1997: 335.

29 Neste sentido, Canotilho, 2003: 1253 e 1254.

30 Osório de Castro, 1997: 335.

31 A seguir CC.

luz de cada preceito em concreto, não podendo responder-se à questão genericamente[32].

Tendo em conta o disposto nas alíneas a) e b) do número 1 do artigo 353.º do CodVM, poder-se-ão retirar dois princípios orientadores da atividade de supervisão da CMVM. Por um lado, o já referido *princípio da proteção dos investidores* – alínea a); por outro, o *princípio de defesa do mercado* – alínea b). O eventual confronto entre ambos será uma questão despicienda. Porém, tendo em conta o caráter maleável e complementar de tais princípios, é possível estabelecer uma relação de *sobreposição, dependência* e *complementaridade* entre ambos[33]. Se as exigências impostas com o objetivo de assegurar um regular funcionamento do mercado – como *supra* salientado – acabam por se manifestar numa proteção dos investidores, poder-se-á falar em sobreposição. Quando se afirma que a existência do mercado depende da existência de investidores e *vice-versa*, então verifica-se uma relação de dependência entre ambos. Por último, a sua própria natureza possibilita que eles se expandam e complementem entre si.

Se o funcionamento do mercado dos valores mobiliários está dependente da aplicação das poupanças dos aforradores, pressupõe-se que uma das condições impostas pelos agentes excedentários seja a criação de *regras de segurança*. De facto, por mais aliciante que seja uma proposta – no sentido de proporcionar uma elevada rentabilidade ainda que tenha a si inerente um grande risco – não fará com que, por de trás de uma eventual decisão de investimento, não esteja também um mínimo de garantia de retorno – pelo menos, para a esmagadora maioria dos investidores. Se assim não fosse, seria desnecessário todo o regime jurídico de tutela dos investidores existente. A confiança e a segurança são, por isso, elementos essenciais ao regular funcionamento do mercado de valores mobiliários já que cada decisão de investimento é tomada tendo em conta o nível de segurança jurídica e económica que cada investimento propicia. A promoção de segurança, no plano jurídico sendo uma incumbência do Banco de Portugal e da CMVM[34] – tem, por um lado, de assegurar a estabilidade das instituições e, por outro, visar o impedimento de eventuais riscos sistémicos decorrentes de crises financeiras. Esta supervisão prudencial sobre as

32 Assim, Osório de Castro, 1997: 335.

33 Rodrigues, 2001: 26.
Nesta sede, *vide* também o Regulamento da CMVM n.º 2/2015, de 17 de julho – Organismos de Investimento Coletivo (Mobiliários e Imobiliários) e Comercialização de Fundos de Pensões Abertos de Adesão Individual que revoga os Regulamentos da CMVM n.ºs 8/2002 e 5/2013.

34 Supervisão prudencial: CMVM artigo 363ºdo CodVM.

entidades gestoras de mercados concretiza-se na preservação da solvabilidade e da liquidez das instituições, prevenção de riscos, assim como no controlo da idoneidade dos titulares dos órgãos de gestão e de participações qualificadas[35].

À luz do artigo 15.º do CodVM[36], o princípio de proteção dos investidores não implica um tratamento assimétrico do estatuto jurídico dos diversos intervenientes no mercado. Muito pelo contrário! O legislador procurou repor uma igualdade, ainda que formal, entre todos os agentes. A lei deve acautelar a ponderação dos vários interesses envolvidos, podendo suprimir eventuais desigualdades. No fundo, dever-se-á conhecer cada um dos investidores e adaptar os níveis de informação a cada um deles[37]. Já resulta do famigerado *brocardo* que a igualdade é conseguida através de um tratamento diferenciado face ao que, na realidade, se mostra desigual. A proibição de informação privilegiada[38] é também uma materialização deste princípio. Em suma, o legislador sanciona algumas assimetrias de informação, sobretudo quando abusivamente aproveitadas. Contudo, não podemos deixar de referir que, a ótica liberal de autonomia dos mercados, implica aceitar que o risco de investimento é sempre assumido pelo investidor. Falar de igualdade, neste plano, só faz sentido quanto a certas exigências estipuladas na lei relativas à disponibilização da informação já que, quanto aos demais, a própria lógica do mercado permite que possa ser desigual[39].

Quanto à *proteção dos consumidores*[40], em sentido estrito, o artigo 60.º da CRP, desenvolvido na Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro é invocado por alguma doutrina como base legal do referido princípio[41]. Contudo, tal poderá

---

35 Rodrigues, 2001: 26. Cfr., a título de exemplo, com os artigos 300.º n.º 1 alínea b) e 302.º, ambos do CodVM.

36 *"A sociedade aberta deve assegurar tratamento igual aos titulares dos valores mobiliários por ela emitidos que pertençam à mesma categoria."*

37 Cfr. artigo 312.º, n.º 2 (deveres de informação) e artigo 31.º (acção popular), ambos do CodVM.

38 Cfr. artigo 378.º (abuso de informação) do CodVM.

39 Neste sentido, Pinto, 1998: 98. Ter em consideração que, para efeitos de Direito da Concorrência, os agentes menos eficientes são automaticamente excluídos do mercado sem qualquer prejuízo ou sanção para os demais. O Direito da Concorrência apenas visa assegurar que essa exclusão não tenha na sua base práticas ilícitas e abusivas. Veja-se, a propósito, o artigo 102.º TFUE e a respectiva jurisprudência do Tribunal de Justiça. A título de exemplo, Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Outubro de 1977, Proc. e apensos 117/76 e 16/77, *Albert Ruckdeschel & Co. e Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen e Diamalt AG c. Hauptzollamt Itzehoe*.

40 *Vide* Costa Pina, 1999: 21 e ss.

41 Rodrigues, 2001: 29.

não ser pacífico tendo em conta que a noção de *investidor* não será sempre a equivalente à noção de *consumidor* dado que, pelo menos ao nível económico, poderemos encontrar diferenças substanciais (*vide* exemplos, *infra*).Veremos adiante se, no plano jurídico, é possível superar tal distinção. O artigo 30.º do CodVM, após várias mutações legislativas, acabou por adotar uma noção de investidor qualificado (anteriormente, designado por investidor institucional[42]). Importa saber, por ora, se, por oposição à categoria de investidores qualificados, o regime dos consumidores poderá ser subsumível à categoria de investidores não qualificados[43]. Em termos estritamente económicos, parece resultar uma certa contradição. Vejamos. Por regra, consumidor será todo o agente que aplica o seu excedente na obtenção de bens destruindo, dessa forma, o valor patrimonial por si criado. Por sua vez, investidor será todo o agente que tende à conservação desse valor colocando-o a render porque não fora consumido[44]. Neste sentido, os conceitos parecem ser contraditórios. Porém, vejamos agora, o mesmo, no plano jurídico.

Do artigo 60.º da CRP resulta que os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à informação, segurança, dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos. Na verdade, através de um processo interpretativo, à luz do artigo 9.º do CC, tendo em conta o elemento sistemático, parece-nos aceitável que a noção de *investidor* caiba dentro do âmbito de proteção das referidas normas constitucionais e legais. Por um lado, o artigo 60.º da CRP situa-se no seio do Título III – *Direitos e deveres económicos, sociais e culturais*; por outro lado o artigo 101.º da CRP, situado no Título IV – *Sistema financeiro e fiscal* – visa a proteção e estruturação do sistema financeiro tendo em conta a segurança das poupanças e aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social. Uma vez que o mercado de valores mobiliários tem como base o princípio da proteção dos investidores, cabe ao Estado proteger quem adquire bens – *in casu*, valores mobiliários – em condições assimétricas. Por maioria de razão, se tutela as situações em que a paridade contratual é bem visível, mais necessário será tutelar as situações em que se verifica uma disparidade nesse plano. Por sua vez, a Lei de Defesa do

42 A mudança de conceito não se mostra assim não inócua para alguma doutrina. Cfr. Rodrigues, 2001:18 e 19.

43 Cfr. artigos 317.º, n.º 2 e 317.º-A do CodVM.

44 *Vide* Hermida, 1996: 563; Carriero, 1997: 38 *apud* Rodrigues, 2001:30.

Consumidor[45] visa proteger o adquirente de bens e serviços sem atender ao modo pelo qual este os adquire ou utiliza. Na aceção do artigo 2.º, n.º 1 da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, considera-se "*consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça, com carácter profissional, uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*".

Nada nos faz, portanto, excluir os bens ou serviços financeiros. Assim, o adquirente de valores mobiliários – que é investidor em termos económicos – pode ser juridicamente considerado consumidor desde que não invista de forma profissional. Como tal, ficam apenas de fora da proteção deste regime legal os investidores qualificados. De resto, o preceituado no n.º 3 do artigo 321.º do CodVM parece apontar neste sentido. O reconhecimento constitucional e legal dos direitos referidos tem o efeito de legitimar todas as medidas de intervenção necessárias à implementação e efectivação do princípio da proteção dos investidores[46].

3.3. Qualidade da informação

Como já salientámos, a existência de informação no mercado dos valores mobiliários é um dos pilares que sustenta o seu correto funcionamento e a sua sustentabilidade. Com efeito, dado que a sua existência não basta *per se*, o legislador teve necessidade de estipular no artigo 7.º do CodVM critérios qualitativos de informação. Como bem refere Carlos Osório de Castro, só a informação "*completa e verdadeira permite que os investidores possam autónoma e auto-responsavelmente*", adotar as suas decisões[47]. Assim, almeja-se que os agentes tenham acesso a informação e que esta seja *completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita*[48]. Não obstante, o facto de estarmos perante conceitos indeterminados (consabido, uma técnica legislativa que tem em vista uma maior sustentabilidade norma) pode trazer dificuldades acrescidas na sua aplicação. Não obstante, adiantaremos as seguintes ideias para um eventual densificação dos conceitos.

Informação *completa* será aquela que se demonstre suficiente para os destinatários, isto é, que o investidor, ao aceder à informação pretendia, tenha a possi-

45 Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, alterada pela última vez pela Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro.

46 Rodrigues, 2001: 32.

47 Osório de Castro, 1997: 335 e 336.

48 Cfr. n.º 1 do art. 7.º do CodVM.

bilidade de inferir da mesma todos os aspetos essenciais permitindo-lhes um conhecimento de toda a *realidade materialmente relevante*[49]. Toda a informação que coincidir com a realidade dos factos, situações, circunstâncias, valores ou perspectivas que se destina a refletir, não induzindo em erro os destinatários, será *verdadeira*[50]. No fundo, a informação fornecida tem de refletir as realidades dos factos sendo, portanto, falsa aquela informação que não faça uma correspondência exata entre a mensagem e o objeto da informação.

Se, por um lado, a informação deve refletir a realidade dos factos, por outro lado esse reflexo deve ser atual, ou seja, deve ser referente ao seu estado último. No fundo, a actualidade e a veracidade complementam-se, sendo falsa toda a informação que não seja atual uma vez que jamais representa determinado objeto no momento em causa.

A informação, ao ser *clara*, deve permitir ao recetor a capacidade de reconstituir a realidade dos factos com base na mensagem que recebe. Nestes termos, formulações vagas, ambíguas ou menos explícitas serão contrárias a este critério. Por sua vez, para que informação seja *objetiva* não pode depender de juízos que sejam predominantemente pessoais. Face ao exposto, a informação deve apoiar-se em factos suficientemente comprovados.

Por último, a mesma informação tem de conformar-se com a lei, com a ordem pública e com os bons costumes para que possa enquadrar o requisito da *licitude*. Os requisitos *supra* explanados são aplicáveis a toda a informação suscetível de influenciar as decisões dos investidores, bem como àquela que é dirigida às entidades reguladoras do mercado, independentemente do meio de divulgação utilizado.

É esta a ideia que resulta do n.º 2 do artigo 7.º do CodVM, sobretudo tendo em conta uma conceção ampla de informação. A observância formal destes requisitos cabe à CMVM[51] que deverá apreciar a legalidade da informação divulgada sem, no entanto, prestar qualquer garantia quanto ao mérito das decisões que, com base nela, os investidores possam vir a tomar.

Ainda relativamente à qualidade informação, vejamos o regime previsto no n.º 4 do artigo 7.º do CodVM. Tendo em conta que o mesmo subscreve a

49 Santos, 2011: 36. Como bem refere Costa Pina (1999: 45) *"a qualificação de uma informação como insuficiente não tem lugar perante qualquer omissão mas apenas no caso de omissão de "informação essencial".*

50 Cfr. Marques, 1998*:* 116, *apud* Santos, 2001: 36; Costa Pina, 1999: 44 e 45.

51 Cfr. artigo 114.º; n.º 5 do artigo 118.º e artigo 119.º, todos do CodVM.

ideia de que a tutela de determinados valores relacionados com o mercado implica uma actuação ao nível das próprias mensagens publicitárias, assim se determina que também à publicidade relacionada com valores mobiliários seja aplicado o regime geral da publicidade. Ademais, não teria qualquer cabimento que à margem dos prospetos informativos pudessem ser disponibilizadas informações de conteúdo divergente com o prospeto colocando, dessa forma, o seu conteúdo prático em causa. Para mais, dever-se-á ter em atenção que um investidor médio é mais atraído pela mensagem publicitária do que pela análise económica e financeira mais exaustiva[52]! Desta forma, entende-se que a publicidade relativa a ofertas públicas, além de se encontrar sujeita a autorização prévia da CMVM, deve obedecer a exigências como as *supra* referidas; a necessidade de referência expressa à existência ou à futura disponibilidade de prospeto e a sua harmonia com o conteúdo desse mesmo prospeto[53]. O caráter mais tecnicista da informação será garantido pelos necessários pareceres de auditores financeiros no que respeita ao teor de determinados documentos de divulgação obrigatória. Estes agentes desempenham um papel importante de guardiões da integridade dos mercados e da veracidade e rigor técnico da informação que neles é disponibilizada[54].

3.4. Custos de informação

Face ao exposto, poder-se-á dizer que a necessidade de informação no mercado dos valores mobiliários é ponto assente. Também já se referiu que necessidade de informação não implica mais informação, pelo menos em termos de quantidade, até porque esse eventual aumento acarreta um aumento custos, os quais se vão refletir no valor da oferta.

Se os custos inerentes à informação, transação e emissão dos valores mobiliários forem elevados, o rendimento das aplicações diminuirá e os aforradores tenderão a dar às suas poupança um destino mais lucrativo ou, por ventura, aplicá-las-ão na compra de bens de consumo.

---

52 Neste sentido dispõe o n.º 3 do artigo 121.º do CodVM que à responsabilidade civil pelo conteúdo da informação divulgada em mensagens publicitárias aplicam-se, com as devidas alterações, as normas relativas à responsabilidade civil pelo prospecto inferidas do artigo 149.º e seguintes do CodVM.

53 Cfr. artigos 121.º, n.º 1 e n.º 2 do CdVM. *Vide* também o artigo 140.º do CodVM.

54 Cfr. artigo 8.º do CodVM. Os auditores financeiros são sujeitos de direito privado que devem estar registados como tal na CMVM, cuja função é defender o funcionamento do mercado de valores mobiliários zelando pela correcção técnica da informação que é disponibilizada. Cfr. artigos 9.º e 10.º do CodVM.

Por sua vez, se esses mesmos custos forem diminutos, as coisas passar-se-ão em termos inversos. A eficiência operacional do mercado impõe que os custos de informação sejam minimizados tanto quanto possível. Assim se justifica que a prestação de informação seja levada a cabo por quem consiga reduzir esses mesmos custos. Regra geral, estará a cargo da entidade emitente. Se cada investidor tivesse de, por si, providenciar a informação de que necessita, os custos seriam incomportáveis[55]. Por outro lado, também não se mostra prudente o fornecimento de informação *à medida*, isto é, informação adaptada para cada agente do mercado. O processo de informação terá sempre em uma certa massificação. O problema, como é da natureza das coisas, será o de encontrar uma *justa medida* em nome da eficiência de que não se pode abrir mão, sendo certo que o próprio interesse dos investidores é, usualmente, contrário a uma publicidade excessiva[56]. Estará sempre presente, portanto, a regra de ouro: a *eficiência do mercado*.

Tendo em vista essa eficiência, o Decreto-Lei n.º 18/2013 de 6 de fevereiro e, procedendo à transposição da Directiva n.º 2010/73/UE, do Parlamento e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, veio reduzir os custos associados ao cumprimento de divulgação de prospecto. Tal como é referido no preâmbulo do mencionado diploma, "*as alterações introduzidas pela Directiva n.º 2010/73/UE* [...] *tiveram como objectivo contribuir para a redução dos encargos associados à obrigação de divulgação de prospecto em caso de oferta pública de distribuição de valores mobiliários ou da sua admissão à negociação em mercado regulamentado*".

Recentemente, o Decreto-Lei n.º 22/2016, de 3 de junho, transpondo parcialmente a Diretiva n.º 2013/50/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013 –

continuando a visar uma melhor eficiência dos emitentes de pequena e média dimensão de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado em Portugal –, entre outras alterações, possibilitou a dispensa de elaboração trimestral dessa informação.

Tal prerrogativa, contudo, não foi concedida aos emitentes que sejam instituições financeiras[57].

---

55 Desde logo, o tempo despendido na execução em tal tarefa.

56 Osório de Castro, 1997: 340.

57 Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 22/2016, de 3 de junho.

4. PROSPETO DE INFORMAÇÃO

Visando a proteção dos investidores, sobretudo a correção de assimetrias informativas, designadamente aquando da negociação de ofertas públicas e admissão de valores mobiliários – situações em que o investidor de nível *médio* não domina o carácter técnico da operação –, foi criado o prospeto de informação como instrumento preventivo procurando acautelar as decisões de investimento.

Enquanto figura de origem europeia[58], o prospeto informativo é um documento que, em regra, precede a realização de ofertas públicas relativas a valores mobiliários e a sua admissão à negociação em mercado regulamentado constituindo uma importante fonte de informação técnica que visa esclarecer o público quanto aos investimentos concretamente propostos[59].

O prospeto deve conter sempre informação que esteja nas condições prescritas no n.º 1 do artigo 7.º do CodVM de molde a permitir que o público em geral possa formar juízos fundados sobre a oferta, os valores mobiliários que dela são objeto e os direitos que lhe são inerentes, bem como sobre a situação patrimonial, económica e financeira do emitente[60].

A Diretiva n.º 2010/73/UE, do Parlamento e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, designada por *Diretiva dos Prospetos,* veio estabelecer regras uniformes de modo a facilitar a circulação de capitais que, de um modo geral, já se encontravam consagradas no ordenamento jurídico português.

Porém, em virtude da complexidade técnica e extensão dos prospetos, muitos investidores não dispõem de tempo ou de conhecimentos técnicos suficientes para se empenharem numa leitura atenta da peça informativa tomando, na prática, as suas decisões de investimento com base em mensagens publicitárias sobre a oferta ou admissão que lhes são dirigidas. Só desta forma se percebe também a atenção que a *Diretiva dos Prospetos* dedica à matéria da publicidade[61].

De forma a eliminar as referidas barreiras de informação, resultado de uma incompreensão, o prospeto deve conter um sumário onde, de uma forma concisa e numa linguagem não técnica, se apresentem as caraterísticas essenciais do produto e os riscos associados ao emitente[62]. Tal exigência encontrou regulação

58 Sobre a evolução histórica do Prospeto, *vide* Câmara, 2007: 19 e ss.

59 Almeida, 2013: 191 e ss. Cfr. n.º 1 do artigo 134.º, artigo 135.º e artigo 136.º do CodVM.

60 Cfr. n.º 1 do artigo 135.º do CodVM.

61 A título de exemplo, *vide* artigos 121.º e 122.º do CodVM.

62 Cfr. artigo 135.º-A do CodVM.

com o Decreto-Lei n.º 18/2013, de 6 de fevereiro. Recentemente, o Decreto-Lei n.º 22/2016, de 3 de junho, introduziu também ligeiras alterações relativamente ao regime do prospeto. Vejamos, de seguida, as principais mudanças que operaram com a transposição das *supra* referidas Diretivas.

O Decreto-Lei n.º 18/2013, de 6 de fevereiro que entrou em vigor no dia seguinte ao da sua publicação, fez, como já se referiu, a transposição de algumas Diretivas, introduzindo substanciais alterações no CVM. Em termos sucintos, as alterações mais relevantes prenderam-se com a (i) matéria de categorização dos investidores; com as (ii) matérias de qualificação das ofertas de valores mobiliários como públicas; com a (iii) disciplina dos prospetos; e com a (iv) expansão de normas de supervisão comportamental da CMVM, cooperação e comunicação entre outras entidades[63]. Por ora, e tendo em conta uma abordagem não exaustiva do presente trabalho, cingir-nos-emos apenas às alterações realizadas quanto à disciplina dos prospetos (ponto iii).

De acordo com o n.º 1 do artigo 134.º do CodVM a realização de qualquer oferta pública relativa a valores mobiliários deve ser procedida de divulgação de um prospeto.

Porém, com a nova redação dada pelo Decreto-Lei n.º 22/2016, o n.º 2, alínea a) do referido artigo, excetua-se esse dever de emissão nas ofertas de valores mobiliários a atribuir, por ocasião de uma fusão ou cisão, desde que esteja disponível, com pelo menos 15 dias de antecedência em relação à data da assembleia geral, um documento com informações consideradas pela CMVM equivalentes às de um prospeto.

Mantendo a mesma redação, a atual alínea b) do n.º 2, do artigo 134.º do CodVM, exceciona a regra geral contida no n.º 1 permitindo a não divulgação de prospeto nos pagamentos de dividendos sob a forma de ações da mesma categoria das ações em relação às quais são pagos os dividendos, desde que seja disponibilizado ao comprador um documento com informações sobre o número e a natureza das ações, bem como sobre as razões e características da oferta.

No que respeita às ofertas a trabalhadores, cabe notar que o artigo 134.º, n.º 2, alínea c) do CodVM continua a dispensar a apresentação de prospeto nas ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários a membros dos órgãos de administração ou trabalhadores, atuais ou pretéritos, pelo respetivo empregador, por sociedade em relação de domínio ou de grupo com este ou

63 Cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2013, de 6 de fevereiro.

por ser sociedade sujeita a domínio comum, desde que o emitente tenha a sua sede estatutária ou efetiva na União Europeia.

Por força do n.º 5 do referido artigo, esta norma aplica-se a ofertas de valores mobiliários emitidos por sociedades fora da União Europeia cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação num mercado regulamentado autorizado na União ou no mercado de um país terceiro. Nesta última situação, a Comissão Europeia deverá adotar, previamente, e caso a caso, uma decisão de equivalência relativamente a esse mercado, decisão essa dependente do processo previsto nos n.ºs 6 e 7 do preceito em apreço.

A necessidade de conceder a melhor informação aos interessados, levou o atual legislador a introduzir um regime mais pormenorizado quanto ao idioma em que os prospetos são redigidos[64]. Estas alterações são, efetivamente, bem demonstrativas de uma tentativa de redução de custos de informação, tal como se adiantou no ponto 3.4.. Salvo melhor opinião, não podemos deixar de pactuar com tão salutares soluções legislativas que vêm sendo tomadas. De facto, como se referiu, a dispensa de apresentação de prospeto nas ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários a membros dos órgãos de administração ou trabalhadores pelo respetivo empregador parece-nos uma solução coerente e eficiente. Note-se, contudo, que o legislador não proíbe a apresentação de prospeto nestes casos; simplesmente não a torna obrigatória.

Como tal, não pode dizer-se que tal opção possa levar a situações fraudulentas uma vez que a emissão de valores mobiliários está dependente de registo (artigos 43.º e 44.º do CodVM), sendo também depositada e integrada num sistema centralizado[65] (artigos 62.º 91.º, 99.º do CodVM) e de controlo (*v.g* artigo 92.º do CodVM e artigo 17.º do Regulamento n.º 14/2000 da CMVM). Funcionando o prospecto como *bilhete de identidade*[66] do valor mobiliário em negociação tem, como função principal, a apresentação do mesmo aos potenciais investidores. Ora, caso esses investidores sejam membros dos órgãos de administração ou trabalhadores da entidade emitente, certamente terão fácil acesso à informação pretendida. O princípio da igualdade, *supra* explanado vem, de certo molde, corroborar esta solução. Deve ser tratado de maneira igual, aquilo que é igual, e o que é diferente, de maneira diferente, na medida da dife-

64 Cfr. artigo 163.º-A do CodVM.

65 Cfr. artigo 88.º do CodVM. Bem se compreende que assim seja por razões de segurança, simplicidade e celeridade.

66 Expressão nossa.

rença. Facilmente se percebe que um trabalhador de uma entidade emitente de valores mobiliários não está no mesmo pé de igualdade que um investidor comum que, por sinal, poderá ter um significativo *deficit* de informação[67].

Ainda com o propósito de reduzir custos de informação, tornando o mercado mais eficiente, o legislador , já em 2013, procedera ainda a mais alguns ajustamentos. Vejamos.

Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 18/2013, de 6 de fevereiro, o prospeto continua a ser válido por um prazo de doze (12) meses embora tal período contabilizado a partir da data da sua aprovação e não da sua colocação à disposição do público[68].

O diploma foi ainda inovador ao consagrar a possibilidade de utilização sucessiva do prospeto pelo intermediário nas ofertas públicas de *distribuição em cascata,* desde que o emitente ou o responsável pela sua elaboração o autorize e que o prospeto se mantenha atualizado nos termos do CodVM[69]. No que respeita ao sumário dos prospetos, com o mencionado Decreto-Lei n.º 18/2013, de 6 de fevereiro permitiu-se a comparação de sumários de produtos semelhantes a fim de os investidores disporem das informações essenciais para tomar uma decisão. Temos presente a materialização do princípio da *full disclosure,* o qual determina que toda a informação deve ser prestada aos seus destinatários. Porém, como já se referiu, à luz do *princípio da razoabilidade*, essa informação não deve ser excessiva, sob prejuízo de a tornar confusa e inócua. Também este princípio parece ter estado subjacente na *mens legis* uma vez que, de acordo com a redação do artigo 135.º-A, n.º 1 do CodVM, o sumário deverá conter as *informações fundamentais* aos investidores, *numa linguagem não técnica*, abrindo-se espaço para uma apreciação casuística da adequação do sumário.

O n.º 3 do preceito em análise impõe que o conteúdo do sumário permita conhecer a natureza e os riscos do emitente, do garante e dos valores mobiliários objeto da oferta. Por sua vez, permite também conhecer a decisão dos investidores no sentido de saber se estes pretendem continuar a ponderar a oferta. O n.º 4 prevê ainda um conjunto de elementos informativos, designadamente a estimativa das despesas cobradas ao investidor pelo emitente ou oferente. Por último, alude-se que tanto o formato do sumário como o conteúdo das

67 Costa Pina, 1999: 47.

68 Cfr. artigo 143.º do CodVM.

69 *Vide* preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2013, de 6 de fevereiro e artigo 110.º-B do CodVM.

informações obedecem ao disposto no Regulamento (CE) n.º 809/2004, da Comissão, de 29 de abril.

Em matéria de adendas ao prospeto, deve salientar-se o disposto no artigo 142.º, n.º 1 do CodVM. À luz da mencionada norma deve ser requerida, à CMVM, adenda ou retificação do prospeto quando se detetar deficiência, quando ocorrer novo facto ou quando se tome conhecimento de facto anterior não considerado no prospecto entre a data de aprovação e não apenas o fim do prazo da oferta. Acresce que a adenda deverá indicar a data final até à qual os investidores podem exercer o direito de revogação da sua aceitação, exercício esse que passa a estar sujeito ao pressuposto de que o facto ou a deficiência em questão sejam detectados, conhecidos ou ocorram antes de terminar o prazo da oferta e da entrega dos valores mobiliários[70]. Face ao exposto, diremos que todas as alterações efetuadas consistiram numa verdadeira concretização do princípio da proteção dos investidores

5. RESPONSABILIDADE PELO PROSPECTO

A especial relevância da informação reflete-se nos vários deveres informativos impostos pela lei mobiliária, bem como nas exigências relativas à qualidade de informação, como já observámos. Por sua vez, o controlo que a CMVM exerce sobre a informação é bem demonstrativo do almejo de um mercado seguro.

Desde logo, salientámos que a atividade de controlo se manifesta na aprovação do prospeto. Na verdade, o artigo 118.º n.º 5 do CodVM refere que a aprovação do prospeto implica a verificação da conformidade da informação com as disposições presentes na lei mobiliária. Não obstante, a supervisão efectuada pela CMVM não reside num controlo de *mérito* mas apenas num controlo de *legalidade*. Nestes termos, a tutela ressarcitória, a par da responsabilidade contra-ordenacional e penal, mostra-se como instrumento fulcral para proteger o regular e eficiente funcionamento do mercado. Só assim se pode afirmar que os investidores gozam de verdadeira proteção jurídica.

Analisemos, seguidamente, as normas relativas à responsabilidade civil pelo conteúdo da informação divulgada que se encontram no CodVM. Atendendo à importância das matérias divulgadas no prospeto, a lei estabelece um regime estrito de responsabilidade civil pelas informações divulgadas, em que a culpa se presume e é apreciada de acordo com elevados padrões de diligência profis-

70 Crf. artigo 142.º n.º s 4 e 5 do CodVM.

sional[71]. Desde logo, dispõe o artigo 136.º, alínea a) do CodVM que o prospeto deverá identificar as pessoas responsáveis. De seguida, à luz dos artigos 149.º, n.º 1 e 151.º do CodVM, é também estipulado um regime de solidariedade pelos danos causados pelas informações prestados no prospecto. O oferente, o emitente ou chefe de consórcio de colocação estão sujeitos a um regime excepcional de responsabilidade objectiva previsto no artigo 150.º do CodVM. Nos termos do artigo 149.º, n.º 4 do CodVM, não se exclui a responsabilidade pelos danos causados pela desconformidade do sumário com o restante conteúdo do prospeto pois, dessa forma, não são prestadas as informações fundamentais para permitir que os investidores determinem se, e quando, devem investir nos valores mobiliários em causa.

Por fim, nos termos do artigo 153.º do CodVM, a cessação do direito à indemnização cessa passados dois (2) anos da data do *termo da vigência do prospecto,* esta uma das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 18/2013, de 6 de fevereiro[72].

6. CONCLUSÃO

Atendendo ao desenvolvido no presente trabalho, apresentamos, a título conclusivo, as seguintes ideias.

A rede dos deveres de informação no direito dos valores mobiliários é um esquema que pretende conciliar os interesses de maximizar a informação disponível em cada momento com o mínimo de custos associados, observando os padrões de qualidade assegurados.

O sistema de difusão de informações da CMVM, a criação de sítios na Internet onde toda a informação obrigatória é tornada disponível, a obrigatoriedade de prospetos, entre outros, são passos muitos significativos para a criação e sustentabilidade de uma efetiva transparência do mercado de valores mobiliários. Estes devem, contudo, ser conciliados com a simplificação e clarificação do regulamento dos prospetos[73].

Hodiernamente, e tendo em conta a mais recente crise mundial económico-financeira que teve início em 2007/2008, pretende dar-se uma resposta apta a

71 Cfr. artigo 149.º n.ºs 1 e 2 do CodVM.

72 Anteriormente, o prazo de caducidade para o exercer o direito à indemnização fundado em responsabilidade pelo prospecto contava-se a partir da data da divulgação do resultado da oferta.

73 Regulamento da CMVM n.º 91/7.

restabelecer a confiança dos investidores através da reformulação de um sistema que se revelou incapaz de prevenir práticas fraudulentas.

A maioria das Diretivas Europeias sobre mercados financeiros, entre as quais a Diretiva 2010/73/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, têm um regime marcadamente preventivo cujo escopo direto é garantir um correto e igualitário funcionamento do mercado. Concretamente, vimos que a quantidade de informação não basta *per se* para que se verifiquem os deveres de informação. A qualidade tem-se como dever primordial.

A complexidade e extensão dos prospectos, aliada à falta de tempo e conhecimento dos investidores, faz com que, muitas vezes, a mensagem não seja devidamente captada. Ficou também a ideia de que o investimento acarreta sempre um risco económico. Por sua vez, não competindo ao Estado nem ao Direito a adoção de um comportamento paternalista face aos investidores, estará sempre presente a ideia de auto-responsabilização dos referidos. O aspeto complementar do investimento será a necessidade de consciencializar o investidor para esse risco, tornando-o visível e transparente. A decisão do investidor poderá ser errada mas terá sempre de ser esclarecida.

BIBLIOGRAFIA

Araújo, Fernando
2006 *Introdução à Economia*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina.
Brealey, Richard & Myers, Stewart
1991 *Principles of Corporate Finance*, 4.ª ed., New York: McGraw-Hill.
Câmara, Paulo
1998 "Os deveres de informação e a formação de preços no mercado de valores mobiliários" in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 2, pp. 79--93.
2007 "A Diretiva dos prospetos: contexto, conteúdo e confronto com o Direito positivo nacional" in *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Coimbra: Almedina, Vol. 7, pp. 9-40.
Canotilho, J.J Gomes
2003 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina.
César das Neves, João
1997 *Introdução à Economia*, 4.ª ed., Lisboa – São Paulo: Editorial Verbo.
Fama, Eugene F.
1970 "Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work" in *The Journal of Finance*, Vol. 25 n.º 2, New York.
Menezes Cordeiro, António
2000 *Da Boa Fé no Direito Civil*, 5.ª reimp., Coimbra: Almedina.
Monteiro, Jorge Ferreira Sinde
1989 *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina.
Osório de Castro, Carlos
1997 "A informação no Direito do Mercado de Valores Mobiliários" in *Direito dos Valores Mobiliários*, Lisboa: Lex, pp. 333-347.
Paz Ferreira, Eduardo
2001 "A informação no Mercado de Valores Mobiliários" in *Direito dos Valores Mobiliários*, Separata do Volume III, Coimbra: Coimbra Editores, pp. 137--159.
Pereira de Almeida, António
2013 *Sociedades Comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*, 7.ª ed., Vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora.
Pina, Carlos Costa
1999 *Dever de informação e responsabilidade pelo prospeto no mercado primário de valores mobiliários*, Coimbra: Coimbra Editora.

Pinto, Frederico Lacerda da Costa
1998 "O direito de informar e os crimes de mercado" in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 2, 1.º semestre, pp. 95-121.
Rodrigues, Sofia Nascimento
2001 *A proteção dos Investidores em Valores mobiliários,* Coimbra: Almedina.
Samuelson, Paul & Nordhaus, William
2010 *Economia,* 19.ª ed., New York: McGrawHill.
Santos, Filipe Matias
2011 *Divulgação de Informação Privilegiada*, Coimbra: Almedina.
Saraiva, Rute
2013 *Direito dos Mercados Financeiros,* 1.ª ed., Lisboa: AAFDL.

A UNIÃO DOS MERCADOS DE CAPITAIS E O SISTEMA EUROPEU DE SUPERVISÃO FINANCEIRA

João Vieira dos Santos

Abstract: *This essay analyses the main steps to build the Capital Market Union, by reference to the European Commission's Green Paper and Action Plan. It takes into account Europe's priorities of economic growth and job creation, examining key issues such as access to financing by small and medium-sized enterprises, long-term investment, securatisation and Competition Law. We also examine the essential role of the European Financial Supervision System in the integration and stability of the European capital markets, considering this ambitious project as prominent to the recovery of the economy and the welfare of the entire European population.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Os mercados de capitais na Europa. 2.1. Breve análise histórica. 2.2. A atualidade. 3. O acesso a financiamento das PME. 3.1. O prospeto. 3.2. Informação normalizada. 3.3. Meios de financiamento alternativo. 4. O investimento a longo prazo e os mercados de titularização. 5. A importância da concorrência. 6. Sistema Europeu de Supervisão Financeira. 6.1. O Comité Europeu de Risco Sistémico e as Autoridades de Supervisão. 6.2. O papel particular da *ESMA*. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Continuamos a sentir os efeitos da crise financeira e vivemos, não se pode negar, tempos perniciosos. Os elevados níveis de desigualdade, a pobreza, a precaridade laboral, endividamento das famílias, a insustentabilidade da dívida e da segurança social, os excessos especulativos do sistema financeiro. Entretanto, cada vez mais pessoas têm menos trabalho, cada vez os Estados têm mais dificuldade em pagar reformas, subsídios e bolsas a estudantes. Menos salários, menos poder de compra, menos consumo, menos receitas fiscais, tudo isso explica a espiral recessiva em que nos encontramos. O crescimento económico já não significa criação de emprego. Em boa verdade, implica o oposto.

Impõe-se, portanto, uma regulação do sistema financeiro mais eficiente e uma nova política da União Europeia, nesta época em que "proliferam os investidores apenas preocupados com o encaixe financeiro decorrente da rentabilização, a curto prazo, do investimento acionista efetuado"[1]. A Europa encontra-se num período de reflexão e remodelação e impõe-se o dever de acompanhar de perto todos os seus progressos, no sentido de resolver a espiral recessiva referida e garantir que o crescimento económico resulte numa criação de emprego e bem-estar para toda a população.

Isto posto, escolhemos abordar nesta investigação um dos pontos fulcrais da integração europeia e o cerne da crise atual, a crescente internacionalização dos mercados de capitais e a mundialização das operações sobre instrumentos financeiros[2]. Consideramos, também, pertinente, na abordagem deste tema, o Relatório[3], de julho de 2014, do Presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker, em que refere o desenvolvimento da União dos Mercados de Capitais como uma das grandes prioridades do seu mandato.

Neste sentido, a Comissão Europeia lançou, a 18 de fevereiro de 2015, o Livro Verde sobre a "Construção de uma União de um Mercado de Capitais"[4], visando, como prioridades, o crescimento e o emprego. A ideia principal é, basicamente, criarem-se Mercados de Capitais mais robustos que aguentem os choques das crises financeiras e complementem o financiamento bancário, permitindo, assim, mobilizar mais investimento para as pequenas e médias empresas (doravante, PME[5]), tornar o sistema financeiro mais estável e diversificar as fontes de financiamento.

Posteriormente, perante a recente "Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico Social Europeu e ao Comité das Regiões" sobre o "Plano de Ação para a Criação de um Mercado de Capitais", de 30 de setembro de 2015[6], avistamos, finalmente, um caminho

1 Câmara, 2007: 175.

2 Problemas já tratados pela doutrina há alguns anos, p. ex. Palma & Oliveira, 1998: 7-16.

3 Juncker, 2014: 9.

4 Comissão Europeia, 2015a.

5 Na Recomendação n.º 2003/361/CE, de 6 de Maio, a Comissão Europeia definiu a qualificação de pequenas e médias empresas (PME) como "empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros".

6 Comissão Europeia, 2015b.

bem definido desta ideia verdadeiramente ambiciosa de construir uma União dos Mercados de Capitais na União Europeia.

Depois da criação da União Bancária, a 4 de novembro de 2014, a União dos Mercados de Capitais aparece como próxima etapa fulcral da integração europeia e imprescindível para a sobrevivência da União Económica e Monetária. Etapa que vai no sentido da liberalização da circulação de capitais, "'quarta' liberdade constitutiva do mercado comum"[7] (artigo 26.º, n.º 2, do TFUE).

Deste modo, analisaremos um conjunto de medidas – para nós as mais relevantes –, que contribuirão para a construção da União dos Mercados de Capitais, tendo como referência o Livro Verde sobre a "Construção de uma União de um Mercado de Capitais" e o "Plano de Ação para a Criação de um Mercado de Capitais", começando por uma breve análise histórica para compreendermos o estado atual dos mercados financeiros europeus, comparando-os aos mercados financeiros dos Estados Unidos da América, devido ao estado de grande desenvolvimento destes.

Seguidamente, o presente estudo analisará as medidas que procuram facilitar o financiamento às PME europeias, as formas de reforçar o investimento a longo prazo e o mercado de titularizações e perscrutar a importância da concorrência neste ambicioso projeto de criar a União dos Mercados de Capitais.

Por último, analisaremos o papel primordial do Sistema Europeu da Supervisão Financeira para a estabilidade desta União, considerando o caso particular da *ESMA*, como Autoridade Supervisora dos mercados de capitais.

2. OS MERCADOS DE CAPITAIS NA EUROPA

2.1. Breve análise histórica

Na Europa, os mercados, enquanto atividade económica[8], desenvolveram-se muito cedo, e, como eram considerados um legado institucional da Idade Média, foram sempre bastante regulados de forma a proteger consumidores e pequenos produtores e a racionalizar recursos. Isto levou a um promoção

7 Gorjão-Henriques, 2014: 585. "O princípio da liberdade de capitais foi consagrado, desde 1958, no Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (TCEE). Sendo o capital, a par do trabalho, um fator de produção, acreditava-se que a sua liberalização no mercado interno levaria à utilização mais eficiente e ao consequente aumento do bem-estar" – Campos, 2012: 379.

8 "O mercado, enquanto atividade económica, é o ponto de encontro entre vendedores e compradores", Fernandes, 1997: 191.

de cartéis por parte dos Governos europeus, por oposição ao Governo americano, que os proibiu[9].

Numa fase ulterior, inovações financeiras como os títulos de crédito começaram em França e nos Bancos de Bruges[10] e Antuérpia, e despoletaram, mais tarde, a grande troca de instrumentos financeiros nas praças de Amesterdão e Londres. Foi, assim, o Reino Unido que, no início da Revolução Industrial, procurou destacar-se na internacionalização dos mercados de capitais, aproveitando a era do liberalismo e do *laissez-faire*, a era que permitiu o rápido crescimento desses mercados[11].

No início do século XX, a emissão de obrigações do Governo americano "deu a conhecer ao público em geral o mercado dos valores mobiliários, incentivando inúmeras empresas, a partir da década de 20 do século passado a procurarem este tipo de financiamento, em desfavor dos mais tradicionais empréstimos bancários. Esta viragem, com impacto direto nas suas receitas, impeliu as instituições de crédito a penetrarem na pujante área dos instrumentos financeiros"[12]. Após a "Grande Depressão" americana, de 1929, suscitou-se a criação do *New Deal*, "um amplo programa de intervenção na economia"[13], sendo uma das medidas deste programa a criação de legislação federal para controlar os mercados de capitais e o sistema bancário (*Securities Act* e *Glass-Steagell Act* de 1933) e tutelar os investidores (*Securities Exchange Act* de 1934). Estas leis federais, que ainda se encontram em vigor, foram essenciais para uma regulação efetiva do sistema financeiro, permitindo uma fortalecimento dos mercados financeiros, e o seu consequente crescimento[14], e impuseram a separação entre a Banca comercial e a Banca de investimento, que durante longas décadas, foi "um dos elementos mais característicos do mercado financeiro estado-unidense"[15]. Na Europa Continental, por outro lado, inexistiram

9 Cf. Casson & Lee, 2011: 11.

10 "A origem do termo bolsa não está esclarecida, muito embora tradicionalmente se associe o seu aparecimento à cidade de Bruges, onde o senhor de uma nobre família Van der Bourse mandou construir um local destinado à reunião de assembleias de comerciantes, o qual estaria ornado, no seu frontispício, com o escudo das suas armas carregadas de três bolsas...", Fernandes, 1997: 187.

11 Obstfeld & Taylor, 2003: 121-127.

12 Cordeiro, 2014: 567.

13 Domingues, 2009: 489.

14 Domingues, 2009: 489-492.

15 Cordeiro, 2014: 567.

barreiras entre a Banca comercial e a Banca de investimento, adotando-se o sistema bancário universal.

Em termos filosófico-políticos, contrariamente ao que sucedeu na Europa Continental, a história dos Estados Unidos da América e do Reino Unidos foi influenciada pelo pensamento do mercado livre[16], o que teve uma enorme influência no maior desenvolvimento dos seus mercados de capitais.

No pós-2.ª Guerra Mundial, a Europa procurou a sua reconstrução na celebração dos "Tratados Fundamentais das Comunidades Europeias – o Tratado de Paris, de 18 de abril de 1951, que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C.E.C.A), e os Tratados de Roma, de 25 de março de 1957, institutivos da Comunidade Europeia da Energia Atómica (C.E.E.A, Euratom) e da Comunidade Económica Europeia"[17].

Seguidamente, terminando a era *Bretton Woods*[18] (1945-1971), em que se procurou reerguer a Economia mundial depois das duas Grandes Guerras, existiu um crescimento exponencial da mobilização de capitais[19], destacando-se os Estados Unidos da América, que apostou fortemente na inovação financeira, através da Regulamento Q, que impôs limites máximos à taxas de juros em depósitos bancários, levando à maior procura de instrumentos dos mercados financeiros[20]. Ulteriormente, em 1999, o mesmo país revogou a barreira que separava a Banca de comercial e a Banca de Investimento, através do *Gramm-Leach-Bliley Act*. O recente progresso tecnológico da engenharia financeira permitiu "a maximização da utilização de ativos, quer do lado do passivo, quer do lado ativo das empresas financeiras e não financeiras"[21], passando a existir uma dinâmica holística dos operadores de mercado e uma diversificação das fontes de financiamento, aliadas à globalização da economia.

---

16 Um pensamento que introduzia a ideia que qualquer individuo poder iniciar o se negócio e entrar nos mercados, permitindo-se a concorrência com empresas já estabelecidas, ressalvando-se que o Governo Federal protegia esse direito de entrada, *vd.* Casson & Lee, 2011:11.

17 Silva, 2013a: 10.

18 O acordo *Bretton Woods* estabeleceu um conjunto de relações comerciais, produtivas, tecnológicas e financeiras, em que se procurou iniciar um marco ordem internacional estável e regulada. "Sob o manto deste hegemonia foram reconstruídas as economias da Europa e do Japão e criadas as condições para o avanço das experiências de industrialização na periferia do capitalismo", Belluzo, 1995: 14.

19 Um dos grandes marcos da ascenção dos mercados de capitais foi a abertura do primeiro mercado de capitais secundário e eletrónico do mundo, em Nova Iorque, a 5 de fevereiro de 1971, o *NASDAQ, vd.* Mandaloniz, 2003: 380.

20 Cf. Handerson, Brooke, Hume & Kurtosiova, 2015: 8.

21 Quelhas, 2012: 83.

Em suma, podemos dizer que existiram dois grandes modelos de mercados financeiros: O anglo-saxónico, marcado por um mercado de capitais sólido, pouca intervenção do Estado na Economia e grandes incentivos aos investidores; e o Europeu Continental com uma forte intervenção do Estado na Economia e uma influência muito forte dos Bancos no financiamento empresarial. Isto posto, consideramos que a União dos Mercados de Capitais, ao envolver, naturalmente, os 28 países da União, incluindo o Reino Unido (a maior praça financeira da Europa encontra-se em Londres), as reformas estruturais consistirão numa aproximação ao modelo anglo-saxónico, até porque a crise afetou menos os países com este modelo, como veremos *infra*.

2.2. A atualidade

Após a crise financeira global, eclodida em Agosto de 2007, constatou-se que a autonomia nacional das políticas financeiras não acompanhou "a globalização financeira e a realidade da integração, interligação ou interdependência dos mercados de capitais europeus, com a sentida falta de cooperação/coordenação ou integração da supervisão a não frenar a instabilidade do sistema ou seguramente a não concorrer para um sistema estável"[22], sendo que o sector financeiro mais afetado pela crise foi o bancário, gerando dificuldades enormes na concessão de crédito[23]. Houve também um declínio na liquidez e uma notória fragmentação dos mercados de capitais da União Europeia, deteriorando o acesso a estes mercados[24].

Desse modo, a Comissão Europeia promoveu uma estrutura de supervisão integrada da União Europeia, criando, em 2010, o Sistema Europeu de Supervisão Financeira e, a partir de 2012, implementou a União Bancária, num claro processo de aceleração de integração do projeto europeu. Neste seguimento, o Relatório dos 5 Presidentes[25] aponta para a conclusão do processo da União Bancária e o encetamento de uma União dos Mercados de Capitais de modo a garantir a estabilidade do Euro, partilhar riscos com o setor privado, fortalecer o crescimento económico e estimular a criação de emprego, canalizando as

22 Silva, 2013a: 85.

23 A crise financeira de 2007 afetou menos os países com mercados de capitais desenvolvidos, tendo os mercados de capitais sido um instrumento vital para a estabilidade financeira. Cf. Shoenmaker, 2015: 5-8.

24 Cf. Paniant, 2015: 40.

25 Juncker, Tusk, Dijsselbloem, Draghi & Schulz, 2015.

poupanças dos aforradores em investimentos mais produtivos, e, sobretudo, em PME, que compõem a maior parte do tecido empresarial na União Europeia.

Esse plano ambicioso de integração só será possível se evitar com sucesso a fragmentação dos mercados financeiros dos Estados-Membros[26], tarefa árdua nos duros tempos de instabilidade económica e de crise da Zona Euro. De todo o modo, a criação da União dos Mercados de Capitais, desde que consiga reduzir a fragmentação dos mercados financeiros da União Europeia e complementar o financiamento bancário com mercados de capitais mais desenvolvidos e mais líquidos, poderá muito provavelmente contribuir para a redução do custo do financiamento da economia, promovendo a criação de emprego[27]. Destarte, o caminho não será, indubitavelmente, impor uma alternativa, mas melhorar a qualidade das alternativas de financiamento[28].

3. O ACESSO A FINANCIAMENTO DAS PME

3.1. O prospeto

O acesso aos mercados financeiros pelas PME é tido como uma das principais prioridades do projeto da União dos Mercados de Capitais, e para tanto, são essenciais mercados financeiros mais sólidos e menos burocráticos, que canalizem as poupanças para investimentos a longo prazo.

Sendo verdade que "as PME têm sido – e são na atualidade – a célula básica da estrutura económica dos distintos Estados, tanto pela sua contribuição para o investimento na atividade regional e produtiva, como pelo seu dinamismo e capacidade de adaptação e inovação"[29], é natural que um dos grandes objetivos da União dos Mercados de Capitais seja reduzir os obstáculos que limitam a capacidade das empresas mais pequenas de obterem financiamento através de capitais próprios ou de dívida. É, de facto, visto como prioritário "ajudar as PME e empresas em fase de arranque a crescer, removendo os obstáculos regulamentares e facilitando o acesso ao financiamento"[30], estando, por essa

26 Cf. Demary, Diemeier & Haas, 2015: 33.

27 Cf. Gouveia & Martins, 2015: 4.

28 Convergentemente, Schammo, 2015: 35 e 36.

29 Mandaloniz, 2003: 69.

30 Comissão Europeia, 2015c: 2.

razão, a Comissão Europeia a planear apresentar uma proposta de revisão da Diretiva «Prospetos».

Os prospetos são documentos bastante exigentes em termos de informação financeira, nomeadamente sobre os riscos e as modalidades de financiamento, impostos legalmente às empresas, de modo a informar adequadamente os investidores. É preponderante, nesta medida, uma simplificação destes documentos, não descurando a qualidade e exatidão da informação financeira.

Neste âmbito, a União Europeia tem vindo a harmonizar os requisitos em matéria de prospetos, a fim de permitir comparar oportunidades de investimento dentro da zona comunitária. Têm sido abordados temas como o âmbito dos requisitos e exceções dos prospetos, a proteção dos investidores, redução dos encargos administrativos e de custos desnecessários, incentivo de investimentos transfronteiriços e alteração do regime do prospeto para tornar-se mais apropriado para as PME. Pretende-se, deste modo, simplificar as informações necessárias nos prospetos no intuito de facilitar a utilização destes documentos por parte das PME, permitindo o acesso destas aos mercados de capitais.

Contudo, a iniciativa de simplificação e harmonização dos prospetos terá que ser analisada, não só do ponto de vista da procura, com a redução dos custos associados, mas também o lado da oferta, contribuindo-se para uma maior facilidade de avaliação de risco[31]. A redução de informação não poderá implicar a redução de proteção dos investidores, tendo a Comissão Europeia que se dotar dos instrumentos necessários para esta salvaguarda, como por exemplo a criação da Plataforma Europeia de Aconselhamento ao Investimento, entre outros.

3.2. Informação normalizada

"No mundo do financiamento, melhor informação significa quase sempre melhor acesso a financiamento"[32]. No entanto, muitas PME europeias comunicam informações financeiras apenas com base nas normas de contabilidade nacionais, que podem ser insuficientes para responder às necessidades dos investidores internacionais devido à falta de comparabilidade. Este défice de informação impossibilita os investidores de identificar e analisar as empresas que os poderiam interessar, bem como as empresas de conhecerem as fontes de financiamento mais consentâneas com as suas características.

31 Cf. Virtuoso, Gouveia & Martins, 2015: 9.

32 *Vd.* https://www.raize.pt/blog/3-ideias-para-melhorarmos-a-competitividade-da-economia-portuguesa/.

São vários os problemas detetados nesta matéria: a disparidade entre os ordenamentos jurídicos e as práticas de supervisão dos diferentes Estados-Membros, que restringe as possibilidades de normalização das práticas de emissão e de informação financeira; e o facto de a informação ter custos elevados de produção mas ser barato reproduzi-la, resultando em falhas relevantes no mercado de capitais[33].

É urgente a intervenção comunitária, e a Comissão Europeia tem tomado, recentemente, medidas nesta matéria com as Diretivas da Transparência (2013/50/EU) e das Demonstrações Financeiras (2013/34/EU). Os esforços vão no sentido de uma harmonização das normas de contabilidade e de auditoria na União Europeia, facilitando o intercâmbio das melhores práticas.

"Quanto mais informação for colocada à disposição dos mercados, menor será o risco incorrido pelos investidores"[34]. Por essa razão, a avaliação do risco de crédito, que permite acesso a informação de solvabilidade das PME, é tida como uma prioridade[35]. Outrossim, as informações sobre risco de crédito podem, sobretudo, atrair investidores institucionais, produzindo resultados benéficos à integração e harmonização dos mercados de capitais[36].

A Comissão Europeia tenciona, deste modo, aumentar o intercâmbio das melhores práticas, de modo a criar fontes de informações fiáveis para apoiar as PME que pretendam obter financiamento. Isto é, instituir-se um sistema de informação que assegure a ligação, a nível de toda a Europa, entre os potenciais prestadores de serviços de financiamento externo e as PME. A Comissão considera, também, criar ligações transfronteiras para associar os sistemas nacionais existentes, reunindo os investidores e as PME em toda a Europa, um sistema que interligue as estruturas nacionais preservaria os conhecimentos a nível local e que permita às PME disponibilizar aos investidores, a nível europeu, um conjunto de dados essenciais no domínio financeiro e do crédito. Será essencial que esta fonte de valor acrescentado consiga uma comparabilidade suficiente dos dados fundamentais, favorecendo os investidores potenciais em toda a União Europeia a dispor de uma visão exata, verdadeira e fiável da situação financeira das PME.

---

33 Cf. Samuelson & Nordhaus, 2005: 194.

34 Cordeiro, 2015: 275.

35 Cf. Virtuoso, Gouveia & Martins, 2015: 9.

36 Cf. Kaya, 2015: 18; Véron & Wolff, 2015: 12.

Também importa assegurar que os bancos fundamentem a rejeição de pedidos de financiamento das PME, protegendo-se estas, devido ao seu limitado poder negocial[37]. Essa informação poderá ser vital para uma empresa aferir a sua capacidade de acesso a financiamento. Uma melhor informação prestada aos pequenos investidores poderá garantir a transparência que, neste momento, os mercados de capitais tanto necessitam.

3.3. Meios de financiamento alternativo

a) Capital de risco e Business Angels

"Um dos principais problemas das economias atingidas por fortes crises como aquela que a área do euro atravessou nos últimos anos é a redução drástica do financiamento disponível, devido, em grande parte, à excessiva dependência das empresas do recurso ao financiamento bancário"[38]. Deste modo, parece óbvia a aposta nos meios de financiamento alternativo, permitindo diversificar as fontes de financiamento das PME e aumentar as opções dos aforradores, de forma a tornar a economia mais resistente, promover a integração europeia, reduzir custos, aumentar a competitividade das PME europeias, e, podendo, por exemplo, proporcionar às famílias soluções mais adequadas tendo em vista a preparação da sua reforma.

Contudo, as formas de crédito não bancárias encontram-se muito pouco desenvolvidas na Europa – enquanto as PME europeias dependem dos Bancos em mais de 70% do seu financiamento, nos Estados Unidos, as PME apenas dependem em 30% do seu financiamento[39] –, pelas razões históricas *supra* descritas, perspetivando-se um longo e árduo caminho na sua promoção.

Deve-se, ainda assim, canalizar esforços para aumentar a utilização dos meios de financiamento alternativo, apostando, primeiramente no fomento da literacia financeira dos investidores e das PME[40], pois esses meios de financiamento são um ponto fulcral na evolução da União dos Mercados de Capitais.

---

37 Cf. Mandaloniz, 2003: 77.

38 Virtuoso, Gouveia & Martins, 2015: 7.

39 Cf. Stepanova & Stoev, 2015: 15.

40 Sobre a importância da literacia financeira na União dos Mercados de Capitais, vd. Demary, Diemeier & Haas, 2015: 33-36.

Um dos meios de financiamento alternativo mais importante para as PME é o investimento em capital de risco, devido ao relevo para um financiamento eficaz das empresas de inovação e tecnologia, incentivando e suportando a sua dinâmica, produtividade e rápido crescimento. "As PME podem, através do capital de risco, assegurar os meios necessários ao desenvolvimento de soluções tecnológicas e de estratégias de eficiência (de produção, distribuição e promoção), contribuindo para a valorização do negócio e, em última instância, para o crescimento económico e a criação de emprego"[41].

Começamos, por isso, por analisar o capital de risco, que tem sido alvo de grande atenção pelo legislador comunitário, nomeadamente nas Diretiva n.º 2011/61/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2011 e Diretiva n.º 2013/14/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, e nos Regulamentos (UE) n.ºs 345/2013 e 346/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril.

O investimento em capital de risco[42] é definido no regime legal português como "a aquisição, por período de tempo limitado, de instrumentos de capital próprio e de instrumentos de capital alheio em sociedades com elevado potencial de desenvolvimento como forma de beneficiar da respetiva valorização". Neste âmbito, podemos ter fundos ou sociedades de capital de risco, que são organismos que assumem uma opção na entrada de capital numa certa empresa, da qual sairão mais tarde através de uma subscrição pública ou privada. Afere-se, assim, que a caraterística essencial do capital de risco "é a limitação do tempo de investimento, sendo o retorno decorrente do ganho ou mais valida da participação no desinvestimento"[43].

---

41 Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários, 2014: 6.

42 "O investimento em capital de risco é surpreendentemente antigo. Vem da velhíssima comenda, contrato em que o mercador obtinha financiadores que entravam com capitais para uma empresa determinada e com quem partilhava no fim o resultado....Da comenda evoluíram, num longo processo histórico, as contas (associações) em participação e as comanditas", Vasconcelos, 2012: 159. Nos nossos dias, o capital de risco está mais associado a investimentos em empresas em arranque, com grandes perspetivas de crescimento e com projeto dinâmicos. O alto risco que assumem os investidores de capital de risco é compensado por uma alta taxa de rentabilidade, Mandaloniz, 2003: 307. "O capital de risco pode ser definido simplesmente como uma forma de investimento empresarial, com o objetivo de financiar empresas, apoiando o seu desenvolvimento e crescimento, com fortes reflexos na gestão", Caldeira, 2014: 13. Capital de risco é um "tipo de atividade financeira realizada por instituições que investem essencialmente em empresas que ainda não são listadas em bolsa de valores, com o objetivo de alavancar o seu desenvolvimento, Silva, 2013: 242; "Hoje, no mercado global, o que maior volume de fundos envolve e que investe com maior eficiência e maleabilidade é talvez o *private equity*", Vasconcelos, 2012: 157.

43 Vasconcelos, 2012, P. 158.

"O capital de risco não é mais, portanto, do que tal subscrição ou aquisição de participações sociais numa empresa em fase de instalação (*venture capital*) ou de reestruturação (*private equity*), financiando-a (através das entradas realizadas), tendo em vista a respetiva valorização para posterior alienação da participação com lucro"[44].

Em grande parte da União Europeia, os fundos e sociedades de capital de risco enfrentam problemas para alcançar a escala necessária e alargar o risco de carteira. A ausência de uma cultura de participação no capital, a falta de informação, a fragmentação do mercado e os elevados custos parecem ser das principais razões para esta situação.

Por esse motivo, a União Europeia criou os fundos de capital de risco europeus (EuVECA) e os fundos europeus de empreendedorismo social (EuSEF), permitindo que estes fundos comercializem e angariarem capital no mercado interno[45]. O Regulamento relativo aos fundos de capital de risco europeus (EuVECA) e o Regulamento relativo ao Fundo de Empreendedorismo Social Europeu (EuSEF), definem as condições em que estes fundos podem ser comercializados aos investidores institucionais e aos particulares com um elevado património líquido em toda a União Europeia.

Todavia, os passaportes EuVECA e EuSEF só podem ser atualmente obtidos pelos pequenos gestores de fundos, cuja carteira de ativos não exceda 500 milhões de euros. A Comissão planeia reduzir desta forma o limiar de investimento dos fundos EuVECA e EuSEF, com o objetivo de atrair um maior número de investidores e acelerar a comercialização e o investimento transfronteiras[46]. Deve-se, neste sentido, aproveitar o repto da criação da União dos Mercados de Capitais e aumentar o âmbito destes passaportes, que até à data, têm tido um resultado encorajador, mas ainda existe muita margem para progressão.

No capital de risco, existe também outra figura, os *Business Angels*[47]. Estes podem ser definidos como investidores particulares, normalmente empresários

44 Oliveira, 2015: 71.

45 Oliveira, 2015: 71.

46 Comissão Europeia, 2015a: 19.

47 O mercado de investimento dos *Business Angels* na União Europeia, em 2013, foi cerca de 5 mil milhões de euros. Tem-se analisado bastante esta figura com vista a regulamentar o *Crowdfunding* devido às suas semelhanças, Décarre & Wetterhag, 2014: 21.

de experiência comprovada, que investem, predominantemente, em empresas de capital de risco.

Tiveram uma rápida expansão nos países anglo-saxónicos, onde os mercados de capitais são muito desenvolvidos, permitindo, facilmente, aos *Business Angels* colocar pequenas empresas nesses mercados[48]. Na criação da União dos Mercados de Capitais, será preponderante o apoio prestado por investidores providenciais com o objetivo de apoiar o investimento em capital de risco, promovendo-se o crescimento e proporcionando-se "aos empresários a possibilidade de mobilizar fundos na Europa, bem como em países terceiros"[49].

O número dos *Business Angels*, fundos e sociedades de capital de risco ainda é muito reduzido na Europa, mas o caminho mais importante para a criação da União dos Mercados de Capitais passa por estas figuras, pelo papel que podem ter no investimento da inovação e da tecnologia, pois só através da inovação e tecnologia é que a União Europeia conseguirá, mais facilmente, criar riqueza e atrair capital de países terceiros, nesta nova Economia global.

b) Crowdfunding

As PME têm muito poucas oportunidades de encontrar o financiamento adequado, limitando-se a escolher a opção menos custosa e mais simples. Nesse sentido, e aproveitando a crise do crédito bancário[50], surgiu uma nova fonte de financiamento, o *Crowdfunding*.

O *Crowdfunding* pode ser definido como "uma forma de financiamento de projetos e empreendimentos, geralmente com recurso à *internet*, através de um convite ao investimento do público (*crowd*)"[51].

Uma das maiores vantagens do *Crowdfunding* é a sua capacidade de reduzir o risco de determinado projeto, por muitas vezes funcionar como estudo de

48 Mandaloniz, 2003: 342.

49 Comissão Europeia, 2015b: 13.

50 Os problemas financeiros dos bancos – originados pelo contágio da crise da Banca de Investimento à Banca Comercial – e as políticas monetárias europeias chegaram a um ponto em que "na sequência de injecções em massa de liquidez (*Quantitative Easing*) e de juros muito baixos, vários Bancos ficaram sentados em montanhas de liquidez e a não (re)distribuírem o crédito às empresas, sobretudo PME's, às famílias e à economia real, e mesmo a outros bancos, com o fechamento do mercado interbancário sobretudo às instituições de crédito de países com grave risco da dívida soberana como Grécia, Irlanda, Portugal, Itália e Espanha, concretizando-se assim um exemplo do que Keynes chama a *armadilha da liquidez"*, Silva, 2014: 73.

51 Santos, 2015: 7.

mercado – uma ferramenta de *marketing online*[52] – para posterior recurso a outros meios de financiamento mais desenvolvidos. "Logo, ao permitir-se o lançamento de ideias facilmente e com um baixo risco, mais ideias serão testadas, nas quais umas sobressairão, criando-se um espaço onde a sorte se encontra com a sagacidade"[53]. Apresenta-se, também, como uma oportunidade única de facilitar o acesso ao mercado de capitais a pequenos investidores[54].

Por esta última razão, a Comissão Europeia integrou numa das suas prioridades para a criação da União dos Mercados de Capitais o fomento desta nova figura, apesar de ainda não a ter regulamentado. Contudo, já vários Estados-membros regulamentaram a figura, tais como a Itália, o Reino Unido, a França, a Alemanha, a Espanha e, mais recentemente, Portugal. Em Portugal, a Lei n.º 102/2015, de 24 de agosto, aprovou o Regime Jurídico do Financiamento Colaborativo (*Crowdfunding*)[55], que entrou em vigor a 1 de outubro de 2015.

Apesar de se poder considerar que a regulamentação apenas poderá limitar o progresso deste meio de financiamento, somos da posição diametralmente oposta, julgando que só através da sua regulamentação é que poderemos ter uma efetiva proteção dos investidores, inspirando a confiança necessária para o seu crescimento. Apelamos, assim, a intervenção urgente da Comissão Europeia nesta matéria, promovendo as transações entre vários Estados-membros, ao nível do *Crowdfunding*.

---

52 Lucas, 2014: 48 e ss.; Mollick, 2013: 2.

53 Leite, 2012: 24.

54 Paolantonio, 2014: 7 e 8. "Pode ainda servir para um pequeno negócio local adquirir um meio de produção para melhor servir a comunidade onde está inserido", Rosa, 2013: 15. Num estudo feito no Reino Unido, 62% de 290 investidores em *Crowdfunding* de capital não tinham qualquer experiência em investimentos, cf. Baeck, Collins & Zhang, 2014: 53. O *Crowdfunding* democratiza o acesso do público aos mercados financeiros. Neste sentido, é importante referir as ideias de Robert Schiller de democratização das finanças: "A democratização da finança funciona lado a lado com a humanização da finança. Nessa medida, é importante que a finança seja humana e incorpore um conhecimento cada vez mais sofisticado da mente humana nos seus sistemas, modelos e previsões... A chave para alcançarmos os nossos objetivos e realçarmos os valores humanos é manter, e melhorar continuamente, um sistema financeiro democrático que tenha em conta a diversidade de motivos e impulsos humanos. Precisamos de um sistema que permita que as pessoas realizem negócios complexos e estimulantes em prol dos seus objetivos e que permita um escape para o nosso instinto de agressão e sede de poder. Tem de ser um sistema que redirecione os inevitáveis conflitos humanos para uma arena onde se tornem fáceis de lidar, uma arena que seja, simultaneamente, pacífica e construtiva", Shiller, 2015: 395-402.

55 O *Crowdfunding* já se encontra em franco desenvolvimento, em Portugal, e, curiosamente, a primeira plataforma de negociação de *Crowdfunding* de capital foi criada por um americano e um português. Carlos Silva e Jeff Lynn fundaram a Seedrs, em julho de 2012, *vd.* http://www.portugalglobal.pt/ e https://www.seedrs.com/.

Mesmo que o *Crowdfunding* esteja sujeito à regulamentação da sua relação jurídica subjacente, isto é, uma campanha de *Crowdfunding* acaba por ser um contrato, que tanto pode ser uma compra e venda, uma prestação de serviços, uma emissão ou transação de valores mobiliários, ou até um mútuo – encontrando-se, por isso, regulamentado pelos regimes correspondentes a cada tipo contratual –, o *Crowdfunding* possui problemas específicos, dada à sua razão de ser, e, desse modo, automatiza-se do tipo contratual subjacente, necessitando de regulamentação própria, como o estabelecimento de limites ao investimento, que se explica pelo risco acrescido do investimento em empresas de arranque.

Ademais, não se deve descurar outros meios de financiamento *online* como o *Peer to peer lending*[56] e o *Invoice trading*[57], que se encontram em franco crescimento e ainda não estão regulamentados, devendo-se seguir o exemplo do Reino Unido que tem estes mercados muito fortalecidos[58].

A Comissão Europeia não se esqueceu de abordar essas figuras, encontrando-se no Livro Verde da "Construção de uma União dos Mercados de Capitais o seguinte: "Surgem novas tecnologias e modelos empresariais, tais como *peer to peer lending* (empréstimos coletivos) ou outros tipos de empréstimos diretos não bancários, que procuram oferecer financiamento às PME e às empresas em fase de arranque. A Comissão gostaria de conhecer os pontos de vista sobre a existência de obstáculos significativos à entrada no mercado que impeçam prestação destes serviços e ao seu desenvolvimento, ao lado dos empréstimos bancários"[59].

4. O INVESTIMENTO A LONGO PRAZO E OS MERCADOS DE TITULARIZAÇÃO

"O excessivo foco no curto prazo gera uma afetação deficiente dos ativos da sociedade, conduz a uma volatilidade nociva nos mercados financeiros, gerando

56 "O chamado *peer to peer* (P2P) *lending* (empréstimos entre pares) corresponde, essencialmente, a um empréstimo realizado diretamente entre particulares, isto é, entre um mutuário (uma qualquer empresa, por exemplo) e um mutuante não profissional. É uma forma de desintermediação na concessão de crédito em que se prescinde da instituição de crédito de permeio entre quem dispõe de liquidez e quem dela carece.", *vd.,* http://www.vda.pt/xms/files/Newsletters/2015/.

57 *O Invoice trading* consiste na comercialização de fatura numa plataforma online, *vd.* www.marketinvoice.com/support/14/what-is-invoice-trading.

58 Sobre esta autonomização, *vd.* Ringe, 2015: 2-10.

59 Comissão Europeia, 2015a: 20.

instabilidade devido à procura desenfreado pelo lucro"[60]. A visão míope dos administradores foi, definitivamente uma das causas da crise financeira global de 2007. É compreensível, destarte, a preocupação da Comissão Europeia em incentivar investimentos sustentáveis, de longo prazo, que garantam crescimento económico, visão, que mais se coaduna com uma União efetiva dos mercados de capitais, em que deve destacar a sustentabilidade e o crescimento a longo prazo das sociedades comerciais.

Parece evidente, destarte, a adoção, por parte da Comissão Europeia, em Abril de 2015, do Regulamento relativo ao Fundo Europeu de Investimento a Longo Prazo (ELTIF), criando-se um novo veículo de financiamento transfronteiras para projetos de longo prazo (por exemplo, nos domínios da energia, dos transportes e das infraestruturas de comunicação, nas infraestruturas industriais e de serviços e na habitação). É notória a grande necessidade da Europa em ter um importante volume de novos investimentos a longo prazo e sustentáveis para manter e aumentar a competitividade e assegurar a transição para uma economia mais ética e mais eficiente a nível da afetação de recursos. Tal não foi esquecido no "Plano de Ação da União dos Mercados de Capitais", que refere a intenção da Comissão em apoiar os investidores a tomar decisões de investimento a longo prazo com conhecimento de causa e a controlar os riscos a eles inerentes.

No mesmo sentido, será essencial promover a emissão de títulos com maturidades mais longas[61], sendo vital uma intervenção no mercado de titularizações. Devido ao facto dos mercados de capitais encontrarem-se mais desenvolvidos nos Estados Unidos da América, como descrito *supra*, houve, neste País, durante a Crise financeira de 2007, uma errada avaliação dos riscos envolvidos na concessão de crédito. No entanto, o caminho na Europa poderá ser diferente se garantirmos uma titularização simples, transparente e muito bem regulada[62].

A titularização de créditos é "uma operação financeira consistente na agregação de créditos com vista à sua posterior alienação pelo originador (i.e. o titular originário dos créditos) ou cedente a uma outra entidade adquirente ou cessionária (normalmente um *Special Purpose Vehicle – SPV*), a qual vai emitir valores mobiliários representativos de dívida, garantidos ("colaterilizados") pelos créditos adquiridos, geralmente colocados junto de investidores institu-

60 Santos, 2014: 474.

61 Herring, 1993: 8.

62 Brul 2015: 12.

cionais (permitindo, assim, o financiamento da aquisição de créditos). A titularização "permite a obtenção de fundos de uma forma particular: a venda de ativos"[63], ou noutros termos, a venda de *cash flows*.

Os grandes benefícios da titularização de créditos são o melhoramento dos rácios de solvabilidade dos bancos europeus e a "possibilidade de entrega de ativos junto do Banco Central Europeu como garantia, para efeitos de política monetária do Eurosistema, de modo a assegurar liquidez para esses bancos". Pode, até, dizer-se que a titularização de créditos constitui um "fator de dinamização e diversificação do mercado de capitais"[64].

A titularização é benéfica, destarte, para o crédito bancário, que continuará a ter uma primordial importância nas economias dos Estados-membros, mantendo-se como principal fonte de financiamento das empresas, contribuindo para libertar a capacidade financeira dos bancos, aumentar a sua capacidade de conceder empréstimos e consolidar uma base de investidores de longo prazo. Isto posto, será necessário enquadrar o sistema bancário na União dos Mercados de Capitais, o que poderá ser feito através de um regime mais harmonizado e apropriado de titularização de créditos.

No contexto europeu, apenas será possível o fomento deste mercado através da padronização dos títulos de créditos para os mercados financeiros, e principalmente, para o mercado das obrigações[65], sendo que este mercado, na Europa, tem menos de metade do tamanho do que nos Estados Unidos da América[66], e para isso será uma condição perentória a presença ativa dos investidores institucionais. Contudo, a padronização poderá conduzir a uma perda de qualidade de informação, tendo a Comissão Europeia que se ter em conta esta dificuldade, precavendo-se com uma efetiva regulação e supervisão.[67]

Vemos, com agrado, que a Comissão Europeu tem dado a devida a relevância a este assunto, incluindo no Livro Verde da Construção de uma União dos Mercados de Capitais o seguinte: "Para os investidores, uma iniciativa à escala da UE teria de garantir normas elevadas, segurança jurídica e comparabilidade entre instrumentos de titularização. Este quadro aumentaria a transparência,

63 Oliveira, 2015: 176.

64 Silva, 2013b: 16.

65 Bender, Pisani & Gros, 2015: 2.

66 Kaya, 2015: 2

67 Gurdgiev, 2015: 9 e 10.

a coerência e a disponibilidade de informações essenciais, especialmente no domínio do crédito às PME, e promoveria o desenvolvimento de mercados secundários para facilitar tanto a emissão de títulos como os investimentos"[68].

5. A IMPORTÂNCIA DA CONCORRÊNCIA

Uma das bases do direito comunitário é o direito da concorrência. "A defesa de uma concorrência não falseada no mercado europeu foi considerada, desde cedo, uma necessidade e um dos objetivos fundamentais da Comunidade Europeia. Esta, tal como a generalidade dos países industrializados, acreditava que as economias de mercado assentes no princípio da livre concorrência são essenciais para a promoção não só de liberdades económicas como políticas, e serão ainda o melhor processo de garantir um elevado nível de vida às populações"[69].

A concorrência é uma consequência das liberdades económicas, um verdadeiro motor da Economia do mercado, que, no entanto, é um mecanismo frágil, que dificilmente substituiria entregue a si próprio[70]. Deve-se atender, portanto, a uma política de concorrência para concretizarmos o âmbito do direito da concorrência. Esta política ilustra-se facilmente através da comparação entre propriedades de dois arquétipos extremos de estrutura de mercado: a concorrência perfeita e o monopólio. Isto posto, apesar da irreversibilidade do fim da utopia da concorrência perfeita, a monopolização dos mercados tem, do ponto de vista do conjunto da sociedade, vários potenciais inconvenientes, sendo que por outro lado, do ponto de vista dos vendedores, a monopolização é uma fonte de potenciais benefícios, pelo que é de esperar que eles a tentem promover. Destarte, o papel do direito da concorrência é o de evitar que estes últimos adotem práticas anticoncorrenciais em detrimento do conjunto da sociedade"[71]. Além disto, o objetivo do direito da concorrência tem que passar pela prossecução de finalidades económicas mais concretas como o crescimento, o equilíbrio e o pleno emprego[72].

Reproduzindo o Livro Verde sobre a Construção de uma União de Mercado de Capitais: "A concorrência desempenha um papel primordial para garantir

68 Comissão Europeia, 2015a: 12.

69 Pais, 2011: 61 e 62.

70 Santos, Gonçalves & Marques, 2010: 100.

71 Rodrigues, 2007: 157-167.

72 Santos, Gonçalves & Marques, 2010: 322.

que os consumidores obtenham os melhores produtos e serviços, a preços justos, e que os fluxos de investimento são canalizados para as utilizações mais produtivas. Sempre que possível, há que eliminar os obstáculos à entrada de concorrentes, devendo ser assegurado o acesso à infraestrutura do mercado financeiro. Para apoiar mercados de capitais mais eficazes e eficientes, a Comissão fez uso das suas competências em matéria de concorrência em vários processos nos últimos anos. A Comissão continuará a garantir que o direito da concorrência seja rigorosamente aplicado, a fim de evitar restrições ou distorções de concorrência que afetam a emergência de mercados de capitais integrados e eficientes"[73].

No entanto, existe quem tenha a opinião que a defesa da concorrência e a eliminação dos obstáculos à circulação de capitais em toda a União Europeia é visto como um objetivo extremamente ambicioso, que não devia ser um de entre vários objetivos do Plano de Ação – como a simplificação dos prospetos –, arriscando-se a improceder devido à menor dificuldade de outros objetivos, que poderão concretizar-se no curto-prazo[74]. Não somos da mesma opinião, pelo simples razão de considerarmos indispensável para um mercado de capitais verdadeiramente integrado a eliminação dos obstáculos que impedem a livre concorrência entre as partes[75], e mais relevante ainda que abolir todas as restrições à livre circulação de capitais no espaço europeu comunitário, é assegurar que a concorrência não seja falseada[76]. "O caminho a seguir não pode deixar de ser o caminho de concorrer num mundo globalizado, de acordo com as lições não só da teoria como também da experiência, com a remoção das imperfeições do mercado e a criação das indispensáveis economias externas"[77].

Assim posto, o direito da concorrência terá, indubitavelmente, um papel primordial na construção da União dos Mercados de Capitais, pois muitas das soluções para as figuras que referimos neste ensaio não devem ser o da sua regulamentação específica, mas antes, encontrar a sua tutela no funcionamento dos mercados e através da legislação da concorrência[78].

---

73 Comissão Europeia, 2015a: 24.

74 Com esta opinião, Valiante (2015:1-4)

75 Convergentemente, Virtuoso, Gouveia & Martins, 2015: 8.

76 Gorjão-Henriques, 2010: 638-643.

77 Porto, 2009: 573.

78 Comissão Europeia, 2015a: 6.

Ademais, será essencial para a integração dos mercados de capitais, que estes incluem mais concorrência, maior escolha e a custos mais reduzidos para os investidores, bem como uma distribuição mais eficiente dos riscos e uma melhor partilha dos mesmos[79].

6. SISTEMA EUROPEU DE SUPERVISÃO FINANCEIRA

6.1. O Comité Europeu de Risco Sistémico e as Autoridades de Supervisão

O Sistema Europeu de Supervisão Financeira foi criado por quatro Regulamentos do Parlamento Europeu e do Conselho, a 4 de Novembro de 2010: O Regulamento (EU) n.º 1092/2010, que criou o Comité Europeu do Risco Sistémico; o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, que criou a Autoridade Bancária Europeia; o Regulamento (UE) n.º 1094/2010, que criou a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma; e o Regulamento (EU) n.º 1095/2010, que criou a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados.

Esta criação parece ter sido uma resposta em peso da Comissão Europeia à crise financeira. É notório, como bem nota Luís Silva Morais, que "o relaxamento da regulação e da supervisão prudenciais[80], em resposta à diminuição da probabilidade subjetiva de um desastre, pode contribuir para a vulnerabilidade crescente do sistema financeiro"[81].

Criado sobre a base de três princípios essenciais: a descentralização, a cooperação e a segmentação[82], o Sistema Europeu de Supervisão Financeira é constituído, segundo o artigo 1.º, n.º 3, do Regulamento 1092/2010 e artigo 2.º, n.º 2 dos Regulamentos n.ºs 1093/2010, 1094/2010 e 1095/210, pelo Comité

79 Comissão Europeia, 2015a: 10.

80 A supervisão prudencial, abrange as atividades e as relações dos intermediários financeiros com os clientes para garantir a estabilidade e a consistência financeira do intermediário perante os clientes, cf. Pereira, 1997: 56 e ss.. "De origem anglo-saxónica, a expressão tornou-se comum por toda a parte. Traduz-se na fiscalização do cumprimento das obrigações impostas às instituições pelas chamadas normas prudenciais que, dizendo sinteticamente, têm em vista assegurar que uma instituição seja bem gerida, designadamente no que respeita à sua solvabilidade e à sua liquidez", Athayde, 2009: 294. Morais, 2014: 116: "Assim, no seu cerne a regulação e supervisão de instituições financeiras envolve uma dimensão prudencial dirigida ao controlo e verificação permanentes de um conjunto especial de indicadores de equilíbrio financeiro e de aferição de riscos de gestão dessas instituições financeiras e uma dimensão de controlo e escrutínio da conduta de mercado dessas instituições".

81 Guttentag & Herring, 1984: 1378.

82 Morais, 2014:118.

Europeu de Risco Sistémico[83], pelas três Autoridades de Supervisão e seu Comité Conjunto e pelas autoridades nacionais de supervisão dos Estados-membros, "num paradigma de centralização e cooperação vertical a superar a meramente horizontal"[84].

Este modelo de regulação económica autónomo foi inspirado no Sistema norte-americano e recentemente introduzido na União Europeia, "devido a vastos programas de privatização e liberalização de múltiplos setores económicos onde predominavam antes monopólios públicos ou direitos especiais ou exclusivos do Estado"[85].

Como grande novidade temos o Comité Europeu de Risco Sistémico, que é o órgão, responsável pela supervisão macroprudencial, vocacionado para lidar com os diversos setores financeiros e não dispõe de personalidade jurídica. Apesar das suas recomendações e alertas não serem vinculativos, considera-se que este órgão tem "natureza reputacional", isto é, a capacidade de influência e de ação do Comité Europeu de Risco Sistémico reside na sua credibilidade, independência e qualidade técnica, podendo também tornar essas recomendações e alertas públicos[86].

Foram criadas, também, três autoridades europeias de regulação, com estatuto de agências comunitárias[87], responsáveis perante o Parlamento Europeu e o Conselho, e cada uma goza de personalidade jurídica própria, no sentido diametralmente oposto ao Comité Europeu de Risco Sistémico. Na área mobiliária, opera a *European Securities and Markets Authority (ESMA)*, a par da *European Banking Authority (EBA)*, para a área bancária, e da *European*

83 Encontramos a definição legal de risco sistémico, no artigo 2.º, alínea *c)*, do Regulamento (UE) n.º 1092/2010: "Um risco de perturbação do sistema financeiro suscetível de ter consequências negativas graves no mercado interno e na economia real".

84 Silva, 2013: 77.

85 Morais, 2014:103.

86 Terrinha, 2012: 14.

87 Existem muitas críticas às agências comunitárias, nomeadamente à sua falta de legitimidade democrática. Nas palavras de Shapiro (1993: 104): "o facto de estas agências defenderem que o que fazem é na base da legitimação técnica mostra que é negada transparência à população. Se a linguagem usada pelos técnicos, que não pode ser entendida por outros, mas é ao mesmo tempo a grande base da legitimação reclamada, então a mensagem que certamente tem de ser dada à população em geral é a de que: 'alguém me está a dizer que não é suposto eu entender e não posso mesmo entender o que se passa no Governo...". Explicando, eloquentemente e sucintamente, o surgimento de figuras como as entidades reguladoras independentes, Cunha, 2015: 158: "A complexidade da realidade social cresce e com ela também a complexidade e quantidade de regras jurídicas. Surgiu então a necessidade de organizações especializadas em verificar o cumprimento dessas normas complexas".

Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA), para os seguros e fundos de pensões.

Neste novo paradigma, é essencial a existência de uma grande coordenação destas autoridades devido ao esbatimento das fronteiras entre subsetores do sistema financeira, *maxime*, o surgimento dos conglomerados financeiros. E, tendo em conta a construção da União dos Mercados de Capitais, será vital uma convergência destas Autoridades perante este ambicioso objetivo, contribuindo para melhor o funcionamento do mercado único de capitais.

"As Autoridades Europeias de Supervisão têm um papel importante a desempenhar na promoção contínua de uma maior convergência neste domínio, dando maior relevo à avaliação pelos pares e ao recurso a este sistema, assim como ao acompanhamento adequado. Além disso, o uso de mecanismos de resolução de litígios, sempre que necessário, e de poderes de investigação relativamente às alegadas violações do direito da UE, poderia facilitar a aplicação e implementação coerente do direito da UE em todo o mercado único"[88].

A importância da Supervisão será, no entanto, não regulamentar excessivamente, impondo custos desnecessários na intermediação e acesso aos mercados[89], no sentido de coordenar-se com as outras prioridades do processo de construção da União dos Mercados de Capitais, controlando, ao mesmo tempo, certos riscos como o *shadow banking*, o aumento substancial das interligações financeiras, a assimetria regulatória e a excessiva pró-ciclicidade dos mercados de capitais[90].

Exige-se, deste modo, uma enorme coordenação destas Autoridades, porque enquanto a supervisão financeira se encontrar fragmentada, será impossível uma integração europeia dos mercados de capitais e uma transformação destes numa verdadeira alternativa ao financiamento bancário[91].

6.2. O papel particular da *ESMA*

Com um papel preponderante na União dos Mercados de Capitais, temos a *ESMA*, devido às suas especificidades de Regulador do Mercado e dos Valores Mobiliários. A dificuldade da tarefa deste órgão deve-se, em grande medida, ao facto de, que tanto empiricamente como de acordo com a ciência económica,

88 Comissão Europeia, 2015: 24.

89 Paniant, 2015: 3 e 4.

90 Virtuoso, Gouveia & Martins, 2015:11.

91 Buttigieg, 2015: 35 e 36.

os mercados financeiros serem intrinsecamente instáveis, "requerendo assim que garantam, de fora, estilizadores adequados, tendo a regulação financeira benefícios, tais como a estabilidade do sistema financeiro, a solidez das instituições, a proteção dos consumidores e, sobretudo, garantir o equilíbrio do sistema transmitindo confiança a todas as partes[92].

A *ESMA*, no entanto, não deverá ter um papel tão exclusivo como a Autoridade Bancária Europeia na União Bancária[93], devido à grande necessidade de cooperação entre as três Autoridades de Supervisão para controlar os desenvolvimentos da União dos Mercados de Capitais, como descrito *supra*. Exige-se, outrossim, que a *ESMA* coordene-se constantemente com as autoridades nacionais dos Estados-membros, de forma a assegurar que as sanções não sejam evitadas pelos agentes do mercado pela simples alteração da sua atividade para outra jurisdição, a chamada *forum shopping*[94], e de forma a preservar a inovação tecnológica, a celeridade das operações e a competência do setor, apenas limitando a autonomia privada na estrita medida da segurança jurídica dos agentes e das transações financeiras[95].

Perante este difíceis tarefas, a *ESMA* "é dotada de poderes ligados ao processo regulatório – podendo emitir pareceres e desenvolver orientações, recomendações e projetos de normas técnicas de regulamentação (*technical standards*) e de execução. Em caso de violação de Direito comunitário por alguma das autoridades competentes dos Estados-membros, a *ESMA* tem poderes de investigação, de formulação de recomendações para sanação do ilícito e de envio de informação do ocorrido à Comissão"[96].

A integração dos mercados e a remoção das barreiras nacionais podem provocar imensos riscos, implicando a existência de uma Autoridade de Supervisão Única dessa União, que promova o controlo e a partilha de riscos[97]. Neste sentido, vemos como impreterível o reforço dos poderes da ESMA, para esta ganhar uma importância comparável à SEC (Securities and Exchange Commission) nos Estados Unidos da América.

92 Patrício, 2004: 42-44.

93 Lanoo, 2015: 6.

94 Véron & Wolff, 2015: 11 e 12.

95 Zunzunegui, 2012: 35.

96 Câmara, 2011: 8.

97 Juncker, Tusk, Dijsselbloem, Draghi & Schulz, 2015: 12.

É indeclinável concordar com Barreto Menezes Cordeiro, quando refere que: "A crescente integração mobiliária comunitária vai levar, inevitavelmente, a uma ampliação e extensão dos poderes da *ESMA*. Sem uma autoridade de supervisão centralizadora o tão desejado mercado financeiro único não passará de uma miragem"[98].

7. CONCLUSÃO

Analisamos, neste estudo, um dos mais recentes projetos de integração europeus, a União dos Mercados de Capitais, começando por realizar uma breve análise histórica, fazendo um contraponto com os mercados de capitais americanos, por estes serem os mais desenvolvidos do Mundo. Deparamo-nos com a existência de dois grandes modelos, o anglo-saxónico e o europeu continental, inferindo que o processo de construção da União dos Mercados de Capitais passará, inevitavelmente por uma aproximação dos mercados financeiros europeus ao modelo anglo-saxónico.

Observamos, posteriormente, que motivos, na atualidade, levaram à decisão de avançar com este ambicioso projeto, e, seguidamente, analisamos as medidas que consideramos mais relevantes para uma adoção efetiva da União dos Mercados de Capitais.

Começamos pelo acesso ao financiamento por parte das PME, averiguando a simplificação dos prospetos, a normalização da informação financeira, o fomento dos meios de financiamento alternativo como o capital de riscos, os *Business Angels* e o *Crowdfunding*. É inevitável que os mercados de capitais europeus tenham como grande prioridade apostar no dinamismo das PME, que compõem a maior parte do tecido empresarial, cabendo à Comissão Europeia balancear a simplificação do acesso das PME aos mercados de capitais e uma maior tutela requisitada pelos investidores.

Ulteriormente, perscrutamos a necessidade de incentivar os investimentos a longo-prazo na Europa, a fim de alcançar uma economia mais sustentável e ética, com um grande suporte dos investidores institucionais. Nessa medida, observamos a importância da padronização e harmonização da titularização de créditos para cativar investidores institucionais na garantia de uma maior solvabilidade do sistema bancário.

No capítulo posterior, analisamos a importância da concorrência no quadro de um mercado único de capitais, proporcionando importantes benefícios,

98 Cordeiro, 2015: 121.

tais como, custos mais reduzidos para os investidores, uma distribuição mais eficiente dos riscos e uma melhor partilha dos mesmos.

Por último, investigamos a criação do Comité Europeu de Risco Sistémico e das Autoridades de Supervisão, acabando por considerar o papel primordial que a Supervisão financeira tem na integração e harmonização dos mercados de capitais, exigindo-se uma enorme coordenação das Autoridades de Supervisão, encabeçadas pela *ESMA*, que, a nosso ver, terá que ver o seu poder reforçado, de forma a prevenir os enormes riscos que poderão surgir na árdua e longa tarefa de construir uma União dos Mercados de Capitais.

Numa economia globalizada, onde existe uma grande interdependência económica da maioria dos Estados-membros da União Europeia, é perentória a coordenação das Autoridades de Supervisão, e entre estas e as autoridades dos Estados-membros, de forma a garantir aos europeus uma economia mais sustentável, mais eticamente responsável e que permita o acesso ao financiamento a todo tecido empresarial europeu.

Consideramos, deste modo, essencial que todos os europeus conheçam e façam parte do projeto de construção da União dos Mercados de Capitais, exigindo-se à Comissão Europeia que adote um processo democrático neste âmbito, assegurando o conhecimento de toda a população dos grandes benefícios da harmonização dos mercados de capitais: a canalização das poupanças para mais e melhores investimentos e uma maior estabilidade de toda a economia.

BIBLIOGRAFIA

Athayde, Augusto de

2009 *Curso de Direito Bancário*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

Baeck, Peter, Collins, Liam & Zhang, Brian

2014 *Understandting Alternative Finance – The UK Alternative Finance Industry Report 2014*, p. 53, disponível em: http://www.nesta.org.uk/.

Belluzo, Luiz

1995 "O declínio de Bretton Woods e a emergência dos mercados "globalizados" in *Revista de Economia da UNICAMP*, São Paulo: UNICAMP, pp. 11-20.

Bender, Anton, Pisani, Florence & Gros, Daniel

2015 *Building a Capital Markeys Union…or designing a financial system for the euro área?*, disponível em: aei.pitt.edu/64585/.

Brul, Volker

2015 *Comments on the EU Commission's capital markets union Project,* disponível em: www.econstor.eu.

Buttigieg, Christopher

2015 *Governance of securities regulation and supervision: Quo vadis Europa?*, disponível em: ssrn.com.

Caldeira, Rui

2014 *O Contributo das Sociedades de Capital de Risco para o Empreendedorismo*, disponível em: http://comum.rcaap.pt/handle/123456789/7307.

Câmara, Paulo

2007 "O governo das sociedades e os deveres fiduciários dos administradores", in Maria de Fátima Ribeiro (coord.), *Jornadas Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação financeira* Coimbra: Almedina.

2011 *O sistema europeu de supervisão financeira*, disponível em: www.institutovalores mobiliarios.pt.

Campos, Manuel Fontaine

2012 "Livre Circulação de Capitais – Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 2012 – Processo C-171/08 Comissão Europeia c. República Portuguesa" in Sofia Oliveira Pais (coord), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*, Uma Abordagem Jurisprudencial, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 377-397.

Casson, Mark & Lee, John

2011 "The Origin and Development of Markets: A Business History Perspective" in *Business History Review*, Vol. 85, Issue 1, Cambridge: Cambridge Journals Online, pp. 9-37.

Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
2014 Relatório anual da Atividade de Capital de Risco, de 31.12.2014.
Comissão Europeia
2015a Livro verde: Construção de uma União de Mercado de Capitais, COM(2015) 63 final, de 18.2.2015.
2015b Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Plano de Ação para a Criação de uma União dos Mercados de Capitais, COM(2015) 468 final, de 30.9.2015.
2015c Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: Programa de trabalho da Comissão para 2016 – Não é o momento de continuarmos como dantes, COM(2015) 610 final, de 27.10.2015.
Cordeiro, Barreto Menezes
2014 "Organização e supervisão dos mercados financeiros" in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VI, n.os 3/4, Coimbra: Almedina, pp. 565--588.
2015 *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. I, Coimbra: Almedina.
Cunha, Ary Ferreira da
2015 *Combate à Corrupção – Da Teoria à Prática*, Lisboa: Quid Juris.
Décarre, Maxence & Wetterhag, Emilie
2014 *Uncovering the Outcomes of Equity Crowdfunding*, disponível em: papers.ssrn.com/.
Demary, Markus, Diemeier, Mathias & Haas, Heidi
2015 *A capital markets union for Europe: The relevance of banks and markets*, disponível em: www.iwkoeln.de.
Domingues, Paulo de Tarso
2009 "O capital social (ou a falta dele) nos Estados Unidos da América" in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VI, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 471-510.
Fernandes, Ricardo Sá
1997 "O direito dos mercados em geral e o mercado de valores mobiliários em especial", in *Direito dos Valores Mobiliários*, Lisboa: Lex, pp. 189-199.
Gorjão-Henriques, Miguel
2014 *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina.

Gouveia, Ana & Martins, Ana
2015 "O Plano de investimento para a Europa: Oportunidade e limitações", in *Boletim Mensal de Economia Portuguesa*, n.º3, disponível em: www.gee.min-economia.pt.
Gurdgiev, Constantin
2015 *Summary of comments on the European Comission Green Paper "Building a Capital Markets Union (COM(2015)63, 18.2.2015)*, disponível em: ssrn.com.
Guttentag, Jack & Herring, Richard
1984 "Credit Rationing and Financial disorder, em *The Journal of Finance* Vol. XXXIX, n.º 5, dezembro, pp. 1359-1382.
Handerson, Niki, Brooke, Martin & Kurtosiova, Miriam
2015 *A European Capital Markets Union: implications for growth and stability*, disponível em: www.bankofengland.co.uk.
Herring, Richard
1993 *Innovations to Enhance Liquidity: Implications for Systemic Risk*, Working Paper, n.º 93-10, Filadélfia: The Wharton School, University of Pennsylvania.
Juncker, Jean-Claude
2014 Report of the Candidate for President of the European Commission, *A new start for Europe: My agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change*, European Parliament plenary session, Strasbourg, disponível em: http://www.eesc.europa.eu.
Juncker, Jean-Claude, TUSK, Donald, Dijsselbloem, Jeroen, Draghi, Mario & Schulz, Martin
2015 Relatório dos 5 Presidentes: Concluir a União Económica e Monetária Europeia, de 22.6.2015.
Kaya, Orçun
2015 *Capital Markets Union – Na ambitious goal but a few quick wins*, disponível em: www.dbresearch.com.
Lanoo, Karel
2015 *Which Union for Europe Capital's Market?,* disponível em: www.ceps.eu.
Leite, Pedro
2012 *Crowdfunding: critical factors to finance a project sucessfully*, disponível em: http://repositorio-aberto.up.pt/.
Lucas, Filipa
2014 *Organizações sem fim lucrativo: o caso da Fundação Serralves. O afirmar de novas formas de financiamento*, Porto: Dissertação da UCP – Faculdade de Economia e Gestão.

Mandaloniz, Maria García
2003 *La Financiacion de las PYMES*, Navarra: Aranzadi.
Mollick, Ethan
2013 *The Dynamics of Crowdfunding: An Exploratory Study*, disponível em: http://papers.ssrn.com.
Morais, Luís Silva
2014 "Lei-quadro das Entidades Reguladoras", in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, n.º 17, jan./mar., pp. 99-137.
Obstfeld, Maurice & Taylor, Alan
2003 *Globalization in Historical Perspective*, Chicago: University of Chicago Press.
Oliveira, Ana Perestrelo
2015 *Manual de Corporate Finance*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina.
Pais, Sofia Oliveira
2011 *Entre inovação e concorrência, Em defesa de um modelo europeu*, Lisboa: Universidade Católica Editora.
Palma, Margarida & Oliveira, Arnaldo
1998 *O Passaporte Europeu para as empresas de investimento – Um passo decisivo rumo à integração dos mercados de capitais europeus*, Valadares: Associação Portuguesa para o Desenvolvimento do Mercado de Capitais.
Paolantonio, Martin
2014 *Introducción a la financiación colectiva. (Crowdfunding) en el mercado de capitales*, disponível em: http://works.bepress.com/.
Paniant, Iulian
2015 "Towards a Capital Market Union" in *Hyperion Economic Journal*, Vol. III, Issue 2, pp. 38-44, disponível em: ideas.repec.org/s/hyp/journl.html.
Patrício, José Simões
2004 *Direito Bancário Privado*, Lisboa: Quid Juris.
Pereira, José Nunes
1997 "Regulação e Supervisão dos Mercados de Valores Mobiliários e das Empresas de Investimento: Alguns Problemas Actuais", in *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. XL, disponível em: digitalis-dsp.uc.pt/.
Porto, Manuel Lopes
2009 *Teoria de Integração e Políticas Comunitárias, Face aos Desafios da Globalização*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina.
Quelhas, José
2012 *Sobre crises financeiras, o risco sistémico e a incerteza sistemática*, Coimbra: Almedina.

Ringe, Wolf-George
2015 *Capital Markets Union for Europe – A political message to the UK*, disponível em: papers.ssrn.com.
Rodrigues, Vasco
2007 *Análise Económica do Direito – uma introdução*, Coimbra: Almedina.
Rosa, Frederico
2013 *Barreiro – Model for the implementation of a local investment agency*, disponível em: http://mpra.ub.uni-muenchen.de/51671/.
Samuelson, Paul & Nordhaus, William
2005 *Economia*, 18.ª ed., Tradução de Elsa Fontainha e José Pires Gomes, Madrid: Mcgraw-hill Interamericana de España.
Santos, António Carlos dos, Gonçalves, Maria Eduarda & Marques, Maria Leitão
2010 *Direito Económico*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina.
Santos, João Vieira dos
2014 "Ações de lealdade – A primazia dos interesses da estabilidade a longo prazo das sociedades anónimas" in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VI, n.º 2, Coimbra: Almedina, pp. 445-480.
2015 "Crowdfunding como forma de capitalização das sociedades" in *Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, disponível em: www.cije.up.pt/revistared.
Schammo, Pierre
2015 *Capital Markets Union and small and medium-sized enterprises (SME's): A preliminary assesment*, disponível em: ssrn.com.
Shapiro, Martin
1993 "Agencies in the European Union: An American Perspective", in *The New European Agencies – Conference Report, EU Working Papers*, Instituto Universitário Europeu, San Domenico.
Shoenmaker, Dirk
2015 *From Banking Union to Capital Markets Union*, disponível em: http://www.ilf-frankfurt.de/fileadmin/user_upload/Article_Schoenmaker.pdf.
Shiller, Robert
2015 *A Ética das Finanças*, tradução de Pedro Carvalho e Guerra & Rita Carvalho e Guerra, Lisboa: Bertrand Editora.
Silva, Eduardo Sá
2013 *Dicionário de Gestão*, Porto: Vida Económica.
Silva, João Calvão da
2013a *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, 4.ª ed., Revista e Aumentada, Tomo I – Parte Geral, Coimbra: Almedina.

2013b *Titularização de créditos – Securatization – No coração da crise financeira global*, 3.ª ed. revista e aumentada, Coimbra: Almedina.

2014 *Fundos de Investimento e Fundos de Garantia – Sumários (Ano letivo 2014/2015)*, apontamentos policopiados.

Silva, Miguel Moura e

2008 *Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

Stefanova, Julia & Stoev, Tsvetoslav

2015 "Institutional and Market Drivers towards a European Market Union" in *Journal of Global Economics*, Vol. 7, n.º 1, disponível em www.iem.ro.

Terrinha, Luís

2012 *Necessidade, efetividade e legalidade da (Nova) Arquitetura Europeia de Supervisão Financeira*, disponível em: recipp.ipp.pt.

Valiante, Diego

2015 *Light and shadows in Europe's new Action Plan for Capital Markets Union*, disponível em: http://aei.pitt.edu/67884/.

Vasconcelos, Pedro Pais

2012 "O acionista de capital de risco – dever de gestão", in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, pp. 157-170.

Véron, Nicolas & Wolff, Guntram

2015 *Capital Markets Union: A vision for the long term*, disponível em: bruegel.org.

Virtuoso, Tomás, Gouveia, Ana & Martins, Ana

2015 "A União dos Mercados de Capitais: Análise Crítica", in *Boletim Mensal de Economia Portuguesa* n.º 8, disponível em: gee.min-economia.pt.

Zunzunegui, Fernando

2012 *Derecho Bancário e Bursátil*, 2.ª ed., Madrid: Constitución y Leyes.

DOSSIER TEMÁTICO II

Questões de Processo Penal e de Direito Probatório

TOWARDS A GLOBAL LAW OF ELECTRONIC EVIDENCE? AN EXPLORATORY ESSAY

Stephen Mason[*]

Abstract: *This article explores the question whether it is possible to develop a global or regional law of electronic evidence. We live in the age of software code. This means that the legal systems developed over centuries are now encountering practical problems regarding electronic evidence every day in legal proceedings. The issues affect every jurisdiction, including the assessment of the authenticity of electronic evidence and territorial sovereignty. This essay explores the possibility of the development of a law of electronic evidence.*

Index: 1. Introduction. 2. The purpose of this essay. 3. Methods to achieve a global law of electronic evidence. 3.1. A private initiative. 3.2. A non-binding initiative by way of regional fora. 3.3. An initiative by way of an international agency. 4. Legal culture and the response to external influences. 4.1. Factors influencing the use of comparative reasoning. 4.2. The judicial use of comparative reasoning. 5. The future. 6. Assessment. 7. Global or regional, civil or common law Convention?. 7.1. Towards a taxonomy of electronic evidence. 8. Leadership by the judiciary and the legal profession.

1. INTRODUCTION

The development and use of software to control computers and computer-like devices affects legal proceedings, especially because data is now being widely created, recorded and stored in digital format. The introduction and use of paper was, arguably, a slow enough process for judges, lawyers and politicians to react to and understand the ramifications that surrounded the recording

* The author thanks William Twining, FBA, QC, DCL, JD, LLD, Emeritus Quain Professor of Jurisprudence for his helpful comments. Notwithstanding his invaluable observations, the author remains solely responsible for the text. This article accompanies a lecture given by the author on the topic at the Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa on 4 March 2016. This article has been jointly published by *Amicus Curiae The Journal of the Society for Advanced Legal Studies and Revista de Concorrência e Regulação.*

of information on a physical medium – susceptible, as it is, to being forged, altered, manipulated or destroyed (just as data in digital format is also subject to the same problems).[1] The introduction of digital data has, however, caused some problems, particularly with the attitude of judges and lawyers to the new form of technology.[2] The legal profession tends to look backward, especially in common law jurisdictions. As a result, there is often a failure to look forward, or even in the 'now':

> "… some centuries later, a similar change has already taken place with respect to digital data, and, it seems, that a large majority of lawyers, legal academics and judges have failed to realize they are now living in a world dominated by digital evidence, *and that digital evidence is now the dominant form of evidence*. Although quantifiable figures are not available, it can be asserted with some confidence that the majority of lawyers, legal academics and judges do not know they do not know; a smaller number know they do not know, and an even smaller elite know about digital evidence, but they are realistic enough to know they need to know more." (Emphasis in the original)[3]

2. THE PURPOSE OF THIS ESSAY

The purpose of this essay is to explore whether it is possible to move towards a global or regional law of electronic evidence. Professor Twining observed that the literature on global law is significant and highly repetitious.[4] In the light of this observation, the reader is asked to accept that the author is treading on areas of knowledge with which he is not familiar. For this reason, the discussion in this essay is at a very high level of generality, and it does not offer anything other than a highly tentative foray into the complexities of comparative law and legal theory. This essay, as flawed as it is, is merely an exploration. The purpose is to open the debate.

Arguably, the advent of instant communications has resulted in the ability of the judicial systems of the world to interact globally and across jurisdic-

1 Schafer & Mason, 2012.

2 In respect of judges in the United States of America, see Kessler, 2011 (including reference to Dr Kessler's doctoral thesis and the further references cited therein).

3 AAVV, 2007: 6.

4 Twining, 2000: 247.

tions in the interests of justice generally. This was an observation made by Professor Wigmore in slightly different circumstances in 1920, in which he commented:[5]

> "But in the last generation of two, with the enormous expansion of rapid communication by steam and electricity, by mail, cable, and wireless, international discourse has increased by leaps and bounds. The diversity of national laws has thus become more obvious and more inconvenient."

Professor Wigmore's observation highlighted the importance of national legal systems at a time when, conceivably, the opportunities to develop global responses to legal issues expanded, but not sufficiently. The diversity of national laws remains, but international and regional fora have begun to develop in such a way as to affect substantive law. The Convention on Cybercrime[6] is one example, and Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), which establishes uniform rules concerning the law applicable to contractual obligations in the European Union, is another example.[7]

Independently of the new means of communication, official judicial networks have been established, although undoubtedly encouraged by the ease of communications. Examples include Eurojust, the Judicial Cooperation Unit of the European Union; the Judicial Regional Platform of the Indian Ocean Commission countries, and Inter-American Treaties for Legal and Judicial Cooperation under the aegis of the Organization of America States.[8] Another illustration of an initiative by a university is the Centre for Judicial Cooperation of the Law Department of the European University Institute. The main purpose of this unit is to encourage collaboration and exchange of knowledge between the judicial and academic communities on a variety of topics, with a view to providing a framework for judicial cooperation and dialogue.

---

5 Wigmore, 1920: 108.

6 Budapest, 23.11.2001.

7 OJ L 177, 4.7.2008, p. 6–16. The Regulation replaced the Convention on the law applicable to contractual obligations (Rome Convention), 80/934/EEC: Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980 /* Consolidated version CF 498Y0126(03), OJ L 266, 9.10.1980, pp. 1-19.

8 The literature includes, but is not limited to: Hatzimihail & Nuyts, 2005; Parra, Arnaiz, Bodoque & Robinson, 2013; European Judicial Network in civil and commercial matters, 2014.

All legal systems face the same problems when dealing with electronic evidence. For this reason, it appears on a superficial level that a global law of electronic evidence will benefit judges and lawyers; those that are the subject of criminal proceedings, and the parties involved with civil and administrative proceedings. The development of an international agreement regarding new forms of technology is not new, given that on 17 May 1865, the first International Telegraph Convention was signed by the 20 participating countries to facilitate and regulate the interconnection and interoperability of national telegraph networks.[9] In the context of this essay, the issue is whether a similar move towards a global – or regional – law of electronic evidence is desirable, possible, or inevitable.

The aim is to canvas the possible methods that could be used to achieve a global or regional law of electronic evidence, such as: (i) a private initiative; (ii) a non-binding initiative by way of regional fora, or (iii) an initiative by way of an international agency. Where a private initiative is considered, other factors are relevant, such as the response by the legal profession to external influences (official and unofficial)[10]; the factors that influence the use of comparative reasoning, and the judicial use of comparative reasoning. To ascertain the response of judges to external influences in broad terms, an outline of the main findings of a study by Professor Bobek is considered.[11] It does not follow that we need a global or regional law on electronic evidence, even if judges cite foreign judgments or legal literature more frequently, but it is suggested that the findings by Professor Bobek serve to illustrate the approach taken by judges in some jurisdictions to external influences that they are not obliged to consider. In this respect, the judicial response is arguably relevant when considering whether judges will consider private initiatives in particular.

Finally, after considering what the future might hold, a brief assessment is made of the position we find ourselves in at the time of writing.

---

9 Austria, the Grand Duchy of Baden, Bavaria, Belgium, Denmark, France, Greece, Hamburg, Hanover, Italy, the Netherlands, Portugal, Prussia, Russia, Saxony, Spain, Sweden and Norway, Switzerland, Turkey and Wurtemberg. For more information, see http://www.itu.int/en/history/Pages/ITUsHistory.aspx; Wigmore, 1920: 112-115 cited more examples.

10 For which see Twining, 2009: 306-312, where he illustrates the issues surrounding the Codes prepared by the American Law Institute.

11 Bobek, 2013.

3. METHODS TO ACHIEVE A GLOBAL LAW OF ELECTRONIC EVIDENCE

3.1. A private initiative

If judges are receptive to admitting ideas from outside the jurisdiction to influence their judgments, it is conceivable that a global or regional law of electronic evidence in the form of a voluntary Convention might be prepared by a group of self-selected proponents for the benefit of all. The example of a similar initiative by Professor Ole Lando is instructive.[12] Professor Lando founded the Commission on European Contract Law with the objective of reaching a set of common principles of contract law for the countries of the European Union. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) was also under way at the same time,[13] and changes were subsequently achieved, such as Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees,[14] and the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) Principles of International Commercial Contracts.[15] An international or transnational legal regime for cross-border commercial transactions was subsequently agreed, and the CISG has been adopted by the major trading nations.[16] Thus a private initiate achieved some success in conjunction with other work carried out in regional and international fora.

Should a private proposal to draft a Convention on electronic evidence achieve its purpose, and there is no reason why such a Convention should not be drafted by means of a private initiative, the next issue is whether judges would consider consulting such a Convention when reaching decisions. A number of issues would arise, including how the legal culture of individual jurisdictions in general might respond to such an idea. In the example noted above, success was achieved. However, it is possible that attitudes towards evidence and the authentication of evidence face greater hurdles, because of the nature of the underlying legal philosophy, procedural requirements and

12 Lando, 1978.

13 Vienna, 1980.

14 OJ L 171, 07/07/1999, pp. 12-16.

15 First edition, 1994; second, enlarged edition, 2004; third edition, 2010.

16 Bonell, 2008.

attitude towards authentication. Putting this and other issues to one side for the purposes of this essay, one approach would be to consider whether judges would refer to such a Convention. One approach to assessing the strength of this possibility is to examine the willingness of judges to cite foreign judgments or legal literature in their judgments, and if so, whether the foreign citation has any influence on domestic decision making. This matter is discussed below.

3.2. A non-binding initiative by way of regional fora

Alternatively, a regional forum might consider developing a suitable response to electronic evidence. Such initiatives have been produced by the fifty-three countries of the Commonwealth: *Commonwealth Draft Model Law on Electronic Evidence* (LMM(02)12),[17] which draws on the Singapore Evidence Act Section 35(1), the Canada Uniform Electronic Evidence Act and UNCITRAL Model Law on E-Commerce; and the Group of African, Caribbean and Pacific States: *Electronic Evidence: Model Policy Guidelines & Legislative Texts* (ITU, 2013). The latter acknowledged their debt to the Commonwealth Model Law. These initiatives do not appear to have been implemented into national legislation to date. Neither text appears to have been cited by judges, although the author has only conducted a cursory search in various Commonwealth legal databases for this purpose.

Two European studies might act to encourage greater judicial cooperation. One is a comparative study for the Council of Europe by the author, with some assistance of Uwe Rasmussen. This study is entitled "A comparative study and analysis on the effect of electronic evidence on the rules of evidence and modes of proof in civil and administrative proceedings".[18] The study provides an analysis of existing national legal provisions that have been adopted or adapted on the effect of electronic evidence on the rules of evidence and modes of proof, with a focus on proceedings relating to civil law, administrative law and commercial law among the member states of the Council of Europe. The report, which includes a proposal to consider the preparation of a Convention on Electronic Evidence, was submitted to the 90th meeting of the European Committee on Legal Co-operation in October 2015. Another study is a project sponsored by the European Union, entitled "European Informatics

17 Mason, 2012, appendix 2.

18 Ministers' Deputies CM Documents, 2014; Ministers' Deputies CM Documents, 2015.

Data Exchange Framework for Courts and Evidence" (e-Evidence).[19] The project is considering a common legal response to the exchange of digital data, and to recommend standard procedures in the use, collection and exchange of electronic evidence across EU member States. Guidelines, recommendations and technical standards will be proposed, including an electronic evidence exchange in accordance with common standards and rules.

3.3. An initiative by way of an international agency

The United Nations, by way of the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, established an open-ended intergovernmental expert group to conduct a comprehensive study of the problem of cybercrime and responses to it by Member States, the international community and the private sector.[20] One aspect of this project included the legal responses to cybercrime.[21] A report was duly produced in 2011,[22] which led to the expert group to conduct a comprehensive study of the problem of cybercrime.[23] There was no discussion regarding the preparation of a Convention on electronic evidence, although the study was very wide-ranging, and prepared as the result of a questionnaire, which might not have considered this particular point. Perhaps the development of a Convention was not an issue that concerned those responding. This is illustrated in the following observation (footnotes omitted), because there was no discussion about appropriate provisions, and the latter point that is noted omits the criticisms relating to the concept of 'working properly':[24]

19 Http://www.evidenceproject.eu.

20 http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/news/2013/cybercrime-studyexpert-group-feb.html.

21 Draft topics for consideration in a comprehensive study on the impact of and response to cybercrime, Expert group on cybercrime, Vienna, 17-21 January 2011 (20 December 2010, UNODC /CCPCJ/EG.4/2011/2) – included 'Legal responses to cybercrime', item (e) electronic evidence (topic 8), paras 36-39.

22 Report on the meeting of the open-ended intergovernmental expert group to conduct a comprehensive study of the problem of cybercrime held in Vienna from 17 to 21 January 2011 (31 March 2011, UNODC/CCPCJ/EG.4/2011/3).

23 UNODC, 2013.

24 The last comment illustrates a significant problem, in that there is no authoritative guidance in relation to the meaning of the words 'reliable', 'in order', 'accurate', 'properly set or calibrated' or 'working properly' as variously used by judicial authorities and the language used in legislation in the context of digital data, for which see Mason, 2012: chapter 5; Mason, 2014a: 80-84; the Mason Report of the IALS Think Tank on the reform of the law concerning the presumption that mechanical instruments – in particular computers (now an out-of-date concept) are 'in order', at http://ials.sas.ac.uk/news/IALS_Think_Tank.htm.

> "Very few countries reported the existence of special evidentiary laws governing electronic evidence. For those that did, laws concerned areas such as legal assumptions concerning ownership or authorship of electronic data and documents, as well as circumstances in which electronic evidence may be considered authentic. Other countries provided information on the way in which 'traditional' rules of evidence may be interpreted in the context of electronic evidence. One country from Oceania, for example, clarified how the 'hearsay' rule applied to electronic evidence in its jurisdiction: 'For electronic evidence specifically, the hearsay rule would not apply if the information contained in the electronic evidence relates to a communication which was transmitted between computers and has been admitted in order to identify the sender, receiver, date and time of the transmission.' Another country also noted that a 'general presumption' exists that 'where evidence that has been produced by a machine or other device is tendered, if the device is one that, if properly used, ordinarily produces that outcome, it is taken that the device was working properly when it produced the evidence."[25]

It does not appear that the UN will consider a Convention on electronic evidence at present, although in 2015, some observers noted the need to provide

> "technical assistance and capacity-building activities aimed at strengthening the abilities of national law enforcement and judiciary authorities to effectively investigate and prosecute cybercrime, including through the proper handling of electronic evidence."[26]

The Council of Europe have given some consideration to electronic evidence via two early recommendations, namely *Recommendation No R (81) 20 of the Committee of Ministers to Member States on the harmonisation of laws relating to the requirement of written proof and to the admissibility of reproduction of documents and recordings of computers*;[27] and *Recommendation No R (95) 13 of the Committee of Ministers to Member States concerning problems of criminal procedural law connected with information technology*,[28] paragraph IV (13) of which reads:

---

25 UNODC, 2013: 167.

26 UNCCPCJ, 2015: para. 80.

27 Adopted by the Committee of Ministers on 11 December 1981 at the 341st meeting of the Ministers' Deputies.

28 Adopted by the Committee of Ministers on 11 September 1995 at the 543rd meeting of the Ministers' Deputies.

> "The common need to collect, preserve and present electronic evidence in ways that best ensure and reflect their integrity and irrefutable authenticity, both for the purposes of domestic prosecution and international co-operation, should be recognised. Therefore, procedures and technical methods for handling electronic evidence should be further developed, and particularly in such a way as to ensure their compatibility between states. Criminal procedure law provisions on evidence relating to documents should similarly apply to data stored in a computer system."

The European Union and the Council of Europe established a 'Joint Project on Regional Cooperation against Cybercrime', and by 2013 published *Electronic evidence Guide A basic guide for police officers, prosecutors and judges*.[29] However, this text is not helpful, because it is marked 'Restricted/not for publication', and the password to open the document is only available if the user provides a sufficient reason to obtain access to the document.

4. LEGAL CULTURE AND THE RESPONSE TO EXTERNAL INFLUENCES

There are two compelling reasons for considering foreign law: to obtain some insight, principle or doctrine into a legal issue that a bench of (usually) senior judges have considered previously, and to ascertain whether there is a consensus in world legal opinion in relation to a particular matter.[30] Professor Jeremy Waldron defends this second point, and in so doing, he indicates that the purpose of considering foreign law is to learn from others, and to accept that there is a virtue in consistency.[31]

Professor Michal Bobek has considered whether, and if so, to what extent and why judges respond to outside influences.[32] His work is a useful indication as to whether judges might cite such a Convention. His research covered the Supreme Courts of a number of European jurisdictions: England and Wales; France; Germany; Czech Republic and Slovakia. Of interest to this discussion is whether judges cited foreign law or judgments in interpreting domestic law for the purpose of solving a domestic dispute. The emphasis was on the citing of materials that the court was not required to refer to or cite – called

29 Version 1.0, Data Protection and Cybercrime Division, Council of Europe, Strasbourg, France, 18 March 2013.

30 Waldron, 2012: 48.

31 "Partly laws common to all mankind": foreign law in American courts, 76 and chapters 4 and 5.

32 Bobek, 2013; for further references, see Muller & Richards, 2010; Mak, 2011; Mak, 2012.

'non-mandatory' references. The findings that are relevant to this essay are summarized below.

4.1. Factors influencing the use of comparative reasoning

Professor Bobek indicated that the following factors influenced the use of comparative reasoning by judges: the time available to undertake research; the knowledge of the language of the foreign materials; ease of access to relevant materials, and whether the foreign materials were understood.[33] There are a number of problems that affect the position:[34]

1. Procedure, in that judges might be bound by short and strict deadlines, and have a significant number of cases that they are required to deal with each year.[35]
2. How active lawyers for the parties and the judge engage in researching comparative materials; the competence and knowledge of the lawyers;[36] whether there is any third party intervention, and the costs of litigation.[37]
3. The legal and judicial culture, including judicial style, which may preclude direct citation of any source other than national legislation[38] – indeed, some judges will devise elaborate mechanisms so as not to deal with anything of a foreign nature,[39] although it might be observed that judges in some jurisdictions have only recently taken to cite living authors.[40]
4. Institutional factors, such as the level of court in the judicial hierarchy (lower courts concentrate on adjudicating on a dispute and applying the law, whereas a superior court will deal with more complex issues that affect the legislation and law generally), also including such aspects as

33 Bobek, 2013: 36.

34 Bobek, 2013: 38. Mak, 2012: 21-28.

35 Bobek, 2013: 50-54.

36 Waldron, 2012: 178-180.

37 Bobek, 2013: 50-54.

38 Bobek, 2013: 39; see France as an example, Bobek, 2013: 107-111.

39 Bobek, 2013: 240.

40 Duxbury, 2000: 25-28; Mohammed, 2009; Botterell, 2009; Braun, 2010; Neuberger 2012; Beatson, 2012.

whether a court has analytical back-up and how judges use other points of reference, such as networks and databases.[41]

5. Comparative research might only be made available for internal use and not for public acknowledgment;[42] obtaining the material might also be difficult,[43] and the selection of what foreign law or judgment to cite is highly relevant.[44]
6. Political influence.[45]
7. The size and age of the jurisdiction.[46]

4.2. The judicial use of comparative reasoning

It is possible to define legal developments into roughly three periods: the medieval period, where there was considerable comparative reasoning by judges;[47] followed by the seventeenth and eighteenth centuries, where the formation of the nation state coincided with the codification of the law, leading to a semi-open system in which comparative reasoning continued, but not to the same extent as previously;[48] and the modern period, where legal systems are, in relative terms, sealed from outside influence.[49]

It is correct that newly established legal systems accept some comparative reasoning from jurisdictions for particular historical reasons.[50] The judicial method in some jurisdictions is a preference to cite scholarly works, which demonstrates that some exchange is taking place, but via different channels.[51]

---

41 Bobek, 2013: 44-50.

42 Bobek, 2013: 38.

43 Waldron, 2012: 89-93.

44 Waldron, 2012: chapter 7.

45 Bobek, 2013: 40-41; for the problems within a global forum, see Ram, 2012.

46 Bobek, 2013: 41-44.

47 Bobek, 2013: 9-11.

48 Bobek, 2013: 10-11.

49 Bobek, 2013: 11; Damaška, 1997: 141, fn 30.

50 For instance, the Czech Constitutional Court (Ústavní soud) will cite the German Federal Constitutional Court (Bunderverfassungsgericht), the Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) and the Federal Administrative Court (Bundesverwaltungsgericht), but not the Austrian Constitutional Court (Verfassungsgerichtshof): Bobek, 2013: 159-160.

51 Germany is an example, Bobek, 2013: 135, 139-140 and 279. The citing of case law from common law jurisdictions in English textbooks is relatively frequent, and John Pitt Taylor deliberately included extensive materials from the United States of America in the first edition of his book *A Treatise on the Law*

Judges also tend to obtain inspiration from a handful of jurisdictions that are historically relatively close.[52] The quality of citation differs. For instance, a citation can appear as a casual reference without a citation in a long list of other references, and in some courts, the purpose for citing other jurisdictions has two main functions: to appeal to an external authority, and as a means of ex post justification for a decision.[53] Some jurisdictions will not cite foreign authority for political reasons,[54] while England and Wales is open to the citing of other legal materials, but citations tend to be restricted, in the main, to certain selected Commonwealth countries and the United States of America.[55] Also, the quality of legal analysis might be poor.[56]

Contrary to assertions that there is a universal trend to the increasing use of citing materials from other jurisdictions, the facts indicate the contrary.[57] Indeed, Professor Bobek observes that 'The judges themselves appear to have no traceable desire to demonstrate their affiliation with a broader, global community, or pursue any international agenda.'[58] There is neither a global move to include foreign citations in domestic judgments, nor a move towards global comparisons.[59] However, Professor Bobek observes that judges have a horror of a legal vacuum, but they are not revolutionaries. They prefer to reduce complexity, not increase it.[60] To this extent, the jurisprudence of the International Criminal Court regarding the admissibility of evidence may serve to

---

of Evidence (A. Maxwell & Son, 1848). The librarian of Middle Temple, John H Rowlatt, responded to the paucity of law reports from the United States by making arrangements to buy those reports that were 'held in estimation by the Court of the United States' (ix). The Honourable Society of the Middle Temple now has one of the best collections of American law reports outside of the United States of America, courtesy of the Carnegie Foundation, who donated a quantity of US law reports in the early twentieth century.

52 Bobek, 2013: 193-195.

53 Bobek, 2013: 196, 237, 242 and 283.

54 For instance, Hungarian law is not cited in Slovakia: Bobek, 2013: 182-183, and foreign citations are not necessarily welcome in the United States of America – Bobek, 2013: chapter 14; Andenas & Fairgrieve, 2004: xxx – xxxiv; for a more detailed treatment, see Waldron, 2012.

55 Bobek, 2013: 14-15; for an outline of the position in New Zealand, see Waldron, 2012: 17-19.

56 Waldron, 2012: 93-100.

57 Bobek, 2013: 14-15 and 192.

58 Bobek, 2013: 239.

59 Bobek, 2013: 283.

60 Bobek, 2013: 286.

act as a stimulus towards achieving some form of consistency regarding the law of evidence.[61]

The foregoing discussion illustrates the observations made by Professor Waldron, in that when lawyers in common law countries cite foreign case law and legislation, there is no jurisprudence that explains what they are doing, such as the meaning of 'persuasive authority', which is not clear. It sometimes means treating a precedent as having force because the reasoning is persuasive, and on other occasions, it means a precedent has less than binding force, but has some force that is independent of its persuasiveness. Professor Waldron observes that 'there is seldom a good argument as to why foreign precedents should be persuasive in this second sense.'[62] There is also no analysis as to why a foreign precedent carries the weight given to it.

In summary, it appears that a private attempt at dealing with electronic evidence for the benefit of all might be successful in developing a robust document that can be used as a basis for further development, but is unlikely to influence many judicial authorities. Notwithstanding this conclusion, it does not follow that a private initiative should not be undertaken for the long term benefits it might have on law generally.

5. THE FUTURE

For the development of a voluntary Convention, a greater understanding of the taxonomy of electronic evidence will be helpful, including attention given to some of the issues covered by the regional model laws, in particular the provisions regarding the authenticity of digital data, and the presumptions relating to the integrity of digital data, neither of which appears to be well understood.[63] The problem with the majority of the studies produced by regional and international fora (such as the United Nations, European Union and Council of Europe) is the striking lack of citation of any leading text on the topics chosen to be disseminated over the internet. The casual reader will be forgiven for thinking that a document prepared by such an authority and given away free is an authoritative statement on the subject. However,

61 Murphy, 2008; Malsch & Freckelton, 2009.

62 Waldron, 2012: 21.

63 For instance, clause 7(2) of the model text prepared by the 15 Caribbean countries in the Group of African, Caribbean and Pacific States (ACP), *Electronic Evidence: Model Policy Guidelines & Legislative Texts* does not take into account the criticisms of the presumption that computers are 'reliable', for which see Mason, 2012: chapter 5.

if external tests were to be introduced, the authors of the study would then have to shift through a variety of texts of varying quality, and even then good quality texts might be missed – deliberately or inadvertently. Such is the conundrum of the age of the internet.[64] This does not, arguably, excuse the citation of leading texts, especially when there are so few of them regarding electronic evidence.

6. ASSESSMENT

To return to the purpose of this essay: whether a similar move towards a global law of electronic evidence is desirable, possible, or inevitable. Professor Wigmore commented on whether uniformity or assimilation of the national laws of the world was desirable. He determined, rightly, it is suggested, that uniformity as an end in itself is not desirable,[65] although he concluded that 'uniformity is desirable in so far as it serves to remove some evil or inconvenience, actually experienced, which arises from the diversity of laws'.[66] Professor Waldron expanded on this in the context of comparative jurisprudence, calling for legal scholars to consider the theory, and not mere impressions that are used by lawyers to press home their arguments:

> 'The theory that is called for is not necessarily a complete jurisprudence. But it has to be complicated enough to answer a host of questions raised by the practice: about the authority accorded foreign law, confirmatory verses persuasive verses conclusive: about the areas in which foreign law should and should not be invoked, as in private law, for example, compared to constitutional law; and about which foreign legal systems should be cited. … The theory has to be broad enough to explain the use of foreign law in all appropriate cases … Above all, it has to be a theory of law.'[67]

Before committing to the development of a 'global law of electronic evidence', it is well to be aware of the comments by Professor Twining, who noted that 'there is an implicit bias towards belief in the possibility and vali-

64 By way of example, see Bauerlein, Gad-el-Hak, Grody, McKelvey & Trimble, 2010.

65 Wigmore, 1920: 109-110.

66 Wigmore, 1920: 111.

67 Waldron, 2012: 22.

dity of generalisations across cultures, traditions and local histories that just should be taken for granted.'[68] In this respect, the useful discussion by Professor Damaška indicates some convergence between what are loosely called common law jurisdictions and civil law or continental law jurisdictions.[69] Three apparent differences that appear to prevent a move towards a global law of electronic evidence include hearsay, party control over the proceedings, and expert witnesses. Regarding hearsay, continental law jurisdictions deal regularly with hearsay. The difference between common law jurisdictions and continental law jurisdictions is the way legal proceedings unfold. The slow incremental pace of litigation in continental law jurisdictions permits the adjudicator to assess hearsay because the judge invariably questions the maker of the statement.[70] This observation takes us to party control over evidence, which is perceived to be a hallmark of the common law, yet it has increasingly become the case that the judge has taken a more active role, especially in case management in the context of electronic discovery or disclosure.[71]

Professor Damaška suggested that there would be more recourse to the use of expert witnesses in the future. Although he did not foretell that it would be for the purposes of explaining electronic evidence, nevertheless he was correct, and this affects all jurisdictions.[72] However, there is a difference in the appointment of experts between jurisdictions. Generally, continental jurisdictions tend to require a potential expert to sit exams and have obtained a number of appropriate qualifications before being admitted to a list of experts controlled by the courts, and the judge instructs the expert, not the parties.[73] In common law systems, the general position is that each party appoints and instructs their own expert, although the expert owes a duty to the court, not to the party. In the field of electronic evidence, some common law jurisdictions have begun to provide the judge with the ability to appoint a joint expert, mainly because of the expense and time consumed in discussing complex matters of electronic

68 Twining, 2000: 249.

69 Damaška, 1997: 9 fn. 3.

70 Damaška, 1997: 12-17, 49, 65, 81 fn 15, 88 and 130.

71 Damaška, 1997: 138-140, 143, 146 and 151; and see the individual jurisdictions in Mason, 2012 onthis point.

72 Damaška, 1997: 33 and Epilogue.

73 See the individual chapters in Mason, 2008.

evidence.[74] The appointment of a single digital evidence specialist does not necessarily mean that the court will ask the right questions, or arguably reach the right conclusions.[75] In addition, the failure of judges and lawyers to understand machines mediated by software also means that the burden of proof is sometimes not understood properly or applied correctly.[76]

These examples imply that a move towards a global or regional law of electronic evidence might be welcome to improve the possibility of establishing consistency in the seizing, examination and assessment of electronic evidence in judicial proceedings. Conversely, the overall tenor of the work cited in this essay indicates that, at best, for the topic of electronic evidence to be considered in terms of a global or regional law, it might be necessary to move towards a shared sense of common heritage across legal systems in this particular field before such a view is accepted.

Factors to consider include: how evidence is introduced into proceedings (judge-led or party-led); a common understanding regarding discovery or disclosure, both from the procedural point of view and the practical problems that arise from the characteristics of electronic evidence, and a greater understanding of the nature of software.[77]

In this context, of interest is the suggestion by Professor Waldron for the existence of a body of law or system of law called the law of nations or 'ius gentium', also referred to by other scholars as 'world law', 'global law' and 'universal law'.[78] The aim is to look to an understanding of the law of nations based on '*commonality as between the internal laws of each and every state* rather than on any appeal to the body of law that regulates relations between

74 For instance, in England & Wales, the judge can order that a single joint expert be appointed under the Civil Procedure Rules (CPR): CPR Rule 35.8, although any relevant party may give instructions to the expert (CPR Rule 35.8(1)).

75 As in the German case of XI ZR 210/03, published BGHZ 160, 308-321, translated into English in the *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review* 6 (2009), pp. 248-254, with commentaries by Dr Martin Eßer and Dr Thomas Kritter; further commentary in Mason, 2013a: 144-151.

76 See the case of *Shojibur Rahman v Barclays Bank PLC:* Shojibur Rahman v Barclays Bank PLC, Commentary by Stephen Mason and Nicholas Bohm, *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review* 10 (2013) 169-174; Shojibur Rahman v Barclays Bank PLC (on appeal from the judgment of Her Honour District Judge Millard dated 24 October 2012), Commentary by Stephen Mason and Nicholas Bohm, *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review* 10 (2013) 175-187; Rahman v Barclays Bank PLC [2014] EWCA Civ 811.

77 As noted in Waldron, 2012: 20.

78 Waldron, 2012: 28.

sovereigns.'[79] In this respect, the purpose of 'ius gentium' is 'a body of world law that helps particular legal systems dispose of certain difficult problems within their own legal jurisdiction or problems that, though internal, require some dimension of harmonization with other jurisdictions.'[80]

Professor Waldron acknowledges this concept is open to irreverent comments, but he is of the view that:

> 'As law it has its source in the municipal legal systems of the world: but in its legal effect it transcends those particular systems and presents itself as a body of principles that particular systems may draw down from when they are seeking to resolve difficult issues in a way that is wise and just and in harmony with the way those issues are resolved elsewhere in the world.'[81]

Particularly forceful arguments to suggest a move towards a global or regional law of electronic evidence rests in the fact that commerce in particular has become a truly international phenomenon, and the evidence relating to a case might be stored on devices anywhere in the world.[82]

7. GLOBAL OR REGIONAL, CIVIL OR COMMON LAW CONVENTION?

A Convention on electronic evidence does not need to be global: it can cover a particular region, or cover a particular jurisprudential tradition, such as common law or civil law. Indeed, the common law countries have already undertaken work in this area, as mentioned above. The argument for a Convention that applies globally is strongest when considering the wider characteristics that differentiate electronic evidence from what can be referred to as traditional forms of evidence, as the proposed taxonomy, below, suggests.

7.1. Towards a taxonomy of electronic evidence

The taxonomy for traditional forms of evidence is well established. Conversely, the taxonomy regarding electronic evidence is still evolving, and at present it includes the following elements, which transcend what we might term tradi-

79 Waldron, 2012: 32, italics in the original.

80 Waldron, 2012: 32 and 43.

81 Waldron, 2012: 51.

82 Note the propositions relating to the challenges of globalisation, general jurisprudence and comparative law and cosmopolitan legal studies by Professor Twining in Twining, 2000: 252-256.

tional forms of evidence. In terms of electronic evidence, it is necessary to include the collection, preservation and admissibility of electronic evidence:[83]

(i) Understanding the digital realm
    a. The sources of digital evidence
    b. The characteristics of digital evidence
    c. Encrypted data
(ii) Authenticity
    a. Proof (including the investigation, seizure and examination of digital evidence)
    b. 'Reliability' and presumptions
    c. Authenticating digital data
    d. Integrity
(iii) Hearsay
    a. Hearsay
    b. Software as the witness

As will be readily observed, there are some areas of knowledge included in the list above that are not contained in a conventional textbook on evidence. The additional items reflect the nature of electronic evidence. For instance, a more considered approach is necessary regarding how electronic evidence is seized, investigated and examined. This is because this initial process can be so flawed as to render the evidence inadmissible or open to challenges, especially regarding its authenticity.

8. LEADERSHIP BY THE JUDICIARY AND THE LEGAL PROFESSION

In 1929, René Magritte painted *The Treachery of Images*. This oil painting now hangs in the Los Angeles County Museum of Art, United States of America. Magritte painted a representation of a pipe used for smoking tobacco, and the words 'Ceci n'est pas une pipe' underneath the image. The image he painted is not a pipe, as he pointed out. It is an *image* of a pipe. *He made the important point about what we see, what we think we see, and what we think we understand*. I suggest that the present position of the legal profession in relation to electronic evidence is similar to Magritte's image, but worse. In explaining this position, I will follow the lead of Professor Giorgio Agamben, from a lecture

83 This is taken from Mason, 2013b; see also Mason, 2014b.

he gave at the European Graduate School in August 2002, entitled 'What is a paradigm?'.[84] To end his lecture, he quoted from the poem *Description without place* by Wallace Stevens, one of the great American poets. I am not going to quote from this poem, although it deserves to be read. He chose to use the poem as a definition of an example.

I want to use the oil painting by René Magritte in a similar way, but as a definition of a problem. The problem of electronic evidence stands thus:

(i) The legal profession *thinks it sees* law and justice, because judges and lawyers have a well-developed understanding of substantive law and the assessment of traditional forms of evidence.
(ii) However, the legal profession is wrong in its complacency.
(iii) With rare exceptions, the legal profession fails to see what it should see.
(iv) This means that the vast majority of the legal profession does not even see the image.
(v) It follows that this is dangerous.
(vi) This failure to see must be remedied.

In the absence of electronic evidence becoming a global or regional law, the judiciary and legal profession could take the lead together to engage in an extensive programme of education to require lawyers and judges to more fully understand the nature of electronic evidence in the interests of justice.[85]

The poem *Para além da curva da Estrada* by Alberto Caeiro,[86] translated as *Beyond the bend in the road*,[87] serves to further highlight the nature of the problem. The first four lines of the poem read:

> Para além da curva da estrada
> Talvez haja um poço, e talvez um castelo,
> E talvez apenas a continuação da estrada.
> Não sei nem pergunto.

84 http://www.maxvanmanen.com/files/2014/03/Agamben-What-is-a-paradigm1.pdf.

85 Wong, 2013; Capps, 2013.

86 The heterónimo of Fernando Pessoa.

87 Pessoa, 2006.

Beyond the bend in the road
    There may be a well, and there may be a castle,
And there may be just more road.
I don't know and don't ask.[88]

The point is, we are at the bend – yet most of the legal profession fails to understand this. Regardless of what the purpose of justice might be considered to be in any given jurisdiction, the judicial process ought to provide fairness to those taking part in the proceedings. This should include the requirement that the judge and lawyers have to be competent when dealing with and assessing evidence in electronic format – as should the investigating authorities when dealing with criminal proceedings.

Furthermore, legal academics and those responsible for admitting applicants to become lawyers have a duty to ensure that the future lawyer is in possession of the relevant qualifications, skills and knowledge considered necessary to enable them to provide competent advice to lay clients. The very least the universities could do is to begin to teach electronic evidence to aspiring would--be lawyers. If any subject might be considered to be universal, electronic evidence is probably one of the best examples, and it might lead institutes of higher education to cooperate across countries, as the European universities did in the medieval period.[89]

© Stephen Mason, 2016

88 Cited with permission of the translator, Richard Zenith.

89 Waldron, 2012: 206; Professor Waldron cites Verger, 1999; see also the Centre for Research into Civil Evidence, started by Professor Peter R. Hibbert.

BIBLIOGRAPHY

AAVV

2007 "Editorial", *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, Issue 6.

Andenas, Mads & Fairgrieve, Duncan

2004 "Introduction: Finding a Common Language for Open Legal Systems", in Canivet, Guy, Andenas, Mads & Fairgrieve, Duncan (eds.), *Comparative Law Before the Courts*, British Institute of International and Comparative Law.

Bauerlein, Mark, Gad-el-Hak, Mohamed, Grody, Wayne, Mckelvey, Bill & Trimble, Stanley W.

2010 'We Must Stop the Avalanche of Low-Quality Research', The Chronicle of Higher Education, 13 June 2010, available at: http://chronicle.com/article/We-Must-Stop-the-Avalanche-of/65890/.

Beatson

2012 "Legal Academics: Forgotten Players or Interlopers?", a lecture given at the Inner Temple on 12 November 2012, available at: http://www.innertemple.org.uk/downloads/education/lectures/lecture_beatson.pdf.

Bobek, Michal

2013 *Comparative Reasoning in Supreme Courts*, Oxford University Press.

Bonell, Michael Joachim

2008 "The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law", 56 *American Journal of Comparative Law*, 1-28, available at: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html.

Botterell, Andrew

2009 "Should the Supreme Court Cite Living Judges? A Comment on Professor Mohammed", *Advocates' Quarterly*, Volume 36, Number 1, 138-140.

Braun, Alexandra

2010 "Burying the Living? The Citation of Legal Writings in English Courts", *The American Journal of Comparative Law*, Volume 58, Number 1, 27-52.

Capps, Deveral

2013 "Fitting a quart into a pint pot: the legal curriculum and meeting the requirements of practice", *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, 10, 23-28.

Damaška, Mirjan R.

1997 *Evidence Law Adrift*, Yale University Press.

Duxbury, Neil

2000 "Better read than dead?", *Amicus Curiae*, Issue 32.

European Judicial Network in Civil and Commercial Matters
2014 Judicial cooperation in civil matters A guide for legal practitioners, available at: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/civil_justice_guide_en.pdf.

Hatzimihail, Nikitas & Nuyts, Arnaud
2005 "Judicial Cooperation between the United States and Europe in Civil and Commercial Matters: An Overview of Issues", in Nuyts, Arnaud & Watte, Nadine (eds.), *Transnational Civil Litigation In The European Judicial Area And In Relations With Third States*, Brussels: Bruylant, pp. 1-25.

Kessler, Gary C.
2011 "Judges' Awareness, Understanding, and Application of Digital evidence", *Journal of Digital Forensics, Security and Law*, 6(1), 55-72.

Lando, Ole
1978 "Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code", in Cappelletti, Mauro (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden; Boston: Sijthoff, 265.

Mak, Elaine
2011 "Why do Dutch and UK judges cite foreign law?", *Cambridge Law Journal*, Volume 70, Issue 2, 420-450.
2012 "Reference to Foreign Law in the Supreme Courts of Britain and the Netherlands: Explaining the Development of Judicial Practices", *Utrecht Law Review*, Volume 8, Issue 2, 20-34.

Malsch, Marijke & Freckelton, Ian
2009 "The Evaluation of Evidence: Differences between Legal Systems", in Kaptein, Hendrik, Pakken, Hendrik & Verheu, Bart, *Legal Evidence and Proof Statistics, Stories, Logic*, Ashgate.

Mason, Stephen
2008 *International Electronic Evidence*, British Institute of International and Comparative Law.
2012 *Electronic Evidence*, 3rd ed., LexisNexis Butterworths.
2013a "Electronic banking and how courts approach the evidence", *Computer Law and Security Review*, Volume 29, Issue 2.
2013b "A framework for a syllabus to teach electronic evidence", *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review* 10.
2014a "Electronic evidence: A proposal to reform the presumption of reliability and hearsay", *Computer Law and Security Review*, Volume 30, Issue 1.
2014b "The structure of electronic evidence: have we got it right?", Editorial, *Amicus Curiae The Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, Issue 99.

Ministers' Deputies CM Documents

2014 Ministers' Deputies CM Documents CM(2014)34 (11 March 2014), 1198th Meeting, 30 April 2014 Item 10 Legal questions Item C12 and Appendix IV, available at https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2169365&Site=CM.

2015 Ministers' Deputies CM Documents CM(2015)5 (14 January 2015), 1219th Meeting, 11-12 February 2015 Item 10 Legal questions Item B11 – 13, available at https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2276983&Site=CM.

Mohammed, Emir A. C.

2009 "How Many Times Have You Been Cited by the Supreme Court?", *Advocates' Quarterly*, Volume 35, Number 2, 170-180.

Muller, Sam & Richards, Sidney (eds.)

2010 *Highest Courts and Globalisation*, Springer.

Murphy, Peter

2008 "Excluding justice or facilitating justice? International criminal law would benefit from rules of evidence", *The International Journal of Evidence & Proof*, Volume 12, Number 1, 1-31,

Neuberger, Lord of Abbotsbury

2012 "Judges and Professors: Ships Passing in the Night?", a lecture given at the Max Planck Institute on 9 July 2012, available at: http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Speeches/mrspeech-hamburg-lecture-09072012.pdf.

Parra, Javier Luis, Arnaiz, Amaya, Bodoque, Ángel & Robinson, Marc

2013 *Study on judicial cooperation, mutual legal assistance and extradition of drug traffickers and other drug-related crime offenders, between the EU and its Member States and Latin American and Caribbean (LAC) countries*, European Commission, Directorate-General for Justice, available at http://ec.europa.eu/justice/anti-drugs/files/study-lac-judicial-coop_en_.pdf.

Pessoa, Fernando

2006 *A Little Larger Than the Entire Universe Selected Poems*, translated by Richard Zenith, Penguin Books.

Ram, Christopher D.

2012 *Meeting the Challenge of Crime in the Global Village: An Assessment of the Role of Future of the United Nations Commission on Crime Prevention and Criminal Justice*, United Nations European Institute for Crime Prevention and Control.

Schafer, Burkhard & Mason, Stephen

2012 "The characteristics of electronic evidence in digital format", in Mason, Stephen (gen. ed.), *Electronic Evidence*, 3rd ed., LexisNexis Butterworths.

Twining, William
2000 *Globalisation and legal theory*, Butterworths.
2009 *General Jurisprudence Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge University Press.
UNCCPCJ
2015 United Nations Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, *Report on the twenty-fourth session (5 December 2014 and 18 – 22 May 2015)*, Economic and Social Council Official Records, 2015, Supplement No. 10 (E/2015/30, E/CN.15/2015/19).
UNODC
2013 United Nations Office on Drugs and Crime, *Comprehensive Study on Cybercrime Draft – February 2013*.
Verger, Jacques
1999 "The universities and scholasticism" in Abulafia, David (ed.), *The New Cambridge Medieval History Volume 5: c.1198–c.1300*, Cambridge University Press, 256-278.
Waldron, Jeremy
2012 *"Partly laws common to all mankind": foreign law in American courts*, Yale University.
Wigmore, John Henry
1920 "Problems of World-Legislation and America's Share Therein", in *Problems of Law Its Past, Present, and Future*, New York: Charles Scribner's Sons, 105-136 (reprinted Fred B. Rothman & Co, Littleton, Colorado, 1988).
Wong, Denise H.
2013 "Educating for the future: teaching evidence in the technological age", *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, 10, 16-24.

NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE E O DEVER DE COLABORAÇÃO: ANÁLISE DO CASO WEH C. ÁUSTRIA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS*

*Angélica Rodrigues da Silveira***

Abstract: *This article addresses the collaboration duties established under some activities and their possible conflict with the privilege against self-incrimination (nemo tenetur se ipsum accusare). Starting from the analysis of Weh v. Austria of the European Court of Human Rights' jurisprudence and, after dialogue with the Portuguese doctrine, the author suggests that such duties may be legitimately refused in certain situations.*

Sumário: Introdução. I. O problema de que se parte: o dever de colaboração do proprietário de veículo automotor nas infrações de trânsito por excesso de velocidade. 1. O caso *Weh c. Áustria*. 2. A avaliação do TEDH. II. A posição jurisprudencial do TEDH acerca do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare.* 1. Fundamento e aplicabilidade do *nemo tenetur* na jurisprudência do TEDH. 2. O estatuto de acusado de uma ofensa criminal para os efeitos previstos no artigo 6.º da CEDH. 3. Critérios gerais para se concluir pela violação do princípio *nemo tenetur* e o posicionamento do TEDH sobre o dever de colaboração. III. O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. 1. Breves considerações acerca do *nemo tenetur.* IV. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e o direito público sancionatório. 1. Validade do *nemo tenetur* em todo o direito público de caráter sancionatório. 2. Restrições ao *nemo tenetur* no âmbito do processo administrativo e contraordenacional: a) O dever de colaboração *versus* direitos ao silêncio e à não autoincriminação; b) Requisitos necessários para que a restrição ao *nemo tenetur* seja legítima. V. Aplicabilidade do *nemo tenetur se ipsum accusare* nas infrações às normas de tráfego viário.1. Restrições ao *nemo tenetur* no âmbito da circulação viária. 2. A tensão entre o *nemo tenutur* e o dever de colaboração no âmbito

---

* O presente artigo corresponde, em grande medida, ao texto apresentado pela autora no seminário da disciplina Direito Processual Penal, durante o curso de mestrado em ciências jurídico-criminais da FDUL no ano de 2015, sob orientação do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

** Mestranda em ciências jurídico-criminais pela FDUL e Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro (Brasil) desde 2010.

da circulação viária do Direito português: a) O dever de identificar o condutor infrator no Código da Estrada. VI. Considerações acerca do *case study*. 1. Apreciação crítica dos argumentos trazidos pelo acórdão do TEDH. Conclusão.

INTRODUÇÃO

As proteções decorrentes da garantia de não autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare)* permitem-nos concluir que cabe ao indivíduo decidir se e quando colaborar para sua própria incriminação, de modo que os deveres de colaboração coercitivamente impostos pelo Estado, e que são uma realidade no mundo contemporâneo, podem por certo caracterizar uma restrição àqueles.

A questão que se coloca no presente artigo é a de saber se e em que medida tais deveres administrativamente impostos, mas com consequências no âmbito do direito sancionatório, prevalecem ou não sobre à referida garantia, mormente quando não exista ainda a imputação formal de uma infração relacionada e contra quem se destinar obter essa cooperação. Isto é, pretendemos analisar até onde vai o dever de colaboração do indivíduo e onde se inicia o âmbito do seus direitos ao silêncio e à não autoincriminação.

Para enfrentar tais questões foi escolhido o caso *Weh c. Áustria* de 08 de Abril de 2004, da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante TEDH), que colocou em discussão a ocorrência de eventual violação dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação por uma norma interna austríaca que obriga o proprietário de veículo automotor a identificar o seu condutor, quando da prática da infração de dirigir em excesso de velocidade.

Nesse contexto, no decorrer do presente artigo serão examinadas as questões discutidas no referido acórdão, bem como o entendimento da jurisprudência do TEDH sobre as situações em que os referidos direitos se aplicam e quando se entende pela sua violação. Além disso, exporemos brevemente o significado, fonte e regime legal do princípio *nemo tenetur* de acordo com a doutrina nacional e estrangeira, para em seguida, partirmos para a verificação da sua validade no Direito Público Sancionatório, fazendo-se uma análise de como a doutrina portuguesa aborda a questão, designadamente quando não há ainda a imputação formal de uma infração, penal ou administrativa. Em seguida, analisaremos a aplicabilidade do *nemo tenetur* e suas restrições, especificamente no âmbito das infrações de trânsito, sendo, ao final, feita uma abordagem crítica acerca do caso em estudo.

I. O PROBLEMA DE QUE SE PARTE: O DEVER DE COLABORAÇÃO DO PROPRIETÁRIO DE VEÍCULO AUTOMOTOR NAS INFRAÇÕES DE TRÂNSITO POR EXCESSO DE VELOCIDADE

1. O Caso Weh c. Áustria de 08.04.2004[1]

Em 21 de março de 1995, a autoridade administrativa do Distrito de Bregenz enviou uma ordem anônima ao queixoso Weh, com aplicação de uma sanção pecuniária, afirmando que em 5 de março de 1995 o motorista do carro registrado em seu nome tinha excedido o limite de velocidade. Contudo, o queixoso não efetuou o pagamento do valor imposto, motivo pelo qual esta ordem tornou-se inválida, tendo a autoridade competente instaurado procedimento sancionatório próprio por excesso de velocidade contra desconhecidos e ordenado àquele que, como proprietário do carro, informasse quem o estava dirigindo naquela ocasião.

Em resposta ao pedido das autoridades, o queixoso afirmou o seguinte: "*C.K.*, vivendo em U*SA / University of Texas*" teria sido o condutor do seu veículo no dia e momento da infração. Entendendo, porém, que essas informações eram imprecisas e insuficientes, a autoridade competente, com fulcro nos arts. 103.º §2[2] e 134.º[3] da Lei de Veículos Automotores, aplicou ao quei-

---

1 Queixa n.º 38544/96.

2 Estatui o art. 103.º § 2 da Lei de Veículos Automotores austríaca que: "A autoridade pode solicitar informações a respeito de quem tenha conduzido um determinado veículo automotor identificado pelo número de matrícula (....) em um determinado momento ou que tenha por último estacionado tal veiculo automotor (...) em um determinado lugar antes de uma determinada data. *O proprietário do carro registrado (...) deve fornecer tais informações, o que deve incluir o nome e endereço da pessoa em causa; se ele ou ela não é capaz de fornecer essa informação, ele/ela deve nomear uma pessoa que possa fazê-lo e que, então, tem a obrigação de comunicar à autoridade; as declarações da pessoa obrigada a dar informações não libera a autoridade do seu dever de avaliar tais declarações como adequadas às circunstâncias do caso.* As informações solicitadas devem ser prestadas imediatamente ou, no caso de um pedido por escrito, no prazo de duas semanas a contar da notificação; (...). *O direito da autoridade de exigir essa informação prevalece sobre o direito de recusar a dar informações."* (nossa tradução e nossos grifos). Necessário destacar que o último período da referida disposição foi promulgado com status de hierarquia constitucional após o Tribunal Constitucional Austríaco ter, em acórdãos anteriores, anulado disposições semelhantes sobre o fundamento de que eram contrárias ao art. 90.º §2 da Constituição Federal, que proíbe, nomeadamente, que um suspeito seja obrigado, sob pena de uma multa, a incriminar-se. No seu acórdão de 29 de setembro de 1988, o Tribunal Constitucional considerou que o primeiro a terceiro períodos do art. 103.º § 2.º da Lei de Veículos Automotores conforme alteração ocorrida em 1986 eram, como as disposições anteriores, contrários ao direito de não incriminar a si próprio que fluiu do art. 90.º §2 da Constituição Federal e do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, mas foram salvos pela sentença final dessa disposição que tinha hierarquia constitucional. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal Constitucional havia analisado se a sentença final do art. 103.º §2 era contrária aos princípios norteadores da Constituição, tendo concluído que não era esse o caso.

3 O art. 134.º da Lei de Veículos Automotores, na versão em vigor à data dos factos, previa uma multa de até 30.000 xelins austríacos a ser imposta a uma pessoa que viole as normas desta Lei, cujo não pagamento acarretava a sua conversão em pena privativa de liberdade de até seis semanas.

xoso uma sanção pecuniária de 900 xelins austríacos que, em caso de não pagamento, seria convertida em prisão. Insatisfeito, o queixoso recorreu a uma entidade administrativa independente que, porém, rejeitou o recurso, ao argumento de que a divulgação de informações imprecisas equivaleria à ausência de informação.

Sem obter sucesso, também, junto ao Tribunal Constitucional e ao Tribunal de Recurso Administrativo do seu país, o queixoso ingressou com uma queixa junto ao TEDH, afirmando que a obrigação de divulgar o nome e o domicílio do condutor do seu veículo violou seu direito de permanecer em silêncio e o privilégio contra a autoincriminação, protegido pelo art. 6.º, §1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante, CEDH).

Por sua vez, o Governo da Áustria argumentou que o direito de permanecer em silêncio não era absoluto e que, no presente caso, a falha do queixoso em dar informações adequadas não levou as autoridades à conclusão de que ele cometeu o delito de exceder o limite de velocidade, posto que na verdade ele não foi condenado por essa infração, mas foi punido por não dar informações precisas que pudessem levar as autoridades a identificar o condutor infrator. Nesse contexto, o Governo expressou dúvidas se o queixoso poderia afirmar ser vítima de violação do direito de não se autoincriminar, uma vez que a informação que ele forneceu às autoridades, embora imprecisa, deixou claro que ele não tinha sido o motorista no momento relevante.

2. A avaliação do TEDH

Por maioria[4], o TEDH entendeu não ter havido violação do art. 6.º, n. 1, da CEDH pelos seguintes argumentos.

Aduziu o Tribunal de Estrasburgo que o privilégio de obstar a autoincriminação não pode, por si só, proibir o uso de poderes coercitivos para obter informações fora do contexto de um processo penal contra a pessoa em causa, esclarecendo que de fato, a obrigação de prestar informações às autoridades é uma característica comum das ordens jurídicas dos Estados signatários e pode abranger um vasto leque de questões. Entendeu, no caso em análise, que o art. 103.º §2 da Lei de Veículos Automotores Austríaca não contém uma presunção de que o proprietário do carro foi o motorista responsável por conduzir o veículo em excesso de velocidade e não permite, por isso, a instauração de

4 O acórdão contou com três votos minoritários dos Juízes Lorenzen, Levits e Hajiyev, que entenderam ter havido violação ao direito ao silêncio e à prerrogativa da não autoincriminação.

processo sancionador contra aquele para aplicação da sanção correspondente à infração de trânsito subjacente, a menos que ele admita ter dirigido o veículo.

Sublinhando que apesar da reclamação do queixoso ter como questão principal o fato dele ter sido punido por não dar informações que poderiam tê-lo incriminado no contexto de um processo por excesso de velocidade, o TEDH afirmou que nem no momento em que o mesmo foi convidado a divulgar a identidade do motorista de seu veículo, nem depois disso, foi este processo instruído contra ele. Assim, o TEDH distinguiu o presente caso daqueles em que as pessoas contra quem o processo de natureza penal estava pendente ou era ao menos antecipável foram obrigadas, sob pena de multa, a dar potenciais informações incriminatórias.

A fim de realçar as diferenças existentes entre o caso analisado e outros em que o TEDH entendeu ter havido violação ao direito ao silêncio e à prerrogativa da não autoincriminação, foram citados os casos *Funke c. França, e Heaney e McGuinnes*s *c. Irlanda*, argumentando que nestes o procedimento criminal, apesar de não ter sido formalmente inaugurado, foi antecipado no momento em que os respetivos requerentes eram obrigados a dar informações potencialmente incriminatórias. Já no caso em apreço, o TEDH esclareceu que no momento em que as autoridades austríacas notificaram o queixoso, ao abrigo do art. 103.º §2, para que identificasse quem tinha dirigido seu veículo, o processo por excesso de velocidade pendia contra infratores desconhecidos, e na medida em que as autoridades não dispunham de qualquer elemento de suspeita contra o queixoso, eventual procedimento sancionatório por excesso de velocidade contra este não era sequer *antecipável.*

Salientou, ainda, que o queixoso foi notificado na qualidade de proprietário do carro registrado (e não de suspeito) a esclarecer um fato, por si só, não incriminador (quem dirigia o veículo no dia e horário da infração), não sendo tais circunstâncias capazes de demonstrar que o queixoso estava a ser "substancialmente afetado" por uma acusação, de modo a considerá-lo suspeito da infração de dirigir com excesso de velocidade. Sublinhou ainda que as informações solicitadas não poderiam ter sido obtidas de outra forma, destacando, por fim, que em momento algum foi dito, quer no processo interno, quer perante o Tribunal Austríaco, que o queixoso tinha sido o motorista do carro no momento da infração, sendo ele punido apenas pelo fato de ter dado informações imprecisas sobre o suposto condutor, posto que falhou em indicar o endereço completo deste.

Com base nesses argumentos, o TEDH concluiu que a ligação entre a obrigação do queixoso em divulgar a identidade do condutor do seu veículo e a possibilidade de contra ele vir a pender "*criminal proceedings*" por excesso de velocidade era apenas *remota e hipotética* e que, não havendo relação suficientemente concreta entre o uso de poderes coercitivos para obter informações e a pendência do procedimento a que pudesse servir a prova desse modo intentada, não há como se discutir qualquer possível violação dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação[5].

II. A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TEDH ACERCA DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*

1. Fundamento e aplicabilidade do *nemo tenetur* na jurisprudência do TEDH

De acordo com a jurisprudência do TEDH, o princípio *nemo tenetur* tem por fundamento a ideia de processo equitativo previsto no art. 6.º, §1 da CEDH, sendo este integrado, ainda que implicitamente, por um conjunto de direitos entre os quais estão o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação. Tais direitos, apesar de não estarem especificamente mencionados no referido dispositivo constituem *standards* internacionais que estão no cerne da noção de um processo justo e equitativo (*fair trial*), sendo a razão de ser dos mesmos a proteção do acusado contra o uso indevido de mecanismos de coerção por parte das autoridades, o que é indispensável para a prevenção de erros judiciários e para o cumprimento integral dos objetivos do preceito normativo mencionado[6].

Segundo o Tribunal, o direito à não autoincriminação relaciona-se, principalmente, com o respeito à vontade do acusado em permanecer em silêncio,

5 O dever de identificar o condutor infrator já foi em outras oportunidades questionado aquando da análise de dispositivos legais de semelhante conteúdo ao aqui tratado, tendo o TEDH sempre por maioria de votos entendido pela inexistência de violação ao art. 6.º, §1 da CEDH, cf. acórdãos prolatados nos casos *Tora Tolmos c. Espanha,* Queixa n.º 23816/94 (17.05.1995); Rieg c. *Áustria*, Queixa n.º 63207/00 (24.03.2005); *O'Halloran e Francis c. Reino Unido*, Queixas nos 15809/02 e 25624/02 julgadas pela *Grand Chamber* (29.06.2007). Contudo, em *Krumpholz c. Áustria*, Queixa n.º 13201/05 (18.03.2010), o TEDH concluiu ter havido violação ao art. 6.º, dado o queixoso ter sido punido, em razão do silêncio, pela infração de excesso de velocidade subjacente e não por não divulgar a identidade do condutor infrator.

6 Cf. *Murray c. Reino Unido* (§45), Queixa n.º 1873/91, julgado pela *Grand Chambre* (08.02.1996); *Jalloh c. Alemanha* (§99), Queixa n.º 54810/00 (11.07. 2006); *Pishchalnikov c. Russia* (§§68 e 71), Queixa n.º 7025/04 (24.09.2009), dentre outros. Para um melhor estudo sobre a jurisprudência do TEDH ver Costa (2011a: 3 ss.; 2011b: 117 ss.).

e pressupõe que a acusação, em um processo criminal, é quem deve procurar provar os factos que alega contra o acusado, sem se socorrer de elementos de provas obtidas por meio de métodos de coerção ou de opressão. Neste diapasão, o direito à não autoincriminação encontra-se umbilicalmente ligado à presunção de inocência consagrada no art. 6.º § 2 da CEDH[7].

A jurisprudência do TEDH esclarece, ainda, que os referidos direitos se aplicam a todos os procedimentos sancionatórios, independentemente da natureza do crime que esteja em causa, abrangendo desde os ilícitos mais simples até os mais complexos[8]. Contudo, o TEDH entende que nem todas as medidas coercitivas ocasionam uma injustificada interferência no direito à não autoincriminação, de modo que o uso delas pode ser compatível com o princípio *nemo tenetur* quando recaiam sobre quem ainda não detém o estatuto de acusado[9].

2. O estatuto de acusado de uma ofensa criminal para efeito do artigo 6.º da CEDH

O *estatuto de acusado de um ofensa criminal* é um pressuposto formal estabelecido pelo TEDH para delimitar o âmbito subjetivo de aplicação do princípio *nemo tenetur,* em que, para análise de uma injustificada violação dos direitos consagrados no art. 6.º CEDH, decorrente do uso de meios coercitivos por parte do Estado, apenas podem os invocar quem se encontre na qualidade de acusado[10].

No entanto, o conceito de acusado utilizado pelo TEDH, além de autônomo em relação ao utilizado pelo ordenamento jurídico dos Estados signatários, possui um sentido mais material do que formal, na medida em que considera nessa qualidade não só quem já se encontra formalmente acusado no âmbito de um processo criminal, como também quem já tenha sido oficialmente comunicado pela autoridade competente da sua qualidade de suspeito da prática de uma infração penal[11].

---

7 Cf. *Saunders c. Reino Unido* (§ 68), Queixa n.º10828/94, julgado pela *Grand Chamber* (17.12.196).

8 Cf. *Öztürk c. Alemanha* (§ 49 ss.), Queixa n.º 8544/79, julgado pela *Grand Chamber* (21.02.1984).

9 Cf. *Shannon c. Reino Unido* (§§36 e 38), Queixa n. 6563/03, (04.10.2005); e *Allen c. Reino Unido* (§1), Queixa n. 76574/01 (10.09.2002).

10 Costa, 2011a: 4. Entre os acórdãos do TEDH em que o estatuto do acusado foi objeto de particular análise estão os casos *Serves c. França*, Queixa n.º 20225/92 (20.10.1997); *Heaney e MacGuinness c. Irlanda*, Queixa n.º 34720/97 (21.12.2000); *J. B. c. Suíça*, Queixa n.º 31827/96 (03.05.2001); *Rieg c. Áustria*, Queixa n.º 63207/00 (24.03.2005) e o presente caso *Weh c. Áustria.*

11 Cf. Acórdãos prolatados nos casos *Adolf c. Áustria*, Queixa n.º 8269/78 (26.03.1982), *Serves c. França (Id.), Heaney* e *MacGuinness c. Irlanda (Id.), J.B. c. Suíça (Id.)*, entre outros.

Para além disso, o referido estatuto não exige que contra a pessoa que recai a coerção já se encontre pendente um qualquer processo criminal, bastando que a respectiva posição esteja "substancialmente afetada" por uma "acusação" de sentido equivalente ao da suspeita que havia conduzido os procedimentos pretendidos confrontar com os direitos assegurados pelo art. 6.º da CEDH[12]. Mas, nessas circunstâncias, a possibilidade de considerar o visado como acusado para efeitos do referido dispositivo dependerá de um juízo de prognose póstuma que permita tornar *antecipável* a instauração de um processo sancionatório, excluindo-se deste conceito (acusado) as hipóteses em que, no momento em que se tem os procedimentos coercitivos para obtenção de informações, a instauração do procedimento sancionatório a que pudesse servir a prova buscada é ainda *remota* e *hipotética*[13].

Deste modo, de acordo com o TEDH os direitos ao silêncio e à não autoincriminação não proíbem, por si só, a utilização de poderes coercitivos para obtenção de informação por parte das autoridades fora do contexto dos procedimentos criminais, de modo que se as medidas coercitivas são dirigidas contra quem não há qualquer suspeita ou não exista qualquer pré-intenção de sujeitar a julgamento, o uso de tais meios coercitivos é compatível com os referidos direitos, nos mesmos termos em que são os pedidos de informação frequentemente direcionados aos cidadãos no âmbito da atividade reguladora e fiscal[14]. Haverá, porém, incompatibilidade com o art. 6.º da CEDH se houver um risco iminente de a pessoa contra quem as medidas coercitivas são dirigidas ser perseguida criminalmente.

Entre os critérios utilizados para concretização do conceito de acusado e da sua qualificativa *criminal* no âmbito do art. 6.º da CEDH (*criminal charge)*, a jurisprudência do TEDH enunciou[15]: i) a qualificação jurídica da infração segundo o direito nacional; ii) a verdadeira natureza do ilícito; e iii) a natureza e o grau de severidade da sanção correspondente.

O primeiro critério tem caráter meramente relativo e formal, servindo apenas de ponto de partida para a análise e devendo ser determinada tendo em conta todo o ordenamento jurídico interno dos diversos Estados. Já os demais

12 V. *Heaney e MacGuinness c. Irlanda* (§§41 e 42).

13 V. *Weh c. Áustria* (§46).

14 Veja por exemplo os casos *Shannon c. Reino Unido (id.),* e *Allen c. Reino Unido (id.).*

15 Conforme se infere da análise dos Acórdãos dos casos *Engel e outros c. Holanda*, Queixas n.º 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, julgados pela *Grand Chmaber* (08.06.1976); *Öztürk c. Alemanha (id.).*

critérios são alternativos e não cumulativos, bastando verificar o caráter geral e abstrato da norma tipificadora do ilícito e a finalidade preventiva e repressiva da sanção correspondente para concluir que a ofensa em questão, ainda que à luz do direito interno seja considerada um ilícito administrativo ou de mera ordenação social, possui natureza criminal para efeitos do art. 6.º, sendo indiferente a natureza e o grau de severidade da sanção correspondente à infração. Tal significa que no âmbito da validade normativa dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação, corolários do principio *nemo tenetur*, estes são aplicáveis a todo processo com natureza sancionatória

Vê-se, portanto, que o que pretende o TEDH é edificar um verdadeiro *corpus iuris* comum aos órgãos titulares de poderes punitivos, independentemente da sua natureza, funcionando a CEDH como norma consagradora de verdadeiros *standards* mínimos de proteção europeu aos direitos e garantias fundamentais, cujas leis dos Estados signatários não podem violar[16].

Apesar de concordarmos com os critérios para a qualificativa criminal utilizado pelo TEDH, entendemos que a delimitação do âmbito subjetivo de aplicação do princípio *nemo tenetur* – e por conseguinte do direito ao silêncio e à não autoincriminação – através de um critério baseado na possibilidade de antecipação de um processo sancionador a que pudesse servir a informação pretendida pela autoridade competente (*estatuto do acusado*), além de tornar discutível e controversa a distinção entre os casos em que, de fato, já exista uma suspeita contra quem os poderes coercitivos para a obtenção da informação recai, e aqueles em que tal suspeita não exista ou ainda não esteja assim tão claramente perceptível, também acaba por menosprezar o denominador normativo comum de ambas as situações: o fato de a informação que se pretende obter através dos métodos de coerção poder ser autoincriminatória em qualquer um dos casos, e por conseguinte ser propensa à condução de uma acusação contra o visado[17]. O juízo de prognose póstuma utilizado pelo TEDH para distinguir os casos em que a pendência do procedimento sancionatório a que pudesse servir a prova intentada é *antecipável,* daqueles outros em que a instauração é apenas *remota* ou *hipotética*, torna-se ainda mais complexo

16 Assim, os direitos consagrados pela CEDH não atuam como limites máximos de proteção, de modo a restringir os direitos e garantias consagrados pelas leis dos Estados signatários (art. 53.º da CEDH), mas apenas como um parâmetro mínimo de proteção, que em razão da identidade básica do Direito Sancionador – penal e administrativo- comporta a vigência de um substrato comum de regras e princípios aplicáveis a ambos os procedimentos, cf. Moreno Trapiella, 2013: 51 ss. e 72.

17 Em termos semelhantes Costa, 2011a: 11.

quando da requisição da informação não esteja excluída a possibilidade de dedução de uma acusação contra o requisitado. É nesse contexto que se situa a base do problema que aqui pretendemos discutir.

3. Critérios gerais para se concluir pela violação ao princípio *nemo tenetur* e o posicionamento do TEDH sobre o dever de colaboração

Conforme já anteriormente destacado, o TEDH relaciona o direito à não autoincriminação com o respeito pelo direito do acusado em permanecer em silêncio, podendo a violação desse último verificar-se em três hipóteses: i) casos em que o acusado, apesar da cominação, não presta declarações; ii) casos em que o acusado presta declarações em razão do uso prévio de meios coercitivos; iii) casos em que o acusado não presta declarações, sendo o silêncio valorado no âmbito do juízo probatório condenatório.

No primeiro caso, em que o acusado opta por não prestar declarações, o TEDH entende que a violação ao art. 6.º da CEDH continua a poder configurar-se, sendo aqui determinada pela decisão que estabelece a cominação e impõe a sanção pelo silêncio, independentemente do sucesso ou não do procedimento a que essa informação se destinava a ter. Neste sentido, a eventual invocação de violação dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação relaciona-se, no caso, com as hipóteses de sanção ao visado por recusa na prestação de informações de conteúdo potencialmente autoincriminatórios, passíveis de utilização em seu desfavor em processo de caráter sancionatório *pendente* ou *antecipável*[18].

Já quando o acusado presta declarações mediante o exercício prévio de poderes coercitivos, a violação ao referido artigo e, por conseguinte, ao *nemo tenetur*, relaciona-se com a utilização das referidas declarações no julgamento[19].

No que toca ao caso de o silêncio ser considerado no âmbito do juízo probatório em prejuízo do visado, entende o TEDH que haverá violação ao art. 6.º quando a condenação se basear exclusiva ou prevalentemente na recusa do acusado em prestar declarações ou apresentar elementos de prova, tendo em vista o princípio segundo o qual cabe à acusação provar os fatos que consubstanciam o crime sem a colaboração do acusado. Contudo, embora o silêncio

18 Tal entendimento restou concretizado no caso em análise e nos casos *Heaney and McGuiness c. Irlanda, Serves c. França, Shannon c. Reino Unido*, por exemplo.

19 Ilustra tal hipótese o acórdão extraído da jurisprudência do TEDH no caso *Saunders c. Reino Unido (Id.).* Para uma análise mais aprofundada e crítica sobre esse acórdão veja Riley, 2000: 264 ss.

do acusado não possa ser suficiente para, por si só, declarar a sua culpabilidade, nada impede que dele sejam inferidas consequências desfavoráveis quando, sob determinadas condições e em situações em que as circunstâncias concorrentes do caso claramente reclamem uma explicação razoável do acusado, possa o silêncio servir de elemento de corroboração dos elementos de prova existentes[20].

Por fim, segundo o TEDH, apesar dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação não serem absolutos, haverá violação às exigências consagradas no art. 6.º quando o nível de coerção utilizado pelas autoridades competentes destruir o núcleo essencial daqueles, não justificando essa violação razões de ordem pública, ainda que relacionadas com a segurança interna do Estado e com a repressão de certos crimes mais graves[21].

III. O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*

1. Breves considerações acerca do *nemo tenetur*

Surgindo como corolário de um conjunto de princípios que devem reger o processo para que ele possa ser justo e equilibrado (*fair trial*)[22], o *nemo tenetur* tem por objetivo evitar que o imputado de uma infração penal ou a quem possa

20 Neste sentido, veja os acórdãos prolatados pelo TEDH, nos casos: *John Murray c. Reino unido* (08.02.1996), *Condron c. Reino Unido* (02.05.2000), *Beckles c. Reino Unido* (08.10.2000), e *Averill c. Reino Unido* (06.06.2000). Contudo, o TEDH observa que a possibilidade de extrair consequências desfavoráveis do silêncio do acusado é uma faculdade do juiz que deve observar antes alguns requisitos: i) o acusado deve ser devidamente advertido das possíveis consequências de sua recusa em prestar informações; ii) somente a existência de um indício de prova de carga suficientemente séria demanda do acusado um resposta razoável, de modo que na falta desse indício de prova, o silêncio não pode contribuir para justificar sua condenação; iii) o órgão judicial deve motivar razoavelmente tanto sua decisão de extrair conclusões desfavoráveis do silêncio do acusado, como o peso que lhe concede. Não obstante a existência dos referidos critérios utilizados pelo TEDH, somos contrários à possibilidade de se poder extrair qualquer inferência em processo penal do silêncio em prejuízo do acusado, ainda que para corroborar outros elementos de prova, uma vez que o direito ao silêncio foi criado para proteger a liberdade de declaração e o uso de tais inferências coloca em risco o exercício dessa estratégia lícita de defesa. Nem mesmo em relação ao silêncio parcial é possível se extrair consequência negativas contra o acusado, uma vez que a liberdade de declaração não compreende somente uma decisão entre falar ou calar, pois que ao acusado é também permitido decidir o momento e a forma de como sua declaração será feita, cf. Rogall *apud* Neto, 1997: 194; Rogall, Hülhl e Schneider *apud* Roxin, 2003: 109. A favor da possibilidade de se extrair consequências desfavoráveis quando alguém decide declarar, guardando, porém, silêncio em relação a alguns pontos particulares acerca dos fatos que lhes são imputados, Roxin, 2000: 124.

21 Na análise dessa questão, o TEDH considera vários aspectos, entre eles a "natureza e grau de compulsão", a existência de "garantias relevantes no processo" e a "utilização dada ao material assim obtido", cf. acórdãos prolatados nos casos *Jalloh c. Alemanha*, §101, Queixa n.º 54810/00 (11.07.2006); *Allan c. Reino Unido*, Queixa n.º 54810/00, §44 (05.11.2002); *O'Halloran e Francis c. Reino Unido*, Queixa n.º 15809/02 e 25624/02, §55, (29.06.2007).

22 Para uma abordagem mais aprofundada acerca do conceito de *fair trial* ver Costa Ramos, 2006: 136 ss.

ser imputada tal prática possa ser transformado em meio de prova, de modo a colaborar involuntariamente com as autoridades públicas com competências processuais, através de coação, violência ou indução em erro, para sua própria incriminação, sendo, portanto, um princípio estruturante do modelo processual acusatório e do sistema democrático[23].

Tem por finalidade não somente garantir a liberdade de declaração, mas também a proteção de autoinculpações manipuladas pelo Estado[24], isto é, protege o suspeito ou acusado contra todas as formas coativas de declarações autoincriminatórias, assegurando-lhe, assim, um amplo direito ao silêncio ou liberdade de declaração. Portanto, as regras do *nemo tenetur* destinam-se não só à limitação e prevenção de abusos e perseguições por parte do Estado, como também à garantia da dignidade e plena liberdade de autodeterminação do suspeito e do arguido [25].

É a partir dele que se desdobram os direito ao silêncio e à não autoincriminação[26] que, embora não tenham o mesmo conteúdo, estão intimamente ligados, podendo-se afirmar que aquele constitui o núcleo do referido princípio[27]. Isso porque, em nosso entender, o *nemo tenetur* possui uma área mais central (nuclear) relacionada como direito ao silêncio, e outra mais abrangente relacionada com o direito ou privilégio à não autoincriminação. Neste sentido, o direito ao silêncio restringir-se-ia apenas à colaboração do arguido na sua incriminação por meio de declarações verbais sobre os fatos que lhes são imputados, estando em causa, portanto, apenas o meio de prova por declaração[28], enquanto que o direito ou privilégio à não autoincriminação seria

23 Cf. Silva Dias, 2010: 242; Costa Andrade 2013: 120 ss.

24 V. Roxin, 2009: 167. Assim, o tribunal alemão decidiu em 14 de julho de 1960 que a gravação secreta de diálogo com o suspeito não poderia ser utilizada como meio de prova sem o consentimento deste último, cf. Prado, 2014: 88.

25 Cf. Mazza, 1994: 833 e Yanyou, 2009: 205, este último mais precisamente no que toca ao privilégio contra a autoincriminação.

26 Cf. Costa Pinto, 2009: 104; Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 39.

27 Neste sentido, Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 21; Alfafar, 2012: 326.

28 Neste sentido, Costa Pinto, 2009: 97; Pinto, 2010:108. Em sentido contrário, entendendo que o direito ao silêncio se consubstancia num direito a não ser obrigado a fornecer prova da sua culpabilidade em sentido amplo, abarcando não apenas declarações do arguido em sentido estrito e sobre os fatos imputados, mas também as declarações por meio de documentos, da indicação do lugar onde se encontra o meio de prova, está Costa Ramos, 2006: 133. Também assim, Ferreira, 2013: 214, defende que o direito ao silêncio assume um significado mais amplo do que o direito à não autoincriminação, que seria apenas uma das suas vertentes.

mais abrangente e englobaria, sem distinção, qualquer conduta ativa e de tolerância passiva que pudesse levar alguém a de alguma forma contribuir para a sua própria incriminação, tais como declarações, exames e documentos que se encontrem cobertos pela reserva da vida privada[29].

Tal não significa que as normas que consagram o direito ao silêncio fiquem sempre restritas à prova por declaração (concepção minimalista) e não possam ter seu âmbito de aplicação estendido à prova documental ou qualquer outra (concepção maximalista), uma vez que aquelas devem ser interpretadas teleologicamente de maneira ampliativa, de modo a que a invocação desse direito seja analisada tendo em conta os fins que a norma pretende alcançar e os interesse postos em conflito[30].

Com efeito, por meio do surgimento do *nemo tenetur* consagra-se a ideia de arguido não mais como mero objeto do processo, mas como sujeito processual, que em decorrência dessa sua condição é destinatário de direitos e garantias[31], de sorte que qualquer colaboração sua para a investigação e persecução penal deve advir da sua livre manifestação de vontade, e, de toda forma, ser advertido pelas autoridades das consequências desta.

Tais garantias processuais, consagradas através dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação, têm por objetivo justamente diminuir ou atenuar as desigualdades materiais entre a acusação e o arguido, o qual se encontra em uma situação vulnerável ao ser objeto de uma acusação ou investigação criminal[32]. Além disso, nos países em que existe a figura do perjúrio, o direito ao silêncio ou o direito à não autoincriminação tem como *ratio* evitar o "*cruel trilemma*" de o Estado obrigar o suspeito a fazer escolhas como a de ter que responder com verdade, autoincriminando-se; recusar-se a responder e postergar o interrogatório, correndo o risco de o silêncio ser interpretado com uma admissão de culpa; ou mentir e cometer crime de perjúrio (teoria das escolhas cruéis)[33].

---

29 Assim, Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 21; Alfafar, 2012a: 326; Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 43 ss.

30 Cf. Alfafar, 2012b: 35; Sá, 2004:188.

31 A posição de sujeito processual do imputado concretiza-se através de uma série de garantias previstas no CPP, tais como o direito de ser ouvido pelo juiz, solicitar provas, estar presente nas audiências, formular perguntas a testemunhas e peritos, interpor recursos, e etc.

32 Cf. Alfafar, 2012a: 328.

33 O argumento de que há um "cruel trilemma" não se dá em razão da natureza das escolhas, mas decorre do princípio segundo o qual o Estado deve agir de uma maneira humana, sendo intuitivamente desumano obrigar alguém a autoprejudicar-se, mesmo que o prejuízo seja justificável quando infligido por outros,

A consagração dos referidos direitos permite, dessa maneira, que o suspeito se recuse a responder sem correr o risco de inferências adversas poderem ser extraídas[34].

Portanto, verifica-se que os direitos ao silêncio e à não autoincriminação objetivam assegurar que o indivíduo não seja utilizado como meio de prova, seja estritamente no campo da prova testemunhal, prestando declarações, seja em um âmbito mais abrangente, submetendo-se a outros meios de obtenção de prova, que podem atingir a sua própria dignidade como pessoa, a sua liberdade de escolha – acerca do "se" e "quando" colaborar – e as suas garantias de defesa. Isso não significa que os referidos direitos possam ser interpretados como um direito de recusa ilimitada de qualquer forma de colaboração com a justiça, mas tão somente como um direito de não colaborar, não fornecer prova, para sua própria incriminação, sendo titulares deste direito não apenas o arguido, como os suspeitos do cometimento de uma infração criminal, ou mesmo aqueles sem procedimento investigatório instaurado pelo Estado, mas que podem produzir prova que facilite a sua autoincriminação[35].

Embora a Constituição portuguesa não tutele expressamente o direito ao silêncio e à não autoincriminação, ao contrário de outras Constituições [36] e à semelhança da Constituição Alemã, é pacífico o entendimento doutrinário da sua natureza constitucional implícita[37].

---

cf. Macculloch, 2006: 217. Essa teoria é, contudo, criticada por Dennis, 1995: 359, com o argumento de que essa concepção assume a premissa de que o suspeito é culpado, posto que um suspeito inocente não teria nada a perder ao responder as perguntas com veracidade, não havendo, nesse último caso, nenhuma crueldade em obrigá-lo a falar. Sobre esse tema veja também Stein & Seidman, 2000: 430 ss.

34 Dennis, 1995: 359.

35 Cf. Costa Ramos 2006: 133; Maia, 2012: 174.

36 As Constituições Brasileira, Espanhola e Americana tutelam expressamente o direito ao silêncio nos artigos 5.°, LXIII; 17.°, n.º 3 e art 24.°, n.º 2; e na 5a Emenda, respectivamente.

37 Tal consenso não ocorre, porém, em relação ao seu fundamento jurídico-constitucional, apontando a doutrina a existência de duas correntes. Para a primeira corrente, designada como *substantiva* o princípio *nemo tenetur* decorre diretamente de direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, direito à integridade pessoal, à privacidade, ou ainda desenvolvimento da personalidade, cf. Klaus Rogall e Hartmut Schneider *apud* Costa Ramos, 2007: 60; Roxin, 2009: 90 ss.; Costa Andrade, 2014: 159 ss. Já para a segunda corrente, designada por *processualista* e prevalecente na doutrina portuguesa, o princípio encontra o seu fundamento imediato nas garantias processuais asseguradas ao arguido, tais como o princípio da presunção de inocência (Palma,1995: 109), o princípio do processo equitativo (Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 15; Costa Andrade, 2013: 125 ss.; Martins, 2014: 37; Costa Ramos, 2007: 71), ou ainda enquanto dimensão tácita do direito de defesa (Costa Pinto, 2009: 99). Contudo, mesmo para os adeptos desta última corrente, é aceito que o princípio *nemo tenetur* protege reflexamente os direitos fundamentais referidos pela corrente substantivista (Silva Dias & Costa Ramos; 2009: 15; Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 42; Alfafar, 2012a: 330).

No âmbito internacional, vários foram os instrumentos que consagraram o direito ao silêncio e à não autoincriminação quer explícita, quer implicitamente, e, entre eles, podemos citar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 19 de dezembro de 1966[38], a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948[39], e a CEDH[40].

No sistema processual penal português, o *nemo tenetur* encontra-se expressamente consagrado no Código de Processo Penal (CPP) como uma variante de um amplo direito ao silêncio (arts. 61.º, n.º 1, alínea *d)*, 132.º, n.º 2, 141.º, n.º 4, al. *a)*, e 343.º, n.º 1), sendo considerados titulares deste direito o arguido, bem como todas as pessoas que, a despeito de ainda não estarem formalmente acusadas, sejam colocadas na condição de suspeito, sendo pressionadas por agentes da administração da justiça penal a prestar declarações incriminatórias contra si[41].

Desfruta, também, do direito ao silêncio e do direito à não autoincriminação a testemunha, a qual pode negar-se a dar informações diante de uma pergunta cuja resposta possa submeter a ela ou a determinados familiares ao risco de uma investigação por ilícito penal ou administrativo (art. 132.º, n.º 2 e 134.º, do CPP)[42]. Nessa situação, esta, além do suspeito e do arguido, também deve ser esclarecida acerca do seu direito ao silêncio e à não autoincriminação pelas autoridades judiciárias e pelos órgãos de polícia criminal, sendo o seu incumprimento sancionado não apenas com a proibição de uso, como também da valoração destas declarações como prova (art. 58.º, n.ºs 2 e 5 do CPP)[43],

38 No PIDCP, o direito ao silêncio encontra-se expressamente estabelecido no art. 14.º, n.º 3.

39 Na DUDH, o direito à não autoincriminação pode ser inferido implicitamente dos arts. 5.º e 11.º, n.º 1.

40 Apesar da CEDH não consagrar o direito ao silêncio e à não autoincriminação de maneira expressa, o TEDH reconheceu-os no âmbito das garantias do art. 6.º n.ºs 1 e 2 da CEDH, vide item II.1 *supra.*

41 Cf. Silva Dias & Costa Ramos (2009: 20), Alfafar (2012a: 333) e Sousa Mendes (2007: 604).

42 Explica Neto (1997: 190), que o sentido dessa proteção à testemunha está em "poupar determinadas pessoas do conflito interno entre o *dever de verdade e o amor de família*", além de ser extremamente questionável a credibilidade deste depoimento para justificar uma interferência desta natureza na esfera familiar. Contudo, como muito bem salienta Alfafar (2012b: 53), a garantia que resulta dos referidos preceitos do CPP Português não se equipara ao direito do arguido "na medida em que a testemunha tem sempre que fazer apelo à emergência do perigo que resulta para si mesma da sua resposta".

43 A proibição de admissibilidade da confissão voluntária pode ser invocada pelo arguido também quando existam dúvidas sobre a devida e atempada instrução do arguido acerca dos seus direitos, aplicando-se aqui o princípio do *in dubio pro reo mutatis mutandis*, cf. Roxin, 2009: 91. O mesmo ocorrerá com a omissão de advertência ao acusado sobre o seu direito a consultar um profissional de Direito, haja vista que o *nemo tenetur* como um princípio decorrente do direito de defesa impõe que o acusado, em razão de sua

incluindo as provas secundárias, salvo se neste último caso pudessem ser obtidas diretamente através de um comportamento lícito alternativo[44].

Com efeito, os direitos ao silêncio e à não autoincriminação, corolários do *nemo tenetur*, não possuem caráter absoluto[45], podendo, em determinadas condições, ser legalmente restringidos, conforme se infere, no âmbito do processo penal português, da obrigação de sujeição a exames no âmbito das pericias médico-legais (Lei n.º 45/2004, de 29 de agosto), e do dever de responder com verdade às perguntas sobre a sua identidade (art. 61.º, n.º 3, alínea *b)* do CPP), sob pena de incorrer em crime de desobediência (art. 349.º do CP) ou falsas declarações (art. 359.º do CP)[46]. Porém, os métodos estatais de prevenção e controle de crimes, utilizados para a busca da verdade real, possuem limites, dos quais o direito à não autoincriminação, o princípio da proporcionalidade e o direito à privacidade são exemplos, a fim de se tornarem compatíveis com a proteção dos direitos do arguido[47].

---

inexperiência legal, possa decidir sobre o direito de confessar ou não os fatos de maneira mais apropriada, v. Roxin, 2009: 93. Além disso, se o indivíduo pobre declara que pretende um advogado antes de exercer esse direito de escolha, deverá a polícia garantir-lhe a presença de um oficioso, sob pena de a advertência do direito a consultar um advogado ser entendida apenas como a possibilidade de o fazer se tiver recursos para contratar um, cf. Warren, 1998: 108 ss. A presença de uma advogado servirá neste caso como um "instrumento para que se efective um verdadeiro contra poder", cf. Bandeira, 2011: 96 ss. Entendemos, ainda, que em sede de investigações preliminares que ocorram de forma secreta, deverá ser criada a figura do "proto- ou pré-defensor" na linha do defendido por Schünemann, 2012: 655, que, diferentemente do defensor privado, seria financiado pelo Estado e estaria obrigado a manter sigilo em relação ao indiciado, tendo a atribuição de zelar pelos interesses deste e de exercer um papel de controle de todas as medidas secretas tomadas na investigação. Nesta seara, o referido autor vê na Defensoria Pública Brasileira um modelo de referência a ser estudado pelo processo penal dos países europeus.

44 Cf. Antunes, 1992: 26; Sousa Mendes, 2007: 604 ss.

45 Cf. Silva Dias & Costa Ramos (2009: 74), Martinho (2013: 294), Sousa Mendes (2009: 15; 2010: 138); Menezes (2010: 132), Curado (2012: 262). Em sentido contrário, Costa Andrade, 2014: 15 ss. Igualmente, sustentando uma concepção de irredutibilidade no que toca à vertente do direito à não autoincriminação, a impedir qualquer restrição e ponderação com outros interesse sociais, Yanyou, 2009: 209.

46 O mesmo ocorre quanto às perguntas relativas aos seus antecedentes criminais, com exceção da fase de julgamento, haja vista a declaração de inconstitucionalidade do n.º 2 do art. 342.º do CPP, pelo Tribunal Constitucional Português no acórdão n.º 695/95. Mas, antes mesmo dessa decisão, a professora Maria Fernanda Palma já defendia a inconstitucionalidade de todo o art. 342.º do CPP – cf. Palma, 1995: 101 ss.

47 Neste sentido, destaca Neto, 1997: 180 ss., que a busca da verdade real não é um fim em si mesma, não podendo ser alcançada a qualquer preço, senão de forma dosificada, em respeito aos referidos princípios e direitos por nós acima citados, os quais servem de barreiras àquela.

IV. *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE* E O DIRETO PÚBLICO SANCIONTÓRIO

1. Validade do *nemo tenetur* em todo o direito público de caráter sancionatório

Após as considerações acerca do princípio *nemo tenetur* e dos direitos ao silêncio e à não autoincriminação, a questão que se coloca agora e que se mostra imprescindível à resolução do problema é a de saber se e em que medida esses direitos também valem no âmbito de todo e qualquer direito público sancionatório, em especial em relação aos ilícitos administrativos ou contraordenacionais [48].

Não obstante as diferenças qualitativas e quantitativas das sanções aplicadas no procedimento sancionatório administrativo e penal, a doutrina[49], corroborada pela jurisprudência do próprio TEDH[50], sustenta que os referidos direitos possuem validade também nos primeiros, dado que ambos são manifestações do poder punitivo estatal e acarretam a imposição de penalidades de mesmo conteúdo axiológico. Neste sentido, a própria Constituição Portuguesa, no seu artigo 32.º, n.º 10, dispõe que "nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e de defesa", a demonstrar a vontade do Constituinte de que os direitos e garantias de defesa valessem em todo o direito sancionatório[51]. *A contrario sensu*, isso significa que o *nemo tenetur* não vigora onde não possa haver a imposição de uma sanção[52].

Apesar de a possibilidade de aplicação dos princípios e direitos do processo penal ao processo administrativo sancionador, a doutrina reconhece que essa

---

48 O modelo das contraordenações tem sua origem na ordem jurídica alemã, logo após a 2.a Guerra mundial, em decorrência de um movimento de descriminalização, em que se procurou desjudicializar as funções relativas à averiguação e sancionamento de condutas desligadas de fundamentos ético-sociais, mas apenas relacionadas a razões estratégicas e utilitárias de ordenação social, sendo pela primeira vez consagrado em Portugal através do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de julho por direta atuação do professor Dr. Eduardo Correia (cf. Figueiredo Dias, 1998a: 21 ss.). Para mais informações sobre a origem das contraordenações, veja também Costa Andrade, 1998: 75 ss. e Machado; 1998: 151.

49 Cf. Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 44 ss.; Costa Ramos, 2007: 73; Alfafar, 2012a: 337; Garberí Llobregat, 1989: 74-77; Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 22; Artetxe Palomar, 1995: 23; Curado, 2012: 263; Sá, 2004: 187 e 196.

50 Vide item II.2 *supra.*

51 Cf. Faria Costa, 2009: 49. O próprio art. 32.º do Decreto-Lei n.º 433/82, ao preceituar que as normas do Código Penal constituem direito subsidiário relativamente ao direito substantivo das contraordenações, demonstra que, se este último não é direito penal, é em todo caso direito sancionatório de caráter punitivo.

52 Cf. Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 22.

transposição não se pode dar de forma automática e integral, mas com algumas matizes, haja vista as peculiaridades deste último[53]. Daí que, para saber em que medida elas são aplicadas, é necessário refletir acerca da razão de ser destas garantias no âmbito do processo penal e se faz sentido transpô-las com a mesma amplitude para o domínio do processo administrativo[54].

Entre as peculiaridades dos ilícitos administrativos (ou de mera ordenação social como são chamados em Portugal) destaca-se que estes concretizam mecanismos de política sancionatória que têm por finalidade obrigar os seus destinatários ao cumprimento de normas administrativas, sendo certo que, por estarem relacionados a comportamentos, via de regra, considerados neutros ou eticamente pouco ou nada gravosos, a sociedade como um todo não os considera delituosos, diferentemente do que sucede com os ilícitos criminais[55]. Por isso, são punidos com aplicação de sanções meramente pecuniárias (coimas)[56] que, dependendo do ilícito, podem vir associadas a sanções acessórias que se mostrem adequadas à situação concreta e à gravidade da conduta.

A baixa gravidade, via de regra, destas sanções permite que o processo para sua aplicação e apuração do ilícito correspondente seja menos garantista, mais célere e simplificado do que o do processo penal[57], cujas sanções podem acarretar a privação de um dos bens mais preciosos do ser humano, qual seja, a liberdade de ir e vir.

---

53 Assim, destaca Reis Silva, 2007: 61 ss., que as regras processuais penais não podem ser aplicadas de maneira integral no direito de mera ordenação social, sob pena de com tal aplicação desaparecer a diferenciação existente entre esses dois tipos de ilícitos. Já a aplicação do princípio da presunção de inocência, nomeadamente ao nível do ónus da prova e do princípio *in dubio pro reo* é, para a autora, inquestionável.

54 Cf. Garberí Llobregat, 1989a: 76.

55 Cf. Coelho, 2012: 446; Figueiredo Dias, 1998a: 23-29; 1998b: 49.

56 Segundo Correia, 1998: 17, o direito de mera ordenação social é protegido não através de penas, mas de "reações que cabe à Administração impor e que se definem ou caracteriza pela circunstância de se limitarem a exprimir uma mera advertência ou censura social, independentemente de todo sentido ético-jurídico". Essas reações materializam-se através da aplicação de coimas que, diferentemente das multas e das penas privativas de liberdade, não possuem a finalidade retributiva (ou de expiação de uma culpa ética) e ressocializadora, tendo apenas uma finalidade admonitória conducente à observância de certas determinações ou proibições legislativas para preservação de uma certa "ordem social", cf. Coelho, 2012: 448; Figueiredo Dias, 1998a: 30. Por isso, no dizer de Costa Andrade, 1998: 95 e 102, a sanção da contraordenação não passa de uma medida preventiva "de coerção administrativa-disciplinar", sendo caracterizada como uma espécie de aviso ao cidadão que faltou ao seu dever de colaborar na prossecução dos interesses do Estado.

57 De acordo com Ledesma Muñiz, 2009: 13, no sistema de vigilância e disciplina em matéria de tráfego rodoviário, a existência de um processo sancionador rápido e ágil, que minimize o tempo entre a ocorrência da infração e a aplicação da sanção, é fundamental para prevenir os acidentes e diminuir a sinistralidade.

Não se pode olvidar, porém, que atualmente está cada vez mais difícil – ou mesmo impossível em algumas situações – distinguir quando se está diante de um ilícito penal ou administrativo (ou contraordenacional), dada a crescente onerosidade e complexidade das sanções e procedimentos deste último e decrescente daquele[58].

Os próprios códigos penais vêm cada dia mais reduzindo de forma substancial os seus sistemas de penas, enquanto também reduzem e simplificam os procedimentos atinentes a alguns crimes, a exemplo do que ocorre com os procedimentos dos Juizados Especiais Criminais no Brasil (Lei n.º 9.099/95)[59].

Por sua vez, a gravidade das sanções administrativas (coimas), em determinadas matérias – designadamente, tributárias e de tráfego viário – tem sido elevada a níveis, inclusive, superiores aos das próprias penas de multa, a justificar um regime mais rigoroso e garantista que compense o maior rigor punitivo que as caracteriza e que, por isso, muito se assemelha às infrações penais clássicas[60].

Dessa maneira, podemos concluir que a razão de ser do *nemo tenetur* também se faz sentir em todo direito público sancionatório, devendo as garantias processuais previstas para o processo penal ser aqui aplicadas – ainda que com certas restrições – uma vez que neste âmbito o visado também se encontra em uma especial situação de vulnerabilidade por estar sujeito a uma investigação com

58 Também assim, Junceda Moreno, 1996: 124. Igualmente, Costa Pinto, 1998: p. 271, destaca o atual desvio do Direito de Mera Ordenação Social da ideia da *insignificância qualitativa* e *insignificância quantitativa*, segundo a qual foram criadas.

59 No Brasil, os crimes e contravenções, cuja pena privativa de liberdade, abstratamente prevista pelo legislador não ultrapasse a 2 anos, são julgados por um tribunal especializado em crimes de menor potencial ofensivo, sendo-lhes aplicado um procedimento diferenciado dos demais crimes, com ênfase na oralidade, simplicidade e rapidez.

60 Neste sentido, a doutrina portuguesa destaca a necessidade de se diferenciar as *contraordenações clássicas* relacionadas com as infrações leves facilmente investigadas, sujeitas a procedimentos mais simplificados e a sanções brandas e com limitadas implicações sociais, das *contraordenações modernas* – referentes aos setores de grande regulação econômica, financeira, industrial e ambiental, cujas coimas são mais severas e estariam sujeitas a um processo mais complexo que justificariam uma aplicação maior dos princípios e garantias atinentes ao procedimento penal, cf. Silva Dias, 2010: 238-239 e Alfafar, 2012a: 338. Contudo, a simplificação do procedimento do regime das contraordenações clássicas não significa que fiquem reduzidas, em termos inaceitáveis, as garantias de defesa, as quais devem ser asseguradas adequadamente – cf. Correia, 1998: 14 e 18. Já em relação aos atentados contra o meio ambiente, há quem sugira a criação de um novo ramo do direito designado por Hassemer, 1996: 329 ss. de "direito de intervenção" (*Interventionsrecht*), cuja tarefa primordial é a prevenção de riscos globais ao meio ambiente.

possibilidade de punição, não sendo este quem deve provar a sua inocência, mas sim a autoridade quem deve provar a sua culpa[61].

2. Restrições ao *nemo tenetur* no âmbito do processo administrativo e contraordenacional

a) O dever de colaboração versus direitos ao silêncio e à não autoincriminação

No âmbito administrativo e contraordenacional as restrições ao *nemo tenetur* situam-se no campo do cumprimento de obrigações legais, as quais se impõem dada a necessidade de fiscalizar e supervisionar determinadas atividades imprescindíveis ao regular funcionamento do Estado. Entre essas obrigações estão inseridos os deveres de colaboração sobre as pessoas singulares e coletivas que, por óbvio, acabam, em certas situações, por poder colidir com o *nemo tenetur*, na medida em que, não atendendo às solicitações, por entender que a declaração e/ou a entrega de documentos são autoincriminatórios, estão sujeitas a sofrer sanções pecuniárias (multa administrativa/coima) ou a responder por crime de desobediência.

Diante dessa problemática, importa ora averiguar se os deveres de colaboração estabelecidos no âmbito de determinadas atividades prevalecem sobre o *nemo tenetur*. Caso a resposta seja negativa, ainda nos devemos perguntar a partir de que momento os seus destinatários podem recusar legitimamente a cumpri-los, invocando este princípio e, ainda, qual seria o âmbito de extensão deste último nessa situação. Já se a resposta for afirmativa, devemos ainda refletir se o *nemo tenetur* deve ser totalmente aniquilado, ou apenas restringido, havendo um espaço de realização do mesmo passível de ser salvaguardado.

Apesar do imenso debate relacionado com a matéria, mormente no âmbito tributário, da concorrência e dos valores mobiliários, considerando o limite do nosso trabalho, apenas destacaremos aqui, resumidamente, três correntes doutrinárias: (i) a que possui uma interpretação mais restritiva do *nemo tentur,* preconizada por Costa Pinto; (ii) a que aceita que o *nemo tenetur* pode ser legalmente restringido, defendida por Figueiredo Dias, Costa Andrade e Sousa

61 Assim, também, Alfafar, 2012b: 94. Cumpre ressaltar que apesar de o direito ao silêncio e à não autoincriminação não terem consagração expressa no processo de mera ordenação social, o art. 41.º, n.º 1 do RGCO (Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro) determina a aplicação subsidiaria das normas de processo penal, donde se conclui que estes aqui se aplicam.

Mendes; (iii) e ainda a que defende a possibilidade de se compatibilizar o *nemo tenetur* com o dever de colaboração, defendida por Silva Dias e Costa Ramos.

De acordo com a tese mais restritiva, defendida por Costa Pinto (2009: 95 ss.), o direito ao silêncio, que tem fundamento constitucional na previsão dos direitos de defesa (art. 32.º, n.º 1, da CRP), abrange somente as declarações orais, mas não a entrega de documentos e elementos que estejam em poder da pessoa física ou jurídica visada e que lhe sejam requeridas pela autoridade competente no exercício da sua atividade reguladora e fiscalizatória. Referindo-se ao dever de colaboração das entidades sujeitas à supervisão da CMVM, o referido autor salienta a indispensabilidade do seu cumprimento para a eficácia do regime da supervisão dos mercados de valores mobiliários e para a concretização das condições de funcionamento do sistema financeiro, constitucionalmente protegidas (art. 81.º, al. *f),* e art. 101.º), de sorte que o cumprimento de tais deveres seria uma contrapartida ao privilégio de acesso ao mercado conferido àqueles, valendo tanto na fase de supervisão como aquando da instauração do processo de contraordenação[62].

No entanto, Costa Pinto (2009: 92) reconhece a possibilidade de se estender as garantias de defesa do arguido, designadamente o direito ao silêncio, a partir da instauração de um processo sancionatório em que se imputa formalmente a prática de um infração. Fundamenta seu entendimento com base no art. 50.º do RGCO, argumentando que neste regime a identificação de alguém como arguido pressupõe a imputação de uma contraordenação, que se materializa juridicamente através de um auto de notícia ou de uma acusação, pois antes disso a lei identifica a pessoa apenas como agente, mas não como arguido. Desta maneira, entende o autor que numa prévia fase de supervisão, em que não há ainda arguido, posto que não houve o confronto com qualquer infração, as garantias processuais, entre as quais o direito ao silêncio está inserido, não existem. Após a instauração do procedimento sancionador, o dever de colaboração, relativamente aos fatos que possam levar a uma responsabilização, cessa parcialmente, na medida em que se reconheça que uma ausência de resposta corresponde ao direito ao silêncio[63].

Segundo o referido autor, a fase de supervisão e a fase organicamente administrativa do processo contraordenacional não pode ser equiparada ao regime do inquérito criminal, haja vista a necessidade de se respeitar autonomia

62 Costa Pinto, 2009: 70 ss..

63 Costa Pinto, 2009: 92.

daquele tipo de processo e os limites de aplicação das normas de processo penal como direito subsidiário – que apenas se aplicam na omissão de regulamentação de determinada matéria no RGCO (art. 41.º, n.º 1)[64]. Além disso, por a fase de fiscalização não integrar o processo de contraordenação, ainda que se recolha provas para posterior instrução de procedimentos sancionatórios – quer ao nível dos processos de contraordenação, quer ao nível das averiguações preliminares em crimes contra o mercado – a relação existente entre a supervisão e o processo sancionatório não pode ser a que existe entre inquérito e julgamento em processo penal[65]. Em razão disso, o aproveitamento dos elementos (declarações e documentos) colhidos em decorrência dos deveres de colaboração impostos ainda na fase de supervisão e fiscalização para instruir os processos sancionatórios de contraordenação seria legítimo, sob pena da proibição desse uso acarretar "uma zona franca de reponsabilidade", pois que qualquer elemento entregue à supervisão que posteriormente viesse a ser relacionado a uma infração não poderia ser usado como prova, inutilizando, dessa maneira, as competências de supervisão[66].

Por sua vez, Figueiredo Dias e Costa Andrade (2009: 42 ss.) reconhecem que os direitos ao silêncio e à não autoincriminação estendem-se a todos os processos em que possam ser aplicadas sanções de caráter punitivo, ainda que diante de deveres de colaboração, mormente quando do seu cumprimento possa resultar o perigo de persecução criminal. Contudo, admitem que tais direitos não são absolutos, de modo que podem ser legalmente restringidos através da imposição de deveres de colaboração, cujo cumprimento é necessário para o desempenho das funções de controle e vigilância exercidas por algumas entidades públicas em relação a certas atividades que possam colocar em risco bens fundamentais de natureza social ou coletiva[67]. Essa obrigação legal de prestar informações no âmbito de um processo de fiscalização e supervisão, por sua vez, não prejudica o direito ao silêncio em sentido estrito no âmbito

64 Costa Pinto, 2009: 87 ss. Argumenta o autor que, diferentemente do ocorre no inquérito, a fase organicamente administrativa do processo contraordenacional pode terminar com uma decisão com conteúdo sancionatório efetivo.

65 Costa Pinto, 2009: 80-81.

66 Costa Pinto, 2009: 105-107. Concordando com esse entendimento, e defendendo a tese de que as entidades estão obrigadas a fornecer todos os elementos requeridos através dos deveres de colaboração impostos legalmente, ainda que desse dever possa resultar a evidência da prática de um infração contraordenacional no âmbito do mercado de valores mobiliários, Bolina, 2012: 422-424.

67 Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 48 e 49.

de um eventual processo sancionatório criminal ou contraordenacional posterior, podendo o arguido recusar-se a responder em interrogatório, a partir do momento em que é comunicado formalmente da infração que lhe é imputada e estiver submetido a um procedimento sancionatório, por ser esse o momento em que é constituído arguido e adquire as garantias de defesa estabelecidas no art. 61.º do CPP, por força do art. 50.º do RGCO[68].

Argumentando que o Código de Valores Mobiliários (arts. 358.º, al. "e", 360.º, n.º 1, al. "e" e 408.º, n.º 1) deixa claro que o procedimento das contraordenações é parte integrante da supervisão levada a efeito pela CMVM, os autores afirmam que esta tem competência para processar e sancionar os ilícitos administrativos de que tome conhecimento neste âmbito[69]. Dessa maneira, concluem que o aproveitamento das informações obtidas no âmbito de supervisão, para instruir um processo contraordenacional, não se revela violador do *nemo tenetur*, mas uma restrição legalmente prevista e constitucionalmente admitida, a qual é necessária para a eficácia da atividade de supervisão[70].

Compartilhando desse entendimento, e sem negar a existência dessas garantias processuais no âmbito das atividades de supervisão e de fiscalização, Sousa Mendes (2010: 138) defende a possibilidade do *nemo tenetur* ser aqui restringido, ao argumento de que o exercício das atividades econômicas não é absolutamente livre, estando sujeito a restrições e condicionamentos, entre os quais se inserem os deveres de colaboração. Por isso, se os particulares querem ser autorizados a desempenhar tais atividades, é razoável que tenham de abdicar de algumas dessas garantias de proteção diante do Estado, em lealdade a este. Isso justificaria uma eventual redução das garantias de defesa no processo sancionador especial por práticas restritivas da concorrência. Outras garantias, por sua vez, se fariam presentes neste âmbito, tais como o direito do particular de ser informado que corre contra si inquérito quando tiver de se sujeitar a diligências de investigação promovidas pela autoridade em causa,

68 Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 49 e 51.

69 Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 24 e 25.

70 Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009. Necessário salientar, por oportuno, que atualmente Costa Andrade não mais admite qualquer possibilidade de o contribuinte ser levado a colaborar ativamente (declarações e documentos) para sua condenação, e por conseguinte, defende a impossibilidade de utilização/valoração, em processos criminal, das provas obtidas no processo administrativo tributário – cf. Costa Andrade 2014: 136 ss.

e o direito de se fazer acompanhar por advogado em todas as circunstâncias do processo, nos moldes do art. 61.º, n.º 1, al. *f)* do CPP[71].

Para o referido autor, não obstante as garantias de defesa existentes no processo sancionatório especial de alguns âmbitos (prática restritivas da concorrência, por exemplo) afastarem-se, em muitos aspetos, daquelas existentes no processo penal e no processo de mera ordenação social, deve ser salvaguardado um aspecto essencial da prerrogativa de não autoincriminação: o visado de uma investigação tem o direito de não fornecer respostas através das quais possa ser levado a admitir a prática de uma infração [72].

Vê-se, dessa forma, que, para este último autor, não é o fato de existir um processo contraordenacional instaurado que faz cessar o dever de colaboração; este continua a existir, mas é um dever de colaboração informado com direitos de defesa associados.

Já para uma terceira corrente, sustentada por Silva Dias e Costa Ramos (2009: 76), o direito à não autoincriminação – chamados por eles de direito à não autoinculpação quando no âmbito dos processos sancionatórios em geral – possui uma extensa amplitude, abrangendo não só declarações verbais (direito ao silêncio em sentido estrito), como quaisquer formas de cooperação, tais como a entrega de documentos e outros elementos de prova.

Segundo os autores, os deveres de colaboração abstratamente impostos, apesar de restringirem o princípio *nemo tenetur*, não colidem por si só com o mesmo, valendo irrestritamente na fase de supervisão, na qual o princípio ainda não possui vigência. A colisão apenas existirá a partir do momento em que haja a suspeita da prática de uma infração e a entidade supervisora se sirva dos seus poderes de fiscalização e se aproveite dos referidos deveres de colaboração para encetar processo contraordenacional às custas do visado, transformando-o em instrumento da própria condenação. Nesse momento, deverão os deveres de cooperação ceder, não mais tendo validade[73].

Tal entendimento aplica-se mesmo no âmbito de algumas atividades essenciais para o desenvolvimento econômico e social do Estado, sendo certo que as especialidades atinentes às suas atividades supervisora e sancionatória não

71 Sousa Mendes, 2010: 138 ss. Nesse sentido, o autor é favorável à utilização dos elementos obtidos em procedimentos de supervisão como meio de prova em processo sancionatório, mas desde que haja prévio esclarecimento da autoridade supervisora às pessoas supervisionas acerca da possibilidade da utilização destes elementos (princípio da lealdade) – cf. Sousa Mendes, 2012: 316.

72 Sousa Mendes, 2010: 138 ss.

73 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 74 ss.

permitem que se crie uma barreira fronteiriça entre o processo meramente administrativo e o processo sancionatório[74]. Assim, sempre que haja mera suspeita de infração e a autoridade administrativa requeira informações ou documentos às pessoas singulares ou coletivas, deve-lhes comunicar que a partir daquele instante estão sendo constituídas arguidas num processo sancionatório, com a consequente assunção dos direitos previstos nos arts. 60.º e 61.º do CPP, sendo certo que, caso a constituição de arguido não ocorra por ação da autoridade administrativa, poderá o visado requerê-la nos moldes do art. 59.º, n.º 2, do CPP.

De toda a forma, as informações e documentos entregues voluntariamente por parte das pessoas visadas não inviabilizarão a sua utilização como prova em processo contraordenacional ou penal futuros, mas desde que a autoridade administrativa lhes informe, antecipadamente, o seu direito de recusar a colaborar, sempre que da mesma possa decorrer a revelação de fatos autoincriminatórios, sob pena de os elementos probatórios fornecidos não poderem ser valorados. Essa comunicação prévia justifica-se pela contaminação entre os processos de inspeção e de inquérito, do qual emerge o risco de autoincriminação[75]. Logo, para esta última corrente, não é o fato de a lei integrar na mesma autoridade as competências supervisora e sancionatória, nem o estabelecimento de deveres de colaboração por si só, que viola o *nemo tenetur,* mas o modo (desleal) como os referidos deveres são utilizados pela entidade supervisora[76].

Entendemos, na linha de Silva Dias e Costa Ramos, que a mera existência dos deveres de colaboração em abstrato não viola o *nemo tenetur,* sendo um potencial conflito passível de ocorrer a depender do *modus operandi* da autoridade em causa. Mesmo porque, na fase de supervisão – em que há apenas um mero acompanhamento do regular funcionamento da atividade desempenhada pelas entidades privadas – é legítimo que os deveres de colaboração possam valer de forma irrestrita, já que não colidem com qualquer garantia processual, posto que não há ainda qualquer processo de contraordenação e tampouco arguido. Aqui não há que se falar ainda no referido princípio.

O âmbito de validade do *nemo tenetur* apenas passará a ter vigência quando é instaurado processo sancionatório e passa a existir um arguido. Nessa situação, o dever de colaboração deixará de ter o alcance de obrigar o destinatário deste

74 *Ibidem.*

75 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 77.

76 Silva Dias, 2009: 250.

dever de ter de fornecer material autoincriminatório, mas continuará existindo em relação à prestação de informações e documentos que não tenham relação causal com a infração sob investigação, ou em relação a um terceiro suspeito da prática desta infração[77].

Contudo, pode acontecer que, durante o cumprimento dos deveres de colaboração, surja a suspeita da prática de infrações contra o respetivo destinatário deste dever e a entidade administrativa que possui poderes de supervisão e de sanção seja tentada a utilizar estes deveres para prorrogar mais do que o necessário essa fase e obrigar o visado a transformar-se em autodelator, sem lhe dar a oportunidade de se recusar a colaborar com a investigação em curso sob a proteção do *nemo tenetur*, na contramão das suas garantias de defesa[78]. Aqui, para evitar que haja um autêntico excesso dos limites da ação de controle e supervisão das referidas entidades, as garantias processuais próprias do processo sancionatório deverão ter lugar em momento anterior à instauração formal do procedimento contraordenacional[79].

A antecipação destas garantias dar-se-á não através da constituição de arguido – cuja obrigatoriedade legal inexiste no âmbito da supervisão e do direito contraordenacional – mas por meio da participação de imediato da notícia da infração ao visado, informando-o que contra ele corre um inquérito e de que possui direito a um advogado, de modo a possibilitar que este decida se facultará ou não a apresentação de documentos, coisas e/ou outros elementos e informações que possam implicar a revelação de fatos puníveis por si praticados, bem como afetar a reserva de elementos, atos ou fatos da sua vida privada[80].

Neste diapasão, eventuais elementos de prova necessários à comprovação da ocorrência da infração suspeita, relacionados ao visado, deverão ser produzidos através de diligências que independam da vontade e atuação deste,

77 Também assim, Alfafar, 2012b: 128 e129.

78 Silva Dias, 2009: 250 e 251 e Alfafar, 2012b: 128

79 Há que estabelecer-se uma distinção entre a atividade de supervisão e fiscalização – em que os deveres de colaboração são impostos e devem ser cumpridos, na medida em que tem por objeto apenas o controle do fiel cumprimento da lei – das situações em que, a despeito de não haver a comunicação formal da existência de um ilícito (penal ou contraordenacional) contra o visado, já há a suspeita da prática da infração e a autoridade competente se serve destes deveres de colaboração para investigar e obter, por meio do visado, provas autoincriminatórias que servirão para instruir um processo sancionatório contra este. Nesse sentido, destaca Sousa Mendes, 2012: 313, que a atividade de supervisão não visa a investigação da prática de infrações, sendo as inspeções e auditorias atos de conteúdo verificativo.

80 Esse é também o entendimento de Sá, 2004: 181, no âmbito das inspeções tributárias.

procedendo-se posteriormente a informação ao supervisionado de que contra ele há uma suspeita, dando-lhe os direitos de audiência e defesa, nos moldes do art. 32.º, n.º 10, da Constituição Portuguesa, os quais poderão inclusive obstar a dedução formal da acusação (instauração do procedimento contra-ordenacional). Entendimento contrário implicaria postergar a concessão das garantias de defesa para um momento em que o visado já teria contribuído abundantemente para a sua incriminação, tornando inócuo qualquer exercício do direito ao silêncio posteriormente.

Assim, estando em causa o exercício de poderes sancionatórios por parte de uma entidade reguladora, os quais radicam na suspeita de existência de infração, a relação entre esta e a pessoa sujeita aos poderes de regulação não mais se situa no âmbito do dever de colaboração, podendo esta última recusar-se legitimamente a cumprir as exigências solicitadas no que toca aos elementos de prova potencialmente autoincriminatórios[81].

Por tais razões, entendemos, na linha do pensamento de Catarina Couto Ferreira (2013: 209 ss.), que o início do processo contraordenacional se dá não aquando da dedução formal da acusação (confronto do arguido com a infração que lhe é imputada), mas coincide com a aquisição da notícia do ilícito de contraordenação, a qual é necessariamente anterior àquela. Nesta situação, quem incorrer na suspeita de ter praticado determinada infração já estará numa posição material de arguido, podendo a partir desse momento fazer uso dos direitos e deveres que emanam dessa sua condição, independentemente da aquisição formal desse estatuto.

No que toca à extensão do âmbito de proteção do *nemo tenetur* em tais circunstâncias, não há como se refutar a ideia de que as declarações orais não são o único meio através do qual alguém pode se autoincriminar, pois que determinados deveres de colaboração, impostos coercitivamente para a obtenção de documentos e ou outros meios de prova, são tão invasivos quanto e podem contribuir até mais para a autoincriminação. Assim, transferir para a fase sancionatória apenas a possibilidade de se recusar a responder as perguntas potencialmente autoincriminatórias, mais do que caracterizar uma restrição ao direito ao silêncio e à não autoincriminação, consistirá numa verdadeira preterição dos mesmos[82].

81 Ferreira, 2013: 209.

82 Ferreira, 2013: 215.

Por sua vez, malgrado sejamos favoráveis ao aproveitamento de informações obtidas na fase de supervisão para a instauração de processo de contraordenação, somos contrários ao aproveitamento dos elementos de prova potencialmente autoincriminatórios nela obtidos quando a autoridade administrativa tenha protelado, ardilosamente, a fase de supervisão para, ao abrigo dos deveres de colaboração, obter as referidas informações do visado que serão depois a base da sua condenação, sem informar que contra ele havia uma suspeita de uma infração e corria um inquérito[83]. Nestas circunstâncias, os elementos de prova obtidos na fase de supervisão não devem ser valorados e utilizados para embasar uma condenação em processo sancionatório (criminal ou contraordenacional) futuro[84].

Outra solução para evitar a ocorrência desse conflito e a violação ao *nemo tenetur*, agora de *iure constituendo,* seria transportar para o domínio do direito sancionatório administrativo ou contraordenacional a regra prevista no artigo 19.º, n.º 2, da Lei de Proteção de Testemunhas (Lei n.º 93/99, de 14 de julho), que determina que "[n]enhuma decisão condenatória poderá fundar-se, exclusivamente, ou de modo decisivo, no depoimento ou nas declarações produzidas por uma ou mais testemunhas cuja identidade não foi revelada"[85]. Desse modo, a autoridade administrativa, para poder obter a condenação do visado, ficaria obrigada a ter de empreender outras diligências de prova que, sem a ajuda deste, corroborassem os elementos obtidos ao abrigo dos deveres de colaboração na fase de supervisão[86].

Portanto, o que queremos afirmar é que a autoridade administrativa que detém os poderes de supervisão e sanção não fica impedida de aproveitar os elementos obtidos na fase de supervisão ao abrigo dos deveres de colaboração, porém para fazê-lo terá de comunicar previamente ao visado, logo após ao surgimento de indícios de uma infração e assim que a autoridade requerer outras diligências de prova, que contra ele corre um inquérito. Não havendo essa informação ao visado, esses elementos obtidos ao abrigo do dever de colaboração não poderão ser utilizados ou valorados no âmbito de processos sancionatórios futuros ou, pelo menos, não serão suficientes para, sozinhos, embasar uma condenação, devendo ser corroborados por outras provas obtidas

83 Também assim, Alfafar, 2012b: 137 e 138.

84 Essa é também a solução encontrada por Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 52-54.

85 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 54-55; Alfafar, 2012b: 142.

86 Alfafar, 2012b: 143; Sá, 2004: 209.

pela autoridade competente através de seus poderes instrutórios sem a colaboração do visado.

Apenas esta solução permite aliviar a tensão existente entre o interesse público em fiscalizar e regular certas atividades – e ao mesmo tempo reprimir e prevenir a prática de infrações – e o direito individual de não se autoincriminar, de sorte a garantir um certo espaço de realização de cada um desses interesses, principalmente em situações em que se confundem numa mesma autoridade administrativa as atividades de fiscalização, investigação e sanção, e cujos processos administrativos e sancionatórios estão umbilicalmente ligados[87].

De toda a forma, para que haja a possibilidade de restrição legitima desses direitos através da imposição de deveres de colaboração, é necessário seguir alguns requisitos.

b) Requisitos necessários para que a restrição ao nemo tenetur seja legítima

Conforme visto anteriormente, o direito ao silêncio e à não autoincriminação não são absolutos, podendo sofrer restrições através da imposição de deveres de colaboração, cujo descumprimento poderá acarretar sanções de natureza criminal ou contraordenacional. Contudo, tendo em vista o fundamento constitucional do *nemo tenetur*, cujas vertentes se materializam nos referidos direitos de defesa, para que possa haver sua compressão faz-se necessário que sejam respeitados alguns requisitos, uma vez que esta consubstancia uma exceção a um direito de especial e fundamental espectro para as garantias de um processo justo e equitativo.

Com efeito, não nos parece razoável restringir um direito (direito ao silêncio e à não autoincriminação) para salvaguardar outro (proteção econômica, segurança rodoviária, por exemplo), sem antes ponderar previamente se é possível a convivência pacífica entre os interesses em conflito que possibilite a realização de ambos. Essa ponderação faz-se não através de um critério *all or nothing*, de modo a aniquilar um desses direitos ou interesses, mas através da restrição mínima de cada um deles até que seja alcançado a sua harmonização no caso concreto, conforme preconiza Alexy[88].

---

87 Em termos semelhantes, Costa Ramos, 2010: 195.

88 Trabalhamos aqui com a ideia da teoria externa (*Aussentheorie*) ou *conflitista* de Alexy, 1993: 99 ss., que admite que os direitos fundamentais possam sofrer em sua estrutura principiológica verdadeiras restrições (externas) por força do convívio social, em contraposição à teoria interna (*Innentheorie*) ou *coerentista* perfilhada por Härbele, 2003: 119, que rejeita a ideia de colisões entre direitos fundamentais, uma vez que estes já nascem limitados internamente por outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos, não se cogitando falar, por isso, em restrições.

Por isso, para que a restrição seja legítima, a doutrina destaca a existência de alguns requisitos[89], entre eles: (i) a existência de expressa previsão legal do dever de colaboração; (ii) que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse de igual ou superior peso constitucional; (iii) que seja proporcional[90] – ou seja, necessária, adequada e proporcional em sentido estrito, nos termos do n.º 2 do art. 18.º da CRP; (iv) e que não aniquile o direito em causa atingindo o seu *núcleo/conteúdo essencial*, conforme preconiza o n.º 3, do art. 18.º da CRP[91].

Segundo Canotilho e Vital Moreira (2007: 395), para não haver a aniquilação do núcleo essencial é necessário que após a restrição haja sempre um *resto substancial* de direito, liberdade e garantia que assegure a sua utilidade constitucional ou, ainda, que se respeite e mantenha um mínimo de autonomia da posição jurídica do cidadão face ao Estado, de modo a não convertê-lo em mero objeto da atividade estatal.

Nessa ordem de raciocínio, somos forçados a acreditar, na linha do preconizado por Catarina Anastácio (2010: 217) e até por razões históricas do conteúdo do *nemo tenetur* aquando do seu surgimento na Magna Carta[92], que o núcleo

89 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 23 e 27; Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 45; Costa Pinto, 2009: 111; Menezes, 2010: 132; Curado, 2012: 263 e 264. A exigência de obediência a critérios rigorosos como o de legislação prévia e expressa e o princípio da proporcionalidade para a restrição do direito ao silêncio e à não autoincriminação também é sustentado por Bandeira, 2011: 99.

90 De acordo com Alexy, 2014: 820-822, a *adequação* exige que o meio escolhido consiga alcançar a realização do princípio que se visa promover; a *necessidade* exige que entre todos os meios igualmente aptos a promoverem um determinado princípio se adote aquele que é menos nocivo para o princípio que se visa restringir; a *proporcionalidade em sentido estrito* exige, por sua vez, que a intensidade da interferência em um determinado princípio seja justificada pela elevada importância atribuída ao princípio colidente.

91 Segundo Gomes Canotilho & Vital Moreira, 2007: 393, o respeito ao conteúdo essencial dos direitos, liberdades ou garantias é um limite absoluto para a restrição dos mesmos pelo legislador. A impossibilidade de jamais atingir o núcleo essencial de um direito fundamental é também destacada por Hassemer, 2004: 24, como um limite intransponível imposto ao legislador, ao judiciário e à Administração. Discorrendo sobre o assunto, observa Neto, 1997: 186, que o núcleo absoluto e intangível de todos os direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana.

92 O princípio *nemo tenetur* tem seu nascedouro no período de transição do modelo inquisitório para o modelo acusatório do processo penal, surgindo no séc. XVII no Reino Unido como reação às práticas inquisitoriais dos tribunais eclesiásticos, cf. Stessens, 1997: 47. Posteriormente, esse princípio veio a ser adotado na *Bill of rights* (1791) dos EUA, 5.a Emenda, sendo originalmente visto enquanto direito a não autoincriminação induzida pelo Estado (*right against governmentally compelled self-accusation*), aplicável antes mesmo de haver acusação formal. Porém, após uma redução substancial do seu âmbito de validade temporal, o surgimento da figura do defensor e o célebre caso *Miranda c. Arizona* (1966) complementou seu âmbito de aplicação, na medida em que exigiu que o visado fosse informado não só na audiência de julgamento, mas também durante os interrogatórios policiais, dos seus direitos constitucionais de ser defendido por um advogado, bem como de decidir falar ou calar-se. Sobre a evolução histórica dos

essencial deste princípio encontra-se atingido quando alguém é "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"[93].

Neste diapasão, estará violado o núcleo essencial do principio *nemo tenetur* quando os deveres de colaboração impostos coativamente puderem subverter as regras do ónus da prova, de modo a que as informações requeridas, por meio de declarações, possam transformar o indivíduo em instrutor único do próprio processo e em figura central da sua condenação[94]. Somente em situações excepcionais, quando o direito, princípio ou garantia que se visa proteger é de relevância constitucional superior a outro e quando não é possível na situação concreta salvar alguns aspectos do princípio inferior, segundo os critérios anteriormente elencados, é que é possível sacrificar este último, mas nunca a ponto de se aniquilar o conteúdo essencial de qualquer deles[95].

Portanto, mesmo no âmbito em que o *nemo tenetur* possui menor alcance, como sucede no âmbito do Direito penal secundário e do Direito de mera ordenação social, haverá sempre que ser assegurada uma vigência material e um grau de realização mínimo do *nemo tentur*, aqui entendido como o direito de não prestar declarações verbais autoincriminatórias.

Contudo, essa garantia não opera enquanto não haja a suspeita da prática de uma infração, podendo os destinatários do dever de colaboração ser "convidados" a cumpri-los pelas autoridades administrativas competentes para asse-

---

direitos ao silêncio e à não autoincriminação, veja Costa Andrade, 2013: 123 e124; Costa Pinto, 2009:100-104; Costa Ramos, 2006: p. 136-138; Alfafar, 2012a: 327-329; Martinho, 2013: 274-275; Neto, 1997: 186; Macculloch, 2006: 213 ss.; Oliveira e Silva, 2013: 364.

93 Esse é também o entendimento de Alfafar, 2012b: 132; Reis Silva, 2007: 74. Já para Oliveira e Silva, 2013: 366, o núcleo essencial do *nemo tenetur* é o direito ao silêncio e a proibição da tortura.

94 O problema é que esse núcleo parece variar consoante se esteja diante de um processo penal ou de um processo sancionatório administrativo, bem como diante de delitos mais ou menos graves. O *nemo tenetur* tem maior prioridade nos delitos mais leves, ao passo que no âmbito dos delitos mais graves a esfera de intromissão e restrição ao referido princípio é maior e tende a ser mais aceite pela doutrina. Nesse sentido, Hassemer, 2004: 19 ss., destaca que há uma forte tendência moderna de diminuição das garantias de defesa, para uma ampliação do Direito Penal e para um aumento do poder do Estado, tudo isso causado, segundo ele, por uma erosão das normas e pelo aumento do medo do risco da população e pelas suas necessidades de controle (sociedade do risco). Perante a ameaça do risco, a sociedade reage em pânico, tornando mais aguda a necessidade de agravamento dos meios repressivos e de antecipação de meios de controle.

95 Trata-se de um limite absoluto para a restrição pelo legislador, o respeito pelo conteúdo essencial dos preceitos, cf. Gomes Canotilho & Vital Moreira, 2007: 293.

gurar o regular funcionamento de determinadas atividades e operações, mas desde que haja lei expressa nesse sentido[96].

A maior dificuldade está em saber se fora desse âmbito fundamental e originário de operatividade do *nemo tenetur* o princípio impede também as demais formas de obter do arguido, contra a sua vontade, vestígios, informações, ou outros elementos probatórios úteis à demonstração da sua culpabilidade. Nesse ambiente, muito se tem discutido se e em que medida o arguido pode ser submetido a métodos de investigação que incidam sobre o seu corpo, tal como ocorre nos reconhecimentos compulsivos, na extração de amostras de sangue, cabelo ou saliva para exame de ADN, na realização de cirurgia para extração de projétil ou a utilização de eméticos para retiradas de drogas, recolha de autógrafos para comparação de caligrafia, etc. Nesse ambiente, não há qualquer consenso na doutrina.

Partindo dessa discussão, há quem sustente que o núcleo essencial deste princípio encontra-se atingido quando alguém é *coativamente* obrigado a contribuir *ativamente* para a sua própria condenação, encontrando-se fora do seu conteúdo nuclear os contributos *passivos,* nomeadamente os resultantes de tolerância passiva às injunções ou intromissões das autoridades[97]. Segundo os adeptos desta corrente, de origem alemã, embora neste último caso a prova seja obtida às custas de uma intromissão forçada na esfera do indivíduo, não haverá violação à essência do *nemo tenetur*, pois que a prova decorrerá de um ato exterior ao indivíduo, "aparecendo como uma normal prova 'produzida' pelas instâncias da perseguição penal e por elas subjetivizada"; ao passo que na colaboração ativa, a prova é apresentada e produzida pelo próprio indivíduo, aparecendo no processo como projeção direta da sua personalidade e "ação"[98]. Por isso, a retirada de fotografia, a recolha de impressões digitais, ou mesmo outras medidas semelhantes obtidas contra a vontade do arguido, segundo essa corrente, só são admitidas se e na medida em que o mesmo as sofra de modo meramente passivo, não podendo ser compelido a participar ativamente na sua realização, sob pena de violação à própria dignidade humana.

Ocorre que essa metodologia de individualização do âmbito de validade do *nemo tenetur,* além de difícil aplicação prática – por nem sempre ser visível

96 Silva Dias: 2010: 245-246.

97 Costa Andrade, 2014: 143 ss.; Roxin, 2009: 98 ss.

98 Costa Andrade, 2014: 144. Com base nisso, Gössel, 1992: 422, sustenta que a obrigação de participar em testes, provas grafológicas ou linguísticas, reconstituição em fatos, por constituir uma prova que demandará uma participação ativa do arguido, é inadmissível.

e viável a distinção entre as duas formas procedimentais (ativa ou passiva) – não afasta a assertiva de que em ambos os casos o arguido está a contribuir de alguma forma para a sua autoincriminação[99], ou não é verdade que o tolerar que o próprio corpo seja utilizado como instrumento de prova contra a vontade do seu titular também transforma o sujeito em objeto da própria condenação[100]?

Na realidade, mesmo em casos considerados classicamente como de tolerância passiva, não deixa de coexistir uma participação ativa, tal como ocorre na sujeição à recolha de sangue, saliva, urina, ar expirado, etc., em que, sem um agir positivo do arguido expondo o seu corpo à diligência de prova pretendida, o resultado deste não poderia ser alcançado; aquela nunca será puramente uma simples sujeição por parte do arguido, que sempre terá que de algum modo participar ativamente, ainda que em menor escala. Portanto, a tolerância ou sujeição a determinadas diligências de prova nada mais é do que uma ação híbrida em termos de execução, cuja distinção entre "passivo" e "ativo" não é tão simples quanto aparenta[101].

Além disso, não há como se afastar da assertiva de Wolfslast no sentido de que "não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta activa, querida, mas também quando (…) uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova", sendo, por isso, difícil distinguir por quê a dignidade humana é atingida quando se é "forçado a uma acção e não quando se tenha de a tolerar"[102].

---

99 Criticando as dificuldades de separação entre essas duas modalidades de colaboração, a justificar a necessidade de um tratamento comum, Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 29 ss.

100 A dificuldade de aplicação, fragilidade e inconsistências da teoria tradicional alemã tem levado a doutrina à busca de novos critérios de delimitação do *nemo tenetur* e ao progressivo abandono do binômio atividade/passividade. Entre essas propostas, destacam-se a diferenciação de acordo com o tipo de meio coativo, a previsão de deveres explícitos de colaboração como alternativa às intromissões corporais coativas, a diferenciação de acordo com o objeto da tutela ou a proteção do arguido e a diferenciação entre instrumentalização física e espiritual – cf. Oliveira e Silva, 2013: 377.

101 Essa questão foi também debatida no acórdão n.º 171/12.2 TAFLG.61-A.S1 do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 28.05.2014, tendo o Tribunal destacado que a humilhação, o ter que ser instrumento "in se" de pesquisa, nas condutas de colaboração passiva do arguido, não deixa de constituir, ainda que em mínimo grau, um meio de autoincriminação e de violência contra a pessoa. Na ocasião discutiu-se se em inquérito pela prática de um crime de "falsificação de documento", a recusa do arguido no cumprimento de uma ordem para escrever pelo seu punho certas palavras, com vista à subsequente realização de exame pericial de escrita manual, pode ou não fazê-lo incorrer, feita que seja a devida cominação, na prática de um crime de desobediência. Entendeu o STJ, por maioria, que era legítima a ordem emanado do Magistrado do Ministério Público, pois se mostrava necessária e proporcional ao fim em que se destinava, qual seja, a apuração da responsabilidade de um crime grave.

102 *Apud* Costa Andrade, 2013: 127 e 128; Fidalgo, 2006: 141. Nesse sentido salienta Tiedemann, 2007: 149, que qualquer exercício de coação no processo penal representa uma intervenção nos direitos fundamentais da pessoa atingida.

Assim, a única forma de se compatibilizar o *nemo tenetur* com as finalidades de eficiência processual e até mesmo de se evitar as dificuldades práticas advindas do critério baseado no binômio atividade/passividade é aceitar que o núcleo imponderável deste princípio se restrinja às declarações autoincriminatórias, sem prejuízo de outras formas de colaboração involuntárias (ativa ou passiva) estarem protegidas pelo referido princípio. Porém, neste último caso, a barreira de proteção levada a efeito pelo *nemo tenetur* não será intangível tal como ocorre no primeiro caso, mas poderá ruir quando conflitar com direitos, princípios ou valores de igual ou superior interesse, e desde que alicerçados em critério de proporcionalidade e reserva de lei.

Por isso, entendemos que o uso de poderes coercitivos para obtenção e recolha de provas não deve, via de regra, ser permitido, exceto quando tais métodos possam ser justificados por referências a outros valores constitucionalmente assegurados[103]. Mas as condições precisas em que tais procedimentos podem ser realizados vai depender sempre de um juízo de ponderação que leve em consideração uma série de variáveis, incluindo a natureza e o grau de risco de ocorrência de abuso de poder, os interesses do suspeito (como a privacidade, dignidade e integridade física por exemplo), as maneiras pelas quais esse método coercitivo é exercido, a importância e a necessidade das provas a serem obtidas por esse método para a conservação do interesse, direito ou princípio em conflito, etc.

No caso dos deveres de colaboração, existindo outras formas igualmente aptas para a obtenção das informações solicitadas pela autoridade administrativa – tais como os procedimentos de clemência[104], a realização de buscas,

---

103 Mesmo porque é cediço que o uso de pressão física ou psicológica a ser aplicada aos suspeitos para que cooperem, se levada a extremos, pode ser incompatível com os valores fundamentais de um Estado democrático de direito e pode apresentar, além disso, confissões que não são fiáveis. Isso porque a pessoa que de fato praticou uma infração pode dar respostas enganosas quando questionada, na esperança de enganar as autoridades de investigação e, assim, escapar de eventual punição. A ameaça de sanções por respostas falsas pode não ser eficaz, na medida em que as autoridades não sejam capazes de obter as informações necessárias para estabelecer a falsidade. Por outro lado, quando as empresas ou pessoas investigadas são na realidade inocentes, há um risco de que um engenhoso questionamento leve os inquiridos mais ingénuos a fazer declarações aparentemente autoincriminatórios, ou, em situações de questionamentos orais, a pressão psicológica ou física acabe levando os indivíduos, ainda que inocentes, a fazer declarações falsas, de modo a escapar da pressão. Cf. Wils, 2003: 21.

104 Neste sentido, destaca Wils, 2003: 23 ss., que em comparação com os métodos coercitivos diretos (buscas, apreensões e revistas) e indiretos (dever de colaboração), a clemência possui maiores vantagens, uma vez que, ao contrário do primeiro método, a mesma pode obter todos os tipos de informações e não apenas documentos ou outras provas físicas pré-existentes. Além disso, é um método menos custoso para o visado, na medida em que a coleta de informações relevantes não será feita por este ou por funcionário da pessoa coletiva. E mais, a clemência não sofre dos problemas de fiabilidade atinentes aos métodos

apreensões e revistas –, porém menos nocivas para os direitos de defesa do arguido – tais como o direito deste de não facultar provas potencialmente incriminatórias contra si –, não há proporcionalidade em exigir que o suspeito de uma determinada infração seja obrigado a fornecê-las, apenas pelo fato de estar no âmbito da supervisão e fiscalização de determinadas atividades imprescindíveis ao regular funcionamento do Estado.

Ultrapassadas tais questões, passamos agora a analisar como tais deveres de colaboração podem ser estabelecidos no âmbito das infrações administrativas às normas de circulação viária, de modo a aproximarmo-nos mais dos problemas que envolvem o caso do TEDH, cujas críticas faremos posteriormente.

V. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE* NAS INFRAÇÕES ÀS NORMAS DE TRÁFEGO VIÁRIO

1. Restrições ao princípio *nemo tenetur* no âmbito da circulação viária

No âmbito da circulação viária não podemos negar que os avanços tecnológicos introduzidos pelas indústrias e fábricas automobilísticas promoveram verdadeira explosão no uso do automóvel como meio de transporte e de locomoção, gerando, consequentemente, um aumento significativo dos índices de sinistralidade, sobretudo em decorrência do excesso de velocidade perpetrado por alguns condutores, fator que levou a criminalização de condutas de perigo abstrato por alguns países da Europa, como França e Espanha, antes previstas apenas no âmbito de infrações administrativas. Nesse ambiente foram, então, criados os deveres de colaboração como um importante instrumento de prevenção e repressão das infrações e de combate à impunidade dos seus infratores. Para além disso, tais deveres visam assegurar a aplicação do *princípio da personalidade das penas* e do *princípio da responsabilidade partilhada*[105].

Mas ao mesmo tempo em que o proprietário de veículo automotor se viu obrigado ao cumprimento desses deveres de colaboração, em razão de ser

indiretos de coerção, na medida em que, como não há nenhum incentivo claro acerca da concessão da imunidade ou redução da sanção, o visado, vendo nesse método uma maior vantagem, preferirá não correr o risco de perdê-lo caso as informações concedidas sejam falsas.

105 O *princípio da personalidade das penas* visa garantir que seja sancionado quem de fato cometeu a infração administrativa, cf. Padrós Reig, 2007, p. 129. Já o *princípio da responsabilidade partilhada* consiste em que cada um dos utentes da estrada tem de dar o seu contributo para a segurança rodoviária, cf. Susano, 2001: 392.

titular de um instrumento de risco à saúde, à vida e à integridade das pessoas, ele se deparou com o incremento cada vez maior das sanções correspondentes às infrações das regras atinentes aos códigos da estrada, que muitas vezes ultrapassam o mero prejuízo patrimonial, alcançando verdadeira natureza de restrição do direito de ir e vir, a que é exemplo a possibilidade de inibição do direito de conduzir.

Nestas circunstâncias de maior rigor punitivo e em que há uma estrutura acusatória própria de um processo inquisitorial, as garantias processuais do visado devem ser reforçadas, de modo a compensar os perigos desta situação e proteger os direitos individuais de defesa[106].

2. A tensão entre o *nemo tenutur* e o dever de colaboração no âmbito da circulação viária do direito português

Em Portugal, no domínio da circulação viária, os deveres de colaboração que podem entrar em tensão com o princípio *nemo tenetur* exteriorizam-se através de algumas obrigações, e entre elas podemos citar: (i) a obrigação de o condutor ter de se sujeitar a colheita de fluídos orgânicos, tais como a recolha de ar expelido ou de sangue, previsto nos arts 152.º e 153.º do Código da Estrada, (doravante CE)[107], para fins de apuração de eventual contraordenação ou crime de condução em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes, sendo a recusa ilegítima punida como crime de desobediência conforme expressamente previsto no art. 152.°, n.os 1 e 3 do referido diploma legal; (ii) a obrigação do condutor de se identificar no momento da prática de uma infração criminal ou contraordenacional às autoridades policiais e de trânsito, sob pena também da prática de crime de desobediência do art. 388.º do Código Penal (*ex vi* do art. 49.º do RGCO, art. 250.º, n.º 2 do CPP, e art. 2.º da Lei n.º 5/95, de 21 de fevereiro); e iii) o dever do titular de um veículo de identificar o condutor responsável pela infração praticada com o seu automóvel. Considerando os objetivos e os limites do presente artigo, restringimo-nos aqui apenas a tratar deste último ponto.

a) O dever de identificar condutor infrator no Código da Estrada Português

No âmbito do Direito Português da circulação rodoviária, o dever de identificar o condutor infrator encontra-se previsto no artigo 171.º, n.º 6, do CE,

106 Alfafar, 2012a: 370.

107 Decreto-Lei n.º 114/94, de 3 de maio, com as alterações trazidas pela Lei n.º 72/2013, de 3 de setembro.

cujo descumprimento é sancionado com aplicação de coima que varia de €120 a €600 (art. 171.º, n.º 8, com remissão para o art. 4.º, n.º 2), sem prejuízo do processo contraordenacional decorrente da infração de trânsito correr contra o descumpridor de tal dever.

Com efeito, de acordo com o art. 135.º, n.º 3, do referido diploma, a responsabilidade pelas infrações previstas neste e na legislação complementar que respeitem ao exercício da condução, como é o caso da infração por excesso de velocidade, recaem primeiramente sobre o condutor, e apenas subsidiariamente sobre o titular do documento de identificação do veículo, quando não for possível a identificação do real infrator pela autoridade competente no momento da infração. Em tal situação, o auto de contraordenação é, então, levantado em face do titular documental do veículo, sobre quem impenderá o correspondente processo contraodenacional (art. 171.º, n.º 2), sendo certo que, sendo este pessoa coletiva, será notificado para efetuar a identificação do condutor infrator, sob pena de, não o fazendo, ser sancionado com coima e de o processo contraordenacional correr contra si (art. 171.º, n.ºs 1, 5 e 8 do CE).

Tal dever de identificação não impende, porém, contra as pessoas singulares, uma vez que, em relação a estas, a identificação do condutor infrator pelo titular do documento de identificação do veículo automotor se apresenta não como um *dever*, mas como um *ónus* a ser exercido pelo sujeito (titular do veículo) no prazo disponível para defesa, a fim de obstar a tramitação de um procedimento contraordenacional instaurado contra si[108].

---

108 De acordo com a definição de Grau, 1982:180 e 181, o *ónus* é uma faculdade cujo exercício é condição para a obtenção de uma determinada vantagem ou realização de um interesse, distinguindo-se do *dever* porque, enquanto este se traduz num vínculo imposto à vontade do sujeito no interesse alheio, o *ónus* é um vínculo imposto àquela mesma vontade no seu próprio interesse. Neste sentido, o *ónus* seria um instrumento através do qual o ordenamento jurídico impõe ao sujeito uma determinada conduta que deverá ser adotada para evitar consequências que lhes são desfavoráveis. Por isso, diferentemente do que ocorre no *dever* e na *obrigação*, o sujeito vinculado pelo *ónus* não está juridicamente obrigado a cumprir o seu objeto; nem o seu não cumprimento implica imposição de sanção jurídica, mas tão somente a perda de uma determinada vantagem que consiste na aquisição ou conservação de um direito (Grau, 1982: 183). No caso em tela, a vantagem que será perdida pelo não exercício do ónus de identificar o condutor infrator será o direito que o titular do veículo tem de obstar ou suspender a instauração, contra si, de procedimento contraordenacional pela prática da infração, levada a efeito pelo condutor do veículo. Isso porque, sendo procedida a identificação do condutor infrator, o processo contraordenacioal já instaurado contra o proprietário do veículo ficará suspenso e novo procedimento contraordenacional pela prática da infração de trânsito é inaugurado contra a pessoa identificada (art. 171.º, n.º 3 do CE). Comprovado que outra pessoa praticou a infração ou que houve a utilização abusiva do veículo, o processo contraordencional pendente contra o proprietário é então arquivado (art. 171.º, n.º 4, do CE). Assim, também se manifestou o Tribunal da Relação de Guimarães no acórdão n.º 1535/07-1, de 01.10.2007, ao afirmar que "o autuado *pode* (...) identificar pessoa distinta como autora da contraordenação" (grifos nossos).

Portanto, diferentemente da lei austríaca, no ordenamento jurídico português a única consequência que advirá da não identificação do condutor infrator pelo proprietário singular (pessoa física) será ter contra si um processo contraordenacional correspondente à infração de trânsito original, sem que possa a autoridade administrativa impor qualquer coima ou outra sanção autónoma decorrente da não identificação do real infrator.

Mas poder-se-ia argumentar que essa consequência é ainda mais gravosa do que a solução encontrada pela lei austríaca, na medida em que aqui estaria o proprietário sendo punido automaticamente pela infração de trânsito em razão do seu silêncio ou da não identificação a contento, nos termos do art. 171.º, n.º 1, do CE. Ou, ainda, que a norma do artigo 171.º, n.º 2, do CE, estabelece verdadeira presunção normativa de culpabilidade do proprietário do veículo.

Tal entendimento não pode, porém, prosperar, na medida em que "presunções" são ilações que a lei ou o julgador tira de um fato conhecido para firmar um fato desconhecido[109], e a lei não tira da não comunicação dos elementos da identificação do condutor a "ilação" de que foi o proprietário quem praticou os fatos. Estabelece apenas que, nesse caso, deve "ser levantado auto de contraordenação ao titular do documento de identificação do veículo, correndo contra ele o correspondente processo", o que é diferente[110]. A circunstância de a lei determinar que um processo "corre" contra determinada pessoa nada indica sobre a prova dos fatos que o fundamentam, nem sobre a possibilidade de defesa do arguido quanto à prática desses fatos.

Dessa maneira, para que se pudesse concluir pela presunção de culpa do titular do documento de identificação do veículo em razão da não identificação de pessoa distinta como autora da infração, teria a lei de pelo menos

---

109 A presunção legal consiste em, através de uma máxima de experiência (no caso em tela, a que sinaliza que o proprietário conduz habitualmente seu próprio veículo), se ter por certo um facto (o facto presumido: a condução) a partir da comprovação ou certeza de outro distinto (o facto base ou indício, no caso em tela a propriedade do veiculo). No entanto, as presunções legais não são em rigor um autêntico *meio de prova*, senão um *método* de prova, na medida em que estabelecem a verdade processual de um fato e obrigam, em consequência, a tê-lo por provado sem a necessidade de nenhuma prova. Neste caso, o verdadeiro thema probandi não versa sobre o facto presumido, que se tem por certo, senão sobre o fato base ou indício, o que significa que basta provar com certeza a identidade do proprietário do veículo infrator para considerar legalmente provado, salvo prova em contrário, que o seu titular o conduzia ao tempo do cometimento da infração de trânsito denunciada. Cf. Casino Rubio, 2010a: 94.

110 Em sentido oposto, entendendo que a lei estabelece verdadeira presunção de responsabilidade do titular do documento de identificação pela prática da infração quando este não procede, no prazo legal, a identificação do condutor, estão o Acórdão n.º 1106/09.6TAPDL.L1-5, de 28.09.10, do Tribunal da Relação de Lisboa, e o Acórdão n.º 1388/05-2, de 03.10.2005, do Tribunal da Relação de Guimarães.

prever que fosse este notificado para identificar o condutor, com a cominação de que o seu silêncio equivaleria à admissão de ter sido ele quem a praticou[111].

Ademais, apesar do valor probatório atribuído aos aparelhos de fiscalização de trânsito pelo art. 170.º, n.º 4, do CE, o proprietário sempre terá a oportunidade de no prazo de defesa impugnar a sua correta utilização, o seu bom funcionamento e, bem assim, a fidelidade da transcrição dos dados por ele registrados. Para além disso, poderá o proprietário produzir sua defesa com a indicação de qualquer prova que se repute necessária para afastar a suspeita que pende contra ele, inclusive testemunhal ou, ainda, proceder ao pagamento voluntário da coima, renunciando ou não ao seu direito de impugnação (art. 175.º, n.º 2, alíneas *a)* e *b)*)[112].

A própria presunção de veracidade das denúncias dos agentes de fiscalização e vigilância do tráfego, estabelecida no art. 170.º, n.º 3, do CE, encontra limites na expressão mediante "prova em contrário", de sorte que tal presunção não se pode converter, sem mais provas, em argumento definitivo para fins sancionatórios, nem muito menos em presunção de culpabilidade do titular do documento do veículo, na medida em que a este lhe assiste a presunção de inocência[113].

Na realidade, trata-se apenas de valorar o silêncio do proprietário (traduzido pela ausência de identificação do condutor infrator) como indício de prova[114],

---

111 Assim também se manifestou o Tribunal da Relação de Guimarães, no Acordão n.º 1983/07-1, de 25.02.2008.

112 Há que se deixar claro que o facto de o interessado aderir ao cumprimento voluntário não supõe a renúncia ao direito à tutela efetiva, que é indisponível, nem tampouco reconduz ao facto de que o interessado reconhece os factos a ele imputados, porquanto isso iria contra seu direito a não se confessar culpado, motivo pelo qual o mesmo poderá sempre demonstrar a sua discordância em relação à infração imputada através da impugnação administrativa ou judiciária. Trata-se simplesmente de uma forma de evitar a tramitação desnecessária de procedimentos sancionadores em casos em que a decisão condenatória possa resultar bastante clara, sendo então beneficiado economicamente com a redução do valor da sanção pecuniária – cf. Aguado I Cudolá, 2009: 65 ss. Este é o teor também da jurisprudência do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 0841641, de 07.05.2008, que entendeu ser inconstitucional a interpretação no sentido de que o pagamento voluntário da coima impede o arguido de discutir a existência da infracção na fase de impugnação judicial da decisão administrativa.

113 A presunção de veracidade que outorgam valor e força probatória às denúncias da Administração não pode eximi-la de evidenciar, no âmbito do procedimento administrativo, as questões fáticas que justificam a imposição da sanção, a ponto de impor aos administrados toda a carga de provar sua inocência, sob pena de se diminuir ostensivamente suas possibilidades defensivas, e dar-se ao administrado um tratamento pior do que ao delinquente. Cf. Garberí Llobregat, 1989b: 200 ss.

114 Compartilhando desse nosso entendimento destaca Casino Rubio, 2010b: 221, que a titularidade do veículo é uma prova indiciária que, com arranjos a critérios lógicos e de experiência, apontam à culpabilidade daquele, o qual deve oferecer uma explicação convincente de liberação que pode ser valorado

que somado ao que representa a titularidade do veículo, a presunção de veracidade do auto de notícia e a ausência de prova em contrário acerca da denúncia administrativa – designadamente quando não há impugnação do auto de notícia – seja suficiente para se inferir sua culpabilidade. Contudo, os indícios deverão estar plenamente provados – não se pode tratar de mera suspeita – e deve a Administração explicitar as razões pelas quais, partindo dos indícios provados, chegou à conclusão de que o imputado realizou a conduta infratora.

Mas ainda que assim não se entenda, certo é que a existência de presunções legais que suponham um deslocamento de parte da prova aos presumidos infratores ou responsáveis não são inadequadas, desde que seja sempre garantido o direito à ampla defesa e os responsáveis possam exonerar-se provando a existência de força maior, estado de necessidade, erro invencível ou ainda outras questões.

Portanto, entendemos que não há aqui qualquer violação aos direitos ao silêncio e à não autoincriminação, nem tampouco em relação à pessoa coletiva ou jurídica, já que sobre esta última jamais poderá recair a suspeita da prática de uma infração por condução de veículo. Nessa circunstância, o dever de identificação do condutor infrator que pende contra a pessoa coletiva é justificado pelo fato de ser a mesma titular de um instrumento gerador de risco que impõe a obrigação de ter de conhecer a todo momento quem o utiliza, constituindo a falta de controle sobre os seus bens uma clara suposição de culpa por falta de cuidado ou de vigilância[115].

VI. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO *CASE STUDY*

1. Apreciação crítica dos argumentos trazidos pelo acórdão do TEDH

Prestados os esclarecimentos indispensáveis à análise do problema posto em causa, é agora possível apreciarmos criticamente a solução adotada pelo TEDH. Antes disso, porém, cumpre tecermos algumas breves considerações acerca

pela Administração como contraindício. Sobre os pressupostos básicos e requisitos da prova indiciária, veja Magro Servet, 2007: 1688-1693.

115 Assim também, Artetxe Palomar, 1995: 32. Apesar disso, entendemos ser excessiva a exigência legal do dever de identificação do condutor infrator, pela pessoa coletiva, através dos elementos indicados no art. 171.º, n. o 1 do CE, uma vez que nem sempre será razoável exigir desta o conhecimento de todos os elementos de identificação do infrator constantes do referido preceito. Criticando também essa exigência, Silva & Nunes, 2005: 69.

do preceito austríaco questionado (art. 103.º § 2º da Lei de Veículos Motor), que estabelece a obrigação que todo o proprietário de um automóvel tem de "identificar o condutor responsável pela infração".

A lei austríaca, ao determinar que, sob ameaça de sanção pecuniária, o titular de um veículo automotor revele a identidade do condutor de uma determinada infração, cuja autoria é desconhecida da Administração, em uma análise superficial parece não violar o principio *nemo tenetur*, não se revelando, por isso, autoincriminatória ou violadora do direito ao silêncio. Não obstante, não há como se negar que tal norma exige uma autêntica declaração que, por estar sendo obtida através de um meio coercitivo, por mais que não seja, *prima facie*, autoincriminatória, não é de toda livre. Além disso, não se trata de uma declaração qualquer, mas de uma manifestação de "vontade" que, ao exteriorizar-se, revela a responsabilidade de uma pessoa por um facto ilícito, que pode ser a do próprio autor desta declaração.

Em tais circunstâncias, quando o sujeito passivo do dever de identificação (o proprietário do veículo) coincidir com o sujeito ativo da infração que se pretende sancionar (o condutor), não há como se negar que o cumprimento deste dever há de resultar na exteriorização de uma autoincriminação[116]. Afinal, se ele admitir ser o condutor, que outra coisa estaria fazendo senão confessando a sua própria participação nos fatos constitutivos da infração e, por isso, a sua autoria e a qualidade de acusado. Nessa situação, poderia o proprietário evitar sua consequente "denúncia" e sanção pelo ilícito que originou o requerimento de identificação[117]?

Por isso, aceitar a tese do TEDH de que o queixoso foi notificado apenas para esclarecer uma "simples questão factual, por si só não incriminadora (quem

116 Esse é também o entendimento de Martín Valdivia, 1999: 601 ss.; Artetxe Palomar, 1995: 24-25. Junceda Moreno, 1998: 130; Gaberí Llobregat, 1989:121; Casino Rubio, 2010b: 61 ss.; e dos magistrados espanhóis Vicente Gimeno Sendra y Rafael de Mendizábal Allende reproduzidos em seus votos particulares nos acórdãos do Tribunal Constitucional Espanhol n.º 197/1995, de 21 de dezembro, e n.º 7/1996, de 18 de janeiro, disponível em < http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/eu/Busqueda/Index >. Acesso em 04 de Maio de 2015. Em sentido contrário, Hope *apud* Macculloch, 2006: 228, sustenta que quem se submete à inscrição como detentor de veículo automotor deve ser levado a assumir responsabilidade por esse uso e a correspondente obrigação de providenciar informações quando solicitado. Contudo, esclarece o autor que a disposição que obriga o detentor do veículo a esclarecer a identidade do motorista "does not permit open ended questioning of the person keeping the vehicle in order to secure an admission of guilt as to the offence".

117 Nessa situação, a única forma que teria o proprietário de evitar a sua punição pela infração de trânsito subjacente seria mediante a demonstração de algum motivo que exclua a antijuridicidade ou culpabilidade da conduta (causas de justificação, prescrição da infração, caducidade do procedimento, por exemplo). Cf. Casino Rubio, 2010b: 63-64.

dirigia o veículo no dia e horário da infração)", não nos parece convincente, pois, em bom rigor, tal equivaleria a dizer que o direito à não autoincriminação apenas seria violado se as autoridades perguntassem diretamente ao titular do veículo se foi este o autor da infração.

Ad argumentandum tantum, não podemos descurar que a obrigação de prestar informações puramente factuais que, isoladamente, não consubstanciam uma confissão, levará sempre à obtenção da integralidade da prova da infração à custa da colaboração do visado, através da conjugação de elementos por si próprio remetidos ao processo[118]. Posteriormente, ainda que este possa contradizer o significado dos elementos tidos como "puramente factuais" durante o processo administrativo ou em sede de impugnação judicial, a possibilidade deste de demonstrar o contrário é inócua, uma vez que já terá contribuído o bastante para a sua autoincriminação[119].

Outrossim, não há como se negar que aqui, ao contrário do que ocorre em outros ramos do Direito, tais como o Tributário e o da Concorrência, o dever de colaboração não visa assegurar o controle ou fiscalização do cumprimento da lei, mas sim a responsabilização de um ilícito já praticado, cuja autoria é ainda desconhecida das autoridades. Trata-se, assim, de um dever de colaboração instituído não no âmbito da mera supervisão e fiscalização, mas no âmbito de um processo sancionador já previamente instaurado contra desconhecidos.

Neste diapasão, a afirmação de que "o queixoso foi notificado a identificar o condutor infrator na qualidade de proprietário e não de suspeito", argumento utilizado pelo TEDH para afastar o estatuto do acusado ao queixoso, também nos parece igualmente incongruente. Pois se realmente é assim, haverá que se concluir, então, que não existe em rigor procedimento sancionador em curso para punir a infração de tráfego denunciada? Ou melhor, que a notificação do auto de notícia da infração não inicia o correspondente procedimento sancionador no caso do não pagamento do valor instituído na ordem anónima direcionada ao queixoso[120]?

Com efeito, a despeito da norma austríaca não conter uma presunção de que o proprietário do carro registado foi o motorista responsável por conduzir o

118 Costa Ramos, 2010: 187.

119 Nesse sentido, destaca Vânia Costa Ramos que a garantia de uma defesa efetiva com recurso ao contraditório fica preclusa na sua origem, não podendo o respeito formal pelo contraditório obviar a esta constatação. *Idem.*

120 Essas são questões também colocadas por Casino Rubio, 2010b: 64-65, aquando da análise da jurisprudência espanhola acerca de norma interna semelhante a aqui tratada.

veículo em excesso de velocidade, ela também não descarta a possibilidade de a Administração valorar negativamente o silêncio ou a informação considerada inverossímil ou inexata pelo proprietário, para instaurar contra este processo administrativo pela infração de trânsito subjacente[121], e nem tampouco afasta o risco de dupla punição[122].

Daí por que somos levados a concordar com o voto vencido no sentido de que, ainda que o queixoso não tenha sido acusado formalmente da infração de conduzir veículo em excesso de velocidade, um procedimento sancionatório dessa natureza era de alguma forma possível de ser instaurado contra ele, já que no momento em que foi convidado a revelar quem tinha sido o condutor de seu veículo em um momento específico, não havia nenhum elemento de prova que pudesse excluí-lo da autoria da infração e consequentemente tornar *remota* ou *hipotética* a instauração de procedimento sancionatório em seu desfavor. Ao contrário, era certo que, se o queixoso tivesse admitido ter dirigido o veículo, o processo por excesso de velocidade, até então disparado contra desconhecidos, teria sido direcionado contra ele, assim como era possível que a Administração valorasse negativamente o seu silêncio para então o considerar como principal suspeito da infração[123].

Inexistindo prova que excluísse de forma incontroversa o queixoso de ser o responsável pela conduta de circulação em excesso de velocidade (e, portanto, afastasse o perigo de autoincriminação), é plausível que este, ao avaliar o risco de testemunhar contra si, pudesse ter prestado as referidas informações consideradas insuficientes pelas autoridades, para se proteger contra eventual processo por excesso de velocidade.

---

121 Veja por exemplo o caso *Krumphols c. Áustria (id.)*

122 A punição por ambas as infrações é muito comum quando as indicações dadas pelo titular do veículo não são suficientes para que a Administração tenha êxito em localizar o condutor responsável, conforme sublinhada por Casino Rubio, 2010b: 33, ao analisar a jurisprudência espanhola sobre aplicação do artigo 72.3 do Código da Estrada Espanhol (Decreto-Lei n.º 333/1990, de 2 de outubro, modificado pela Lei n.º 18/2009) com a seguinte redação à época: "el titular del vehículo, debidamente requerido para ello, tiene el deber de identificar al conductor responsable de la infracción y si incumpliere esta obligación en el trámite procedimental oportuno sin causa justificada, será sancionado pecuniariamente como autor de falta grave".

123 Isso porque não podemos negar que, no plano do processo equitativo, a violação ao *nemo tenetur* não pode ser limitada à confissão da prática dos fatos ou à declarações diretamente autoincriminatórias, na medida em que por vezes declarações obtidas através de medidas opressivas – que em uma primeira análise aparentam não ser incriminatórias ou até mesmo ser exoneratórias – podem ser utilizadas para favorecer a acusação, seja para contraditar ou criar dúvidas sobre as declarações prestadas pelo visado, seja para diminuir a credibilidade desta, já em um processo formal de acusação. Assim já se manifestou o TEDH no caso *Saunders c. Reino Unido* (29.11,1996), §71 *et seq.*

Assim, apesar de o queixoso não ter sido punido por ficar em silêncio, mas por dar informações inadequadas, não havia distinção entre estas situações, na medida em que aquele não tinha outra escolha senão quebrar o seu direito ao silêncio e fornecer possíveis informações incriminatórias (diminuindo as suas chances de defesa em processo sancionatório posterior) ou ter uma multa ou pena de prisão sobre si imposta por não fazê-lo[124].

Para além disso, verifica-se que o conteúdo da norma austríaca acaba por transformar o proprietário em mero objeto da atividade estatal, sem garantir um mínimo de *autonomia da sua posição jurídica como cidadão* face ao Estado. Isso porque, segundo o entendimento que se extrai da própria interpretação dada pelo governo austríaco em sua defesa, a identificação do condutor infrator apenas será considerada verdadeira e certa para fins de cumprimento da lei, não quando o proprietário comunique à Administração todos os dados necessários de quem conduzia seu veículo no momento da infração – a permitir, desse modo, sua localização –, mas quando a pessoa indicada pelo proprietário reconhece ou ao menos não nega expressamente a sua efetiva participação nos fatos. Ou seja, o proprietário apenas cumprirá o seu dever de identificação com verdade, para não ter sobre si uma sanção administrativa autónoma pelo seu descumprimento, quando efetivamente colocar à disposição da Administração o condutor infrator que não negue essa qualidade. Caso contrário, a Administração sempre poderá alegar que uma adequada diligência do titular do veículo teria permitido conhecer a identidade do condutor, aplicando-lhe assim, a sanção correspondente ao incumprimento do dever de identificação do condutor infrator.

Dessa maneira, o cumprimento do dever de identificação não depende do proprietário obrigado, mas da vontade de um terceiro, no caso do próprio condutor, posto que basta que este negue a sua participação nos fatos denunciados para que haja o risco do procedimento instaurado contra desconhecidos ser direcionado ao proprietário do veículo. Neste sentido, a única forma que o proprietário tem de se proteger do risco de ter contra si uma sanção pelo incumprimento do dever de identificação e ao mesmo tempo da sanção correspondente à infração de trânsito originária, no caso de a pessoa identificada por ele negar a autoria da infração, é reunir alguma prova que demonstre a culpa

124 Note-se que a parte final do art. 103.º § 2 da lei austríaca prevê expressamente que "[o] direito da autoridade para exigir essa informação prevalece sobre o direito de recusar a dar informações", não deixando ao proprietário a opção de exercer o silêncio. Trata-se de verdadeira aporia jurídica.

do condutor identificado que nega havê-lo sido (uma prova que, dependendo das circunstâncias do caso, é quase impossível de se ter)[125].

Tal situação demonstra que a norma austríaca acarreta uma patente *inversão da carga probatória sobre o titular do automóvel,* a qual carece de justificação, uma vez que o dever de identificar o real responsável por uma infração é tarefa primordial da Administração. Se foi ela quem denunciou o fato, é ela quem deve comprovar quem o praticou, mesmo porque a Administração tem hoje uma infinidade de instrumentos para lograr a identificação de um suposto infrator, em condições às vezes até maiores do que as do próprio proprietário. E, para isso, nada melhor do que exigir a identificação diretamente ao condutor, no momento em que a infração é cometida. Não o fazendo, não pode posteriormente transferir ao proprietário tal responsabilidade com cominação de sanção, sob pena de este ter de fornecer à acusação o principal elemento constitutivo da infração[126], diminuindo suas possibilidades de defesa em processo sancionatório posterior, na contramão do princípio da presunção de inocência, que também possui vigência em todo procedimento sancionatório, inclusive no âmbito dos ilícitos administrativos e contraordenacionais de trânsito e que está intimamente ligado aos direitos ao silêncio e à não autoincriminação[127].

Em contrapartida, poder-se-ia argumentar que, sem a colaboração do titular do automóvel, a intervenção do poder público na manutenção da segurança da circulação viária resultará notadamente dificultada. Contudo, para se partir dessa premissa, teríamos de reconhecer a ineficácia material e técnica da Administração de valer-se por si só para identificar o condutor infrator, o

125 Essas são questões colocadas também por Casino Rubio, 2014.

126 Entendendo também que o dever de identificação do condutor infrator é uma obrigação que assiste única e exclusivamente à Administração e que a inversão desse ónus ao proprietário viola o principio da presunção de inocência, Junceda Moreno 1998: 414 e 1996: 129-130. Em sentido mais abrangente, Garberí Llobregat, 1989b: 207, destaca que "[t]ambién en el procedimiento administrativo sancionador opera la presunción de inocencia, y, por ello, a efectos de la carga probatoria la conclusión ha de ser la misma que en el proceso penal".

127 Como já ressaltado pelo TEDH, o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação são uma dupla consequência do princípio da presunção de inocência (vide item 2.1 *supra*), motivo pelo qual entendemos que não pode o arguido assumir a dupla veste de investigado e investigador. Isto é, não se pode admitir que a busca da verdade real e o combate à impunidade possam constituir argumentos válidos para que se crie norma que obrigue as pessoas a denunciarem os seus próprios delitos, de modo a agir como uma espécie de *longa manus* da Administração, delator não remunerado de si próprio e de seus familiares. Nesse sentido, destaca Garberí Llobregat, 1989b: 200, que em matéria sancionadora não há como se aplicar as regra gerais do Código Civil no sentido de que o ónus da prova compete a quem alega, de sorte que "el interesado no tiene que probar la no comisión de los hechos antijurídicos que se le imputan; antes al contrario, es la Administración quien debe acreditar en el procedimiento administrativo".

que é inaceitável. Pois, não pode o cidadão ser vítima da ineficiência estatal (e por que não da própria torpeza), arcando com o pagamento das suas faltas de meios para cumprir com as suas obrigações primárias[128].

Finalmente, põe-se em causa a *proporcionalidade* – na sua vertente *adequação* – desta medida de colaboração prevista pela norma austríaca, uma vez que a mesma não é apta a alcançar o fim a que se propõe (evitar a impunidade das infrações por excesso de velocidade), pois o proprietário sempre poderá apontar como condutor infrator uma pessoa falecida, ou ainda contar com a complacência de terceiros que assumam em seu lugar a autoria da infração[129]. Ademais, em sendo efetivamente o proprietário o autor da infração de trânsito, caso a sanção correspondente a esta seja de maior gravidade do que a relativa à infração do dever de identificação, aquele (considerando-se que é um ser racional) optará sempre por manter-se calado ou dar informações inverídicas ou incertas, manipulando, assim, o expediente sancionador da maneira que melhor lhe convém.

Por outro lado, ao cominar pena de prisão em caso de não pagamento da sanção pecuniária imposta pelo descumprimento deste dever de colaboração, a norma austríaca, além de afetar consideravelmente o princípio da *proporcionalidade* – na sua vertente *necessidade* – minimamente exigível entre a gravidade do ilícito administrativo em causa e a gravidade da sanção imposta[130] –, acabou por se afastar do direito puramente administrativo e se aproximar do direito penal clássico, posto que comina verdadeira sanção penal[131]. Em tal situação, as garantias de defesa devem ser ainda maiores do que as relativas

128 Nesse sentido, destaca Padrós Reig, 2007: 131, que a carga probatória incumbe à Administração independentemente da maior ou menor dificuldade que esta apresente, não podendo a impotência daquela ser invocada para corrigir condutas infratoras em matéria de tráfego.

129 Sustentando esta última questão, entre outros motivos, Casino Rubio, 2014, defende o término do dever de identificação que na sua conceção de nada serve, senão para criar problemas.

130 A pena de prisão só deve ser direcionada aos ilícitos considerados mais graves e que visem salvaguardar os bens jurídicos mais importantes. Ora a infração de excesso de velocidade era considerada leve, tanto que a princípio apenas gerava uma sanção pecuniária, a qual não podia se convertida em prisão.

131 Somos contrários a aplicação de sanção privativa de liberdade pela Administração, ainda que subsidiariamente, não só pelo fracasso e efeito estigmatizaste desta medida (a pena privativa de liberdade destrói a personalidade do interno, além de não ser devidamente comprovado seu efeito ressocializador), mas também porque, em sendo a sanção administrativa uma das alternativas da sanção penal, parece de todo modo desaconselhável que a Administração possa impor esse tipo de castigo de índole penal – cf. Garberí Llobregat, 1989b: 100. Nesse sentido, há que se destacar que a própria CEDH proíbe a aplicação subsidiária de pena privativa de liberdade no caso de não pagamento da sanção pecuniária originariamente imposta, quando prevê em seu art. 1.º a proibição da chamada "prisão por dívida".

aos processos sancionatórios meramente administrativos, o que parece não ter sido percebido pelo TEDH.

Ademais, chama a atenção o facto de se permitir que uma norma possa castigar o suposto encobridor de uma infração administrativa, quando é possível que a conduta originária e presumidamente infratora não seja sequer comprovadamente uma infração. Isso porque é possível que se formule uma denúncia e essa decorra de um mero erro administrativo (por exemplo, porque o radar não estaria em bom funcionamento)[132].

Compreende-se, assim, a nossa discordância ao decidido pelo TEDH, que assenta a sua decisão em premissas inconsistentes que, uma vez assumidas e erigidas em critério de interpretação do *nemo tenetur*, levaria ao esvaziamento do seu conteúdo e aplicabilidade e, por conseguinte, acarretaria devastadoras consequências prático-jurídicas sobre a liberdade e a dignidade da pessoa humana[133].

CONCLUSÃO

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* impede a transformação da pessoa, dentro ou fora de qualquer processo penal, em objeto de prova para consecução de finalidades de eficiência processual (busca da "verdade material"). E essa coisificação do ser humano não se traduz apenas quando a extração coativa de informações se restrinja à recolha de ar expelido, de saliva ou de sangue, mas também e principalmente para a obtenção de declarações, na medida em que todos são segmentos da corporeidade que compreende a condição humana, de sorte que o respeito à dignidade intrínseca a esta condição impõe que "partes de si" não sejam obtidas contra a vontade de seu titular[134].

O referido princípio não é, contudo, absoluto, de modo que o legislador poderá restringi-lo sempre que a necessidade de salvaguardar outros interesses de igual ou superior peso constitucional o imponha. Mas a compressão do *nemo tentur* levada a efeito pelo legislador, através da criação de deveres de colaboração, encontra limites intransponíveis no núcleo essencial daquele, que

---

132 Martín Valdívia, 1999: 607.

133 Neste sentido, estamos de acordo com os votos minoritários dos Juízes Lorenzen, Levits e Hajiyev quando afirmam, no caso em análise, que nem o interesse público vital em reprimir e prevenir as infrações de trânsito, nem o risco potencial que a utilização de um automóvel representa para a vida, saúde e integridade física das pessoas, pode justificar o esvaziamento de um dos princípios básicos de um processo justo (§ 4.º).

134 Silva Dias & Costa Ramos, 2009: 31.

determina a impossibilidade de alguém ser obrigado coativamente a emitir declarações de cunho autoincriminatório. Aqui, podemos afirmar que não cabe qualquer relativização ou ponderação, mesmo que face aos interesses ou valores de maior relevo e eminência comunitária, mormente porque as garantias inerentes a um processo justo e equilibrado, que se fazem sentir em todo o processo público sancionador, impõem que as atividades persecutórias se valham apenas de provas por elas produzidas, devendo, por isso, sempre ser resguardada uma vigência material mínima do *nemo tenetur*.

E é por isso,que o *nemo tenetur*, apesar de não derrogar totalmente os deveres legais de colaboração com a Administração, pode excluir a ilicitude da recusa ao seu integral ou parcial cumprimento, sempre que estes deveres revistam para o seu destinatário um significado potencialmente autoincriminatório e sejam exigidos quando já há a suspeita da prática de uma determinada infração. Essa análise deve, contudo, ser sempre feita no caso concreto e tendo em conta o princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguado i Cudolá, Vicenç

2009 "El procedimiento administrativo sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial: El debido equilibrio entre especialidades y garantías comunes", in *Revista de Documentación Administrativa*, [S.l.], n.º 284-285, mayo/dic., pp. 61-82.

Alexy, Robert

1993 *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

2014 "Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade, tradução de Paulo Pereira Gouveia", in *O Direito*, Lisboa, a. 146, n.º 4, pp. 817-834.

Alfafar, Diana

2012a "O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência", in *Revista de Concorrência e Regulação,* a. 3, n.º 11-12, jul./dez., pp. 319-381.

2012b *O* nemo tenetur se ipsum accusare *e o dever de colaboração: no direito sancionatório da concorrência*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra.

Anastácio, Catarina

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

Antunes, Maria João

1992 "Direito ao Silêncio e defesa em audiência de declarações do arguido", in *Sub Judice***,** n.º 4, set./dez., pp. 25-26.

Artetxe Palomar, Eugenio

1995 "El deber de identificación del conductor: análisis del art. 72.3 del texto articulado de la ley de seguridad vial", in *Revista Vasca de Administración Pública***,** n.º 42, pp. 9-34.

Bandeira, Gonçalo S. De Melo

2011 "Anotação, numa perspectiva de direito penal e de criminologia, de alguns dos aspectos do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (Português), de 28 de setembro de 2011: os problemas do direito ao sil6encio e o dever em o arguido se sujeitar a aplicação de prova no processo penal", in *Revista do CEJ*, Lisboa, n.º 16, pp. 81-100.

Bastos, João José Caldeira
1996 "Prevenção de acidentes de trânsito", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 15, jul./set., pp. 253-259.

Bolina, Helena Magalhães
2012 "O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários", in *Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, a. 3, n.º 11/12, jul./dez., pp. 383-427.

Casino Rubio, Miguel.
2010a "Presunción legal de culpabilidade versus prueba indiciaria de la autoria en las infraciones de tráfico", in *Revista de Administración Pública*, Madrid, n.º 182, mai./ago., pp. 85-120.
2010b: *La increíble historia del deber de identificar al conductor infractor*, Pamplona: Thomson Reuters.
2014 *A propósito de la STC 29/2014¿ Hasta cuándo el deber de identificar al coductor infrator?* Disponível em: < http://www.abogacia.es/2014/05/08/a-proposito-de-la-stc-292014-hasta-cuando-el-deber-de-identificar-al-conductor-infractor/>, [acesso em 16 de abril de 2015].

Coelho, Ana Proença
2012 "Entre o dever de colaborar e o direito de não se auto-incriminar: o caso da supervisão do ICP", in *Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, n.º 11/12, jul./dez, pp. 429-466.

Correia, Eduardo
1998 "Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social", in Eduardo Correia *et al.* (org.), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários:* Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v. 1, pp. 3-18.

Costa, Joana
2011a *Princípio* nemo tenetur *na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem,* Relatório de estágio de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais (Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa.
2011b "O princípio nemo tenetur na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem", in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 32, n.º 128, out./dez. pp. 117-183.

Costa Andrade, Manuel da
1998 "Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)", in Eduardo Correia *et al.* (org.), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários:* Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, v. 1, pp. 75-107.
2013 *Sobre as proibições de prova no processo penal,* Coimbra: Coimbra Editora.

2014 "T. C., Acórdão n.º 340/2013 (Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional)", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, a. 144, n.º 3989, nov./dez., pp. 121-158.

Costa Pinto, Frederico de Lacerda da

1998 "O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal", in Eduardo Correia, *et al.* (org.), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários: Problemas Gerais*, Coimbra: Coimbra Editora, vol. I. cap. 7, pp. 209-274.

2009 "Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação", in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, pp. 57-125.

Costa Ramos, Vânia

2006 "*Corpus Iuris* 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare, Parte I", in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 108, out./dez., pp. 125-149.

2007 "*Corpus Iuris 2000* – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare, Parte II", in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 109, jan./ mar., pp. 57-96.

2010 "*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência: jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa", in *Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, a. 1, n.º 1, jan./mar., pp. 175-198.

Curado, Ana Pascoal

2012 "As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: natureza jurídica e aplicação do princípio *nemo tenetur",* in *Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, a. 3, n.º 9, jan./mar., pp. 239-274.

Dennis, Ian

1995 "Instrumental protection, human right or functional necessity? Reassessing the privilege against self-incrimination", in *Cambridge Law Journal*, [S.l.], n. 54 (2), July, pp. 342-376.

Faria Costa, José de

2009 *Noções fundamentais de direito penal: Fragmenta Iuris: introdução – a doutrina geral da infracção (a ordenação fundamental da conduta (facto) punível: a conduta típica (o tipo),* 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

Faria Lemos Pinheiro, Geraldo de

1996 "Algumas notas sobre a velocidade dos veículos automotores", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 15, jul./set., pp. 240-252.

Ferreira, Catarina Couto
2013 "Confluência na CVMVM de poderes de supervisão e de poderes sancionatórios: factor de tensão entre o dever de colaboração e o direito ao silêncio", in *Investigação Criminal,* Lisboa, n.º 5, maio, pp. 206-224.
Fidalgo, Sónia
2006 "Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, a. 16, n.º 1, jan./mar., pp. 115-148.
Figueiredo Dias, Jorge de
1998a "O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social", in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários,* Coimbra: Coimbra Editora, v. 1, cap. 2, pp. 19-33.
1998b "Para uma dogmática do direito penal secundário: um contributo para a reforma do direito penal económico", in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários,* Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, cap. 3, pp. 35-74.
Figueiredo Dias, Jorge de & Costa Andrade, Manuel da
2009 "Poderes de Supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas", in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, pp. 11-56.
Garberí Llobregat, José
1989a "Presunción de inocencia versus deber de colaboración cívica con la Administración (Comentario a la STC 219/1988, de 22 de noviembre*)*", in *Poder Judicial*, Madrid, n.º 14, jun., pp. 113-121.
1989b *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador: Doctrina del Tribunal Constitucional y reforma legislativa,* Madrid: Trivium.
Gomes Canotilho, Joaquim & Moreira, Vital
2007 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 1.
Grau, Eros Roberto
1982 "Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, [S.l.], v. 77, jan., pp. 177-183.
Gössel, Karl-Heinz
1992 "As proibições de prova no Direito Processual penal da república Federal da Alemanha", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, a. 2, n.º 3, jul./set., pp. 397-441.
Härbele, Peter
2003 *La garantia del contenido essencial de los derechos fundamentales,* Madrid: Dykinson.

Hassemer, Winfried

1996 "A preservação do meio ambiente do direito penal", in *Actas do I Congresso Internacional de Direito do Ambiente da Universidade Lusíada,* Porto, pp. 319-330.

2004 "Processo Penal e Direitos Fundamentais", in *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais,* Coimbra: Almedina, pp. 15-25.

Junceda Moreno, Javier

1996 "A vueltas con el deber de identificación del infractor de tráfico y la aplicación con matices de os principios penales en derecho administrativo sancionador", in *Revista Jurídica de Asturias*, Asturias, n. 20, pp. 123-134.

1998 "Derecho sancionador en materia de tráfico. En especial, la retirada del permiso de conducir", in *Revista de Administración Pública,* Madrid, n.º 145, jan./abr., pp. 399-430.

Ledesma Muñiz, Ramón

2009 "El nuevo procedimiento sancionador de tráfico", in *Revista de Documentación Administrativa*, [S.l.], n.º 284-285, mai./dez., pp. 11-31.

Macculloch, Angus

2006 "The privilege against self-incrimination in competition investigations: theoretical foundations and practical implication", in *Legal Studies*, [S.l.], v. 26, n.º 2, jun., pp. 211-237.

Machado, Miguel Pedrosa

1998 "Elementos para o estudo da legislação portuguesa sobre contra-ordenação", in Eduardo Correia *et al.* (org.), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários: Problemas Gerais,* Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, cap. 6, pp. 145-207.

Magro Servet, Vicente

2007 "Admisión de la prueba indiciaria en la responsabilidad por infracciones de tráfico", in *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudência y bibliografia*, [S. l.], n.º 4, pp. 1688-1693.

Maia, Rodrigo de Almeida

2012 *O direito fundamental ao silêncio: enquadramento do ius silentio numa perspectiva Jurídico Constitucional,* Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa.

Martín Valdivia, Salvador

1999 "El derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable en el procedimiento administrativo sancionador: doctrina constitucional. A propósito de las sentencias del tribunal Constitucional 154/1994, 197/1955, y 8/1996", in *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n.º 54, pp. 589-611.

Martinho, Helena Gaspar

2013 "O direito à não auto-incriminação no Direito da Concorrência – O diálogo jurisprudencial e o silêncio do arguido", in, E. P. Ferreira,, H. T. Torres &, C. C. Palma (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier,* Coimbra: Almedina, vol. III, pp. 271-302.

Martins, Joana Boaventura

2014 *Da valoração das declarações de arguidos prestadas em fase anterior ao julgamento: contributo para uma mudança de paradigma*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

Mazza, Oliviero

1994 "Interrogatorio ed esame dell'imputato: identità di natura giuridica e di efficacia probatoria", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Nuova Serie, a. 37, n.º 3, jul./set., pp. 822-870.

Menezes, Sofia Saraiva de

2010 "O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito", In Teresa Pizarro Beleza & Frederico da Costa Pinto (org.), *Prova criminal e de direito de defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Lisboa: Almedina, pp. 117-136.

Moreno Trapiella, Prudencio

2013 "La aplicación del artículo 6 CEDH en el procedimiento administrativo sancionador", in *Revista Española de Derecho Administrativo*, Pamplona, n.º 157, jan./mar., pp. 49-84.

Neto, Theodomiro Dias

1997 "O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte americano", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 5, n.º 19, jul./set., pp. 179-204.

Oliveira e Silva, Sandra

2013 "O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto,* a. 10, pp. 361-382.

Orlandi, Renzo

1987 "Valore probatorio di atti e informazioni provenienti dall'autorità amministrativa nel processo penale tedesco-occidentale", in *L'indice penale*, Padova, a. 21, n.º 3, dez., pp. 680-712.

Padrós Reig, Carlos

2007 "El deber de identificar el conductor desconocido en el procedimiento sancionador por infracciones de tráfico. Comentario a la STC 63/2007, de

27 de marzo", in *Revista Vasca de Administración Pública*, Bilbao, n.º 79, set./dez., pp. 127-161.

Palma, Maria Fernanda

1995 *Constitucionalidade do art. 342º do Código de Processo Penal (direito ao silêncio)*, Separata da Revista do Ministério Público, n.º 60, Lisboa: [s.n.], pp. 101-110.

Pinheiro, Geraldo de Faria Lemos

1996 "Algumas notas sobre a velocidade dos veículos automotores", in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 15, jul./set., pp. 240-252.

Pinto, Lara Sofia

2010 "Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido: *case study* : revelação coactiva da password para desencriptação de dados: *resistance is futile*", in Teresa Pizarro Beleza & Frederico de Lacerda da Costa Pinto (org.), *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Lisboa: Almedina, pp. 91-116.

Prado, Geraldo

2014 *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custodia das provas por métodos ocultos,* 1.ª ed., São Paulo: Marcial Pons.

Reis Silva, Maria de Fátima

2007 "O direito à não autoincriminação", in *Sub jJdice*, Lisboa, n.º 40, jul./set., pp. 59-74.

Riley, Alan

2010 "Saunders and the power to obtain information in Community and United Kingdom competition law", in *European Law Review*, London, v. 25, n. 3, jun., pp. 264-281.

Roxin, Claus

2000 *La evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y el Processo Penal,* Valencia: Tirant lo Blanch.

2003 *Derecho Procesal Penal,* 25.ª ed., Buenos Aires: Del Puerto.

2009 *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, Buenos Aires: Rubinzal--Culzoni Editores.

Sá, Liliana da Silva de

2004 "O dever de cooperação do contribuinte e o direito ao silêncio do arguido: impacto na atividade inspectiva", in *Ciência e Técnica Fiscal,* Lisboa, n.º 414, jul./dez., pp. 171-217.

Schünemann, Bernd

2012 "Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? – sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3.º milênio", in Luís

Greco, & António Martins, (org.), *Direito Penal como Crítica da Pena*, São Paulo: Marcial Pons, cap. 37, pp. 631-648.

Silva Dias, Augusto

2010 "O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do código dos valores imobiliários", in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, a. 1, jan./mar., 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*, Coimbra: Coimbra Editora.

Silva, Rafael Madeira da & Nunes, Telma.

2005 *Infracções ao Código da Estrada: Regime geral das contra-ordenações e especificidades do processo contra-ordenacional rodoviário*, Lisboa: Quid Juris.

Sousa Mendes, Paulo de

2007 "Estatuto do arguido e posição processual da vítima", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal,* n.º 17, pp. 602-612.

2009 "O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência", in *Julgar*, Lisboa, n.º 9, set./dez., pp. 11-28.

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*, a. 1, n.º 1, jan./mar., pp. 121-144.

2012 "O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova", in *Revista de Concorrência e Regulação*, a. 3, n.º 11/12, jul./dez., pp. 307-318.

Stein, Alex & Seidman, Daniel J.

2000 "The Right to silence Helps the Innocent: A Game-theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege", in *Harvard Law Review*, [S.l.], vol. 114, pp. 430-510.

Stessens, Guy

1997 "The obligation to produce documents versus the privilege against self-incrimination: human rights protection extended too far?", in *European Law Review*, (Special number), pp. 45-62.

Susano, Helena

2001 "Criminalidade rodoviária: que reforma*?"*, in *Boletim Informação & Debate*, n.º 5, jan., pp. 197-200.

Tiedemann, Klaus

2007 "O Direito processual penal: Panorama Geral: Objeto, objetivos e instrumento do Direito Processual Penal", in Claus Roxin, Gunther Arzt,

Tiedemann, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal,* Belo Horizonte: Del Rey Editora, cap. 5, pp. 146-176.

Vieira, Francisco Marques

2007 *Direito penal rodoviário: os crimes dos condutores,* Porto: Universidade Católica.

Warren, Earl

1998 "Homem prevenido: Os direitos de Miranda", in *Sub Judice*, n.º 12, jan./jun., pp. 103-114,

Wils, Wouter P. J.

2003 "Self-incrimination in EC Antitrust Enforcement: A legal and Economic Analysis", in *World Competition*, [S.l.], v. 26, n.º 4, pp. 567-588.

Yanyou, Yi

2009 "Privilégio de obstar à autoincriminação em processo penal", in Alves, Leonel; Cardinal, Paulo (Coord.), in *Primeiras jornadas de direito e cidadania da Assembleia Legislativa de Macau: Direito processual penal: estado presente e perspectivas de evolução*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 199-213.

O DIREITO AO CONFRONTO E O *CASO AL-KHAWAJA* E *TAHERY C. REINO UNIDO*[*]

Daniel Diamantaras de Figueiredo[*]

Abstract: *This paper addresses the problem of admissibility of hearsay statements made by out-of-court declarants. The analysis will start about the right of confrontation in anglo-american adversarial process, as a right of the accused in all criminal prosecutions to be confronted with the witnesses against him. It was included at Sixth Amendment to the U.S. Federal Constitution, but which currently is planned in several international treaties, including the EHRC. And so we will analyze one paradigmatic case of ECtHR, focusing how this Court deal with prior statements and commentaries will be made at final.*

Sumário: Introdução. 1. Caso *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*. Uma mudança de paradigma? 1.1. Enquadramento geral do caso. Resumo dos fatos *Al-Khawaja* e *Tahery* c. Reino Unido. 1.1.1. Fatos do processo de *Al-Khawaja*. 1.1.2. Fatos referentes ao *Tahery*. 1.2. Julgamento pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. 2. Direito ao confronto na produção da prova. 2.1. Breves comentários ao direito ao confronto no processo adversarial norte-americano. 2.2. "Right of confrontation" x "hearsay rule". 2.3. Direito ao confronto x contraditório. 3. Análise do direito ao confronto pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. 4. Comentários do caso *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*. 5. Críticas ao julgamento realizado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. 6. Sobre a questão da transmissibilidade das declarações testemunhais no ordenamento jurídico português. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A Convenção Europeia de Direitos Humanos (doravante CEDH) prevê o direito ao confronto, estabelecendo no artigo 6.º, n.º 3, *d)*, que o acusado tem, no mínimo, o direito de "*interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de*

---

* O presente texto corresponde, com algumas alterações, ao Relatório do Seminário de Processo Penal, do curso de mestrado de Ciências Jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no ano de 2015, sob orientação do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

** Mestrando da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação". Tal prescrição normativa encontra-se no artigo 6.º, sede normativa das garantias relacionadas com um processo equitativo.

O ponto fundamental diz respeito à ausência das testemunhas no juízo (debate) oral quando estas apresentaram suas declarações anteriormente e a valoração de tais declarações no julgamento.

A metodologia adotada deu-se a partir da análise do caso concreto *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante TEDH). Será abordada a questão da admissibilidade de declarações testemunhais produzidas em fase anterior à judicial (ou anterior ao julgamento), onde as testemunhas não compareceram ao debate oral e o acusado não teve a oportunidade de confrontá-las.

No capítulo 1, descreveremos os fatos referentes ao referido caso julgado pelo TEDH e a forma pela qual ocorreu o julgamento, elencando os fundamentos e o resultado deste.

No capítulo 2, analisaremos o direito ao confronto na produção da prova, estabelecendo alguns paradigmas sobre o "right of confrontation" no processo adversarial norte-americano e sua diferença com a "hearsay rule" neste ordenamento jurídico do *common law* para, então, abordar no capítulo 3 a valoração do direito ao confronto efetuado pelo TEDH, exemplificando com alguns casos julgados sobre o tema.

Ressaltamos que a escolha da abordagem do direito ao confronto nos Estados Unidos deve-se ao grande reconhecimento dado por este país ao referido direito, consagrando-o, inclusive, na Emenda VI de sua Constituição, e em razão da doutrina americana ser mais avançada neste tema, o que enriquecerá o debate no presente trabalho.

É importante delimitar a aplicação do direito ao confronto que não se confunde com o instituto do contraditório, possuindo características e conteúdo normativo autônomo, como será visto adiante.

Nos capítulos 4 e 5 serão feitos comentários e críticas à solução adotada no caso *Al-khawaja e Tahery*, pontuando os critérios aceitáveis pelo TEDH sobre a possibilidade de uma condenação se basear somente ou de forma preponderante (regra conhecida como "sole or decisive rule") em elementos produzidos por uma testemunha, a qual o acusado não teve a oportunidade de interrogar ou fazer interrogar, e se haverá violação ao direito de defesa consagrado no artigo 6.º CEDH.

Com efeito, a questão é saber qual a extensão do direito a um julgamento justo, que é o objetivo principal da CEDH, e se o problema do conflito entre os direitos do acusado e administração da justiça é capaz de anular ou minimizar direitos individuais específicos que são definidos na CEDH em termos absolutos e categóricos.[1]

Neste ponto, a discussão do caso em tela terá como foco saber se o direito ao confronto deve ser interpretado de forma absoluta e se a interpretação dada pela Corte de Estrasburgo é compatível com a característica de direito fundamental do "right of confrontation" ou se, por outro lado, o novo entendimento da referida Corte dissipou por completo o alcance de proteção normativa do citado direito. Por conseguinte, no capítulo 5 serão feitas críticas ao entendimento do TEDH neste caso e realçadas diversas características deste direito, a fim de defender a devida importância que deve ser dispensada ao direito ao confronto.

Por derradeiro, faremos breves comentários sobre o tratamento dado à questão da transmissibilidade das declarações de testemunhas no ordenamento jurídico português, a fim de avaliar os contornos procedimentais da produção de provas para formação da convicção do juiz, fixando alguns paralelos com a jurisprudência do TEDH.

1. CASO AL-KHAWAJA E TAHERY C. REINO UNIDO. UMA MUDANÇA DE PARADIGMA?

1.1. Enquadramento geral do caso. Resumo dos fatos do caso *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*[2]

1.1.1. Factos do processo de Al-Khawaja[3]

Enquanto trabalhava como médico consultor na área de medicina de reabilitação, o acusado Al-Khawaja foi acusado por duas condutas de atentado

1 Voto parcialmente dissidente dos Juízes Sajó e Karakas no acórdão do TEDH *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, de 15 de dezembro de 2011. Disponível em www.echr.coe.int.

2 O presente caso refere-se a dois processos diferentes que foram julgados simultaneamente, um em relação ao acusado Al-Khawaja e o outro referente ao Tahery, sendo que achamos prudente fazer um breve resumo dos factos para cada processo.

3 Factos tal como narrados no bojo do acórdão do caso do TEDH *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido,* de 15 dez. 2011. Disponível em www.echr.coe.int.

violento ao pudor em dois pacientes do sexo feminino, enquanto elas estariam sob hipnose. A primeira parte da acusação é que o réu tinha abusado de uma mulher chamada ST durante uma consulta em 3 de junho de 2003. A segunda parte da acusação afirma que ele tinha abusado de uma mulher chamada VU também durante uma consulta, desta vez em 12 de junho de 2003.

Por motivos alheios ao alegado abuso, ST suicidou-se antes do julgamento. No entanto, vários meses após a suposta agressão, ela fez uma declaração à polícia. Ela também disse a dois amigos, BF e SH, que tinha sido abusada.

Em 22 de março de 2004, durante uma audiência preliminar, foi decidido que a declaração do ST deveria ser lida ao júri no julgamento. O Ministério Público requereu a convocação dos amigos de ST para prestar depoimento sobre o que ela lhes tinha dito.

No julgamento, foi lida a declaração de ST e o júri ouviu os depoimentos de BF e SH e os amigos de ST. O clínico geral de ST também deu como prova uma carta que ele havia escrito em favor de ST para as autoridades do hospital, que delineou as alegações da ST em relação ao acusado. No que respeita à segunda parte da acusação, o abuso contra VU, depôs VU e os policiais que investigaram o caso. A prova foi também dada por duas mulheres que alegaram que o acusado lhes tinha feito sugestões impróprias durante as consultas de hipnose.

Em 30 de novembro de 2004, o acusado foi condenado por um veredicto unânime do júri em ambos os casos de atentado violento ao pudor.

O acusado interpôs recurso contra a sua condenação perante o Tribunal de Recurso. O apelo centrou-se na decisão do pré-julgamento que admitiu a declaração de ST como prova. Também foi alegado que, na sua síntese, o juiz não deu instruções adequadas para o júri quanto à desvantagem desta evidência ao acusado.

O recurso foi julgado e improvido em 6 de setembro de 2005. No acórdão proferido em 3 de novembro de 2005, o Tribunal de Recurso concluiu que o direito do acusado a um julgamento justo não foi violado. No que diz respeito à admissão de prova da declaração de ST, o tribunal considerou que não era necessariamente incompatível com o n.º 1 e com a alínea *d)* do n.º 3 do artigo 6.º da Convenção.[4]

4 O Tribunal sustentou o seguinte: "Os fatores importantes no presente caso são as seguintes. A testemunha ST não poderia ser examinada, porque ela tinha morrido. Ela foi a única testemunha cujo depoimento foi diretamente ligado à prática de um atentado ao pudor pelo recorrente. Se sua declaração fosse excluída, a acusação teria sido obrigado a abandonar a primeira acusação (...) Sempre que uma testemunha que é

Em 30 de novembro de 2005, o acusado recorreu à Câmara dos Lordes, que recusou o pedido do recorrente.

1.1.2. Factos referentes ao Tahery

Em 19 de maio de 2004, S, um membro da comunidade iraniana que vive em Londres, envolveu-se em uma briga com alguns homens curdos. O acusado Tahery colocou-se entre S e os homens curdos, a fim de proteger S. Nas primeiras horas da manhã de 20 de maio de 2004, S e o acusado reuniram-se novamente do lado de fora de um restaurante iraniano em Hammersmith, em Londres. O acusado pediu a S para ter uma conversa com ele e levou-o para um beco nas proximidades. Os homens começaram a discutir sobre a briga ocorrida mais cedo. S e o acusado brigaram e, em determinado momento, S sentiu uma sensação de queimação nas costas, que provou ser o resultado de três facadas nas costas. S relatou que nem viu o segundo requerente esfaqueá-lo, nem estava ciente do segundo requerente ter ido atrás dele ou dado a volta, de modo a esfaqueá-lo.

Durante a luta, estavam lá um amigo de S, um outro membro da comunidade iraniana chamado T, assim como os dois amigos de T e o tio do acusado.

Quando as testemunhas foram interrogadas na cena do crime, ninguém afirmou ter visto o acusado esfaquear S. Dois dias depois, no entanto, T declarou à polícia que havia visto o acusado dar uma facada em S.

Em 25 de abril de 2005, o julgamento do acusado teve início. Quando interrogado, S afirmou que ele não tinha visto o segundo requerente ir atrás dele e que ficaram "cara a cara".

Depois de S ter dado seu depoimento, a promotoria apresentou um pedido para ler a declaração de T, pois estava com muito medo de comparecer ao julgamento perante o júri e que ele deveria beneficiar de medidas especiais. O juiz autorizou que o depoimento de T fosse lido ao júri.

Em 29 de abril de 2005, o acusado foi condenado por maioria pela lesão corporal grave e interpôs recurso para o Tribunal, argumentando que a incapacidade de interrogar T violou o seu direito a um julgamento justo. O Tribunal de Recurso considerou que o júri foi informado de todos os assuntos necessários para o seu processo de tomada de decisão.

---

a única testemunha de um crime fez uma declaração para ser usada na acusação e morreu, pode haver um grande interesse público na admissão da declaração em evidência, de modo que a acusação pode prosseguir. Esse foi o caso aqui (...)" (tradução livre).

1.2. Julgamento pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Em suma, a questão levantada, no primeiro caso, foi se o depoimento dado pela vítima S (que faleceu antes do julgamento) perante à polícia poderia ser lido ao júri e, por conseguinte, valorado no julgamento do acusado. Quanto ao segundo caso, o problema levantado era se poderia ser admitida a leitura ao júri do depoimento de T, dado a um juiz, e não ao júri (juiz natural daquele caso) sem a presença do acusado e, portanto, sem a possibilidade de confrontá-lo.

O primeiro julgamento realizado pela Câmara do TEDH, o qual fora reformado posteriormente pela Grande Câmara ("Grand Chamber"), foi no sentido de não ser possível a utilização de declarações que não foram submetidas ao escrutínio do acusado e, assim, não se poderia avaliar a credibilidade da testemunha.

Para esta Câmara, o acusado tem que ter tido a oportunidade de confrontar as testemunhas, seja numa fase pré-processual, seja durante o julgamento e, se a condenação se basear de forma única ou decisiva em depoimentos de testemunhas que não foram confrontadas pelo acusado em algum momento ou às quais não lhes foi fornecida esta oportunidade, há violação do artigo 6.º da CEDH.[5] Ato contínuo, a Câmara concluiu que nos dois casos houve violação do artigo 6.º, n.º 1 c/c artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH.

Por outro lado, a Grande Câmara, muito embora tenha reconhecido que a defesa enfrentou dificuldades diante da ausência da testemunha no julgamento e da admissão das suas declarações extraprocessuais, decidiu que, tendo em conta a análise se o procedimento como um todo foi justo, foram utilizados mecanismos de contrabalanceamento no caso *Al-khawaja* suficientes a impedir uma violação ao direito de examinar as testemunhas (artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH).

Quanto ao caso *Tahery*, entendeu que houve violação ao artigo supracitado, uma vez que o depoimento da testemunha ausente no julgamento ("T") tinha natureza decisiva na condenação criminal e que, por não ter sido corroborado por qualquer outra evidência forte, não foi possível avaliar-se a credibilidade da referida testemunha. Portanto, analisando se o procedimento como um todo foi justo, entendeu-se que não houve mecanismos de contrabalanceamento para compensar as dificuldades em desfavor da defesa, violando o artigo 6, n.º 3, *d)*, da CEDH.

---

5 Caso do TEDH *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, de 15 dez. 2011, §§ 89-93.

Vale informar, contudo, que houve votos dissidentes no Tribunal, os quais sustentavam não ser possível a utilização de tais declarações no julgamento para fins de valoração pelo juiz natural da causa, principalmente quando se tratar de prova única ou decisiva para a condenação, tendo em vista que o acusado, em nenhum momento do processo, nem sequer antes deste, teve a oportunidade de examinar/questionar as testemunhas, violando, pois, a norma do artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH.

2. DIREITO AO CONFRONTO NA PRODUÇÃO DA PROVA

2.1. Breves comentários ao direito ao confronto no processo adversarial norte-americano

Antes de analisar de forma pormenorizada o caso objeto do estudo e para um melhor entendimento da influência do direito ao confronto no TEDH e a consequente admissibilidade e valoração da prova testemunhal pela Corte, teceremos alguns breves comentários sobre o direito ao confronto e sua relação com a produção da prova, destacando também algumas nuances do processo penal do "common law" onde tal direito estabelece suas raízes.

O "right of confrontation" foi inicialmente consagrado de forma expressa na Sexta Emenda da Constituição norte-americana ("em todas as persecuções penais, o acusado terá o direito (...) a ser confrontado com as testemunhas contrárias a si"), encontrando-se hoje previsto em diversos tratados internacionais, tais como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.[6]

Tradicionalmente, o direito ao confronto era visto como o direito de realizar a inquirição cruzada das testemunhas. Tal posicionamento era defendido por Wigmore, que defendia que a inclusão da cláusula de confrontação na Cons-

6 Artigo 6.º, n.º 3, d), da CEDH – "O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: (...) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação (...)"; artigo 8.º, n.º 2, *f)*, da CADH – "2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal (...)"; artigo 14.º, n.º 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – "3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação (...)"; Amendment VI: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (...) to be confronted with the witness against him (...)".

tituição norte-americana apenas ratificou a exigência do "cross-examination" na produção da prova estabelecido na tradição do *common law*.[7]

O fundamento é que a maneira mais eficaz de descobrir a verdade num processo penal que prioriza a oralidade e fontes de prova pessoal[8] é submeter a testemunha a exame cruzado para verificar a veracidade[9] e credibilidade do seu depoimento ("cross-examination"), permitindo, assim, a exatidão ("accuracy") da decisão judicial.[10]

Entretanto, este é diferente do direito ao confronto, tratando-se de um método (técnica) processual de inquirição das testemunhas característico do sistema anglo-americano e que pode ser utilizado também pelo órgão acusatório, enquanto que o direito ao confronto é um direito fundamental apenas do acusado.[11] O direito ao confronto pode ser materializado pelo direito do acusado de inquirição cruzada[12] das testemunhas de acusação, mas não se esgota nele.

Com efeito, o direito ao confronto pode ser observado para além daquela visão tradicional, desmembrando-se em alguns corolários tão fundamentais quanto o é o próprio, sendo um direito do acusado (i) à produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) a presenciar a produção da prova testemunhal ("right to be present"); (iii) à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) à determinação às testemunhas do compromisso de dizer a verdade; (v) a desvendar a verdadeira identidade das testemunhas; (vi) à inquirição das fontes de prova testemunhal desfavoráveis, no momento da sua produção.[13]

---

7 Wigmore, 1940: 130-131.

8 Nos sistemas de *common law*, há a ideia de que a melhor prova é o testemunho prestado em juízo oral e público, tendo uma qualidade gnosiológica superior a outros meios de prova, cf. Beijer, Cobley & Klip,1995: 285.

9 Badaró, 2014: 178.

10 Neste ponto, a famosa frase no sentido de que o exame cruzado ("cross-examination") é a melhor ferramenta legal para se descobrir a verdade ("it is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth") de Wigmore, 1904: 1697.

11 Maffei, 2012: 10-11.

12 Nada impede que o direito ao confronto seja assegurado também por mediação do juiz (sistema presidencialista), em que o juiz faz as perguntas das partes às testemunhas – Maffei, 2012: 17 e 42. Cf. também Malan, 2009: 98).

13 Maffei, 2012: 37-43 e Malan, 2009: 86. Acresce a estes corolários do direito ao confronto o direito de entrevista do acusado com seu defensor de "de forma livre, reservada e ininterrupta" durante a inquirição das testemunhas.

Em poucas palavras, trata-se de um direito fundamental do acusado de se fazer presente e participar da produção da prova testemunhal, confrontando as testemunhas de acusação perante um juiz numa audiência pública.[14] A regra geral, portanto, é que a prova testemunhal seja produzida em juízo oral, público, contraditório e respeite o direito ao confronto e seus corolários.

Sendo assim, declarações testemunhais dadas sem observar os critérios acima mencionados não podem ser utilizadas contra o acusado.

Neste ponto, é importante destacar o conceito funcional de testemunha de acusação adotado por Richard Friedman[15], que inclui todas as pessoas que fazem uma declaração contra o acusado com natureza testemunhal, seja na fase de julgamento, seja em fase anterior a ele. Faz, portanto, uma diferença entre declaração com natureza testemunhal ("testimonial") e declaração sem natureza testemunhal ("nontestimonial").

A primeira refere-se àquela em que o declarante, no momento em que a faz, tem a previsibilidade que poderá ser usada como prova eventualmente numa acusação formal, enquanto que a segunda é feita sem tal previsão.[16]

Esta ponderação sobre a diferença entre a natureza das declarações tem uma importância ímpar, já que há quem sustente que o termo testemunha ("witness") na cláusula do direito ao confronto refere-se apenas àqueles que comparecem em juízo para depor[17]. Desta forma, com a distinção proposta por Richard Friedman, testemunha, para fins de incidência do direito ao confronto,

14 Malan, 2009: 2.

15 Friedman, 1998: 1011-1043 e Friedman, 2004: 439-468.

16 Friedman, 1998: 1038-1043. Cf. também Friedman, 2007: 553-586. A título de exemplo sobre o que se considerar declaração "testimonial" e "nontestimonial", Mesquita, 2011: 405-406, nota 81, analisa dois casos da Suprema Corte Americana, *Davis v. Washington* e *Hammon v. Indiana*. O primeiro refere-se a declarações feitas ao operador do telefone de emergência (911, nos Estados Unidos) pela vítima, que afirmava ter sido agredida pelo seu antigo namorado, sendo considerado pela Suprema Corte possível de valoração judicial por ser de natureza "nontestimonial". No segundo caso, policiais receberam uma denúncia de distúrbio doméstico e, quando compareceram, a vítima Amy negou qualquer problema, mas um dos policiais, tendo suspeitado de indícios de violência, interrogou-a sem a presença do marido, tendo ela relatado a violência, sendo as declarações da vítima reduzidas a um auto escrito, assinado pela vítima. Neste caso, a Suprema Corte entendeu que não seria possível valorar tais declarações no julgamento do acusado por terem natureza "testimonial". Desta forma, o entendimento da Suprema Corte foi de que declarações "nontestimonial" podem ser aquelas prestadas no decurso de interrogatórios policiais, mas em que as circunstâncias indicam que o objetivo principal do interrogatório era solucionar uma situação urgente em progresso. Por outro lado, as declarações "testimonial" são aquelas que as circunstâncias não indicam que existe uma necessidade de intervenção urgente em progresso e em que o objetivo principal do interrogatório levado a efeito é "estabelecer ou provar factos passados potencialmente relevantes para uma acusação criminal futura".

17 Wigmore, 1923: 104.

será aquela pessoa que presta declarações com natureza testemunhal, ou seja, que exerça uma função equivalente à prova testemunhal produzida no julgamento ("functional equivalent"[18]).

Sendo assim, adotando tal entendimento, o "right of confrontation" cumprirá o seu propósito de impedir que sejam produzidas declarações testemunhais passíveis de utilização na condenação do acusado sem observar as condições acima, pois isso incentivaria a produção de depoimentos em segredo, sendo esta prática de natureza inquisitiva que justamente o referido direito pretende eliminar.[19]

Assim, qualquer declaração incriminadora testemunhal não deve ser admitida para fins de valoração judicial na condenação do acusado, a não ser que este tenha a possibilidade de confrontá-la.

Vale ressaltar que esta conceção do caráter "testimonial" de uma declaração destoava do entendimento adotado pela Suprema Corte Americana no caso *Ohio v. Roberts*[20] que, para analisar acerca da admissibilidade de um determinado depoimento dado anteriormente ao julgamento (quando a testemunha estivesse indisponível), averiguava principalmente o grau de confiabilidade ("indicia of reliability") daquela declaração.

Apenas em 2004, no caso *Crawford v. Washington*[21], a Suprema Corte Americana alterou o seu entendimento sobre o âmbito de aplicação do "right of confrontation", passando a adotar a posição de Richard Friedman de que tal direito somente se aplica às declarações de natureza testemunhal ("testimonial"), ou seja, não se admite uma declaração de natureza testemunhal dada em fase anterior ao julgamento, caso o acusado não tenha tido a oportunidade de confrontar. Com isso, a referida Corte deixou de apreciar o grau de *confiabilidade* de uma declaração testemunhal para fins de admissibilidade desta prova no julgamento, passando apenas a analisar, quanto à natureza da declaração "testimonial", se o acusado teve oportunidade de confrontar a testemunha.[22]

---

18 Cf. Caso *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004) ou 124 S.Ct. 1354, p. 1364.

19 Friedman, 1998: 1025-1026 e Malan, 2009: 78.

20 448 U.S. 56 (1980), disponível em www.supremecourt.gov.

21 541 U.S 36 (2004) ou 124 S.Ct. 1354, Disponível em www.supremecourt.gov. Acerca dos comentários na doutrina, cf. Friedman, 2004a: 1-30; Sklansky, 2009: 1634-1704; Friedman, 2007: 553-586; Friedman, 2004b: 439-468 e O´Brian, 2005: 481-510.

22 Assim, Friedman sustenta que a Suprema Corte norte-americana passa a entender que o respeito ao direito ao confronto não se satisfaz pela análise da confiabilidade de uma prova por determinação do

Diante disso, no processo adversarial anglo-americano, atualmente o direito ao confronto é interpretado no sentido de determinar que toda a declaração incriminadora contra o acusado, em regra, seja produzida em juízo de forma oral, pública, na presença do julgador e do acusado, admitindo, porém, declarações anteriores, desde que este tenha oportunidade de confrontá-las.[23]

2.2. "Right of confrontation" x "hearsay rule"

É fundamental proceder a uma diferenciação deste direito do acusado da "hearsay rule" do direito norte-americano, sendo importante salientar que serão breves comentários acerca de um assunto bastante amplo, para não nos afastarmos do escopo do presente trabalho.

Hearsay refere-se a uma declaração distinta daquela que é proferida por uma testemunha no momento do julgamento ou numa audiência para provar a veracidade de uma questão narrada.[24] A "rule against hearsay" é uma espécie das regra de exclusão probatória ("exclusionary rules") do sistema adversarial que, basicamente, veda a utilização de elementos produzidos anteriormente ao processo e declarações anteriores ao julgamento ("hearsay evidence"), contendo, porém, diversas exceções[25].

O processo penal adversarial caracteriza-se essencialmente pelo combate entre as partes (adversários), que possuem ampla iniciativa probatória, no qual a informação produzida será avaliada por um juiz neutro e passivo que resolverá a disputa.[26] A ideia central é afastar o julgador da gestão probatória, cabendo às partes apresentar os elementos de prova que considerem melhor para as

---

juiz, mas que a cláusula do direito ao confronto relaciona-se com o procedimento adequado para que a testemunha preste seu depoimento (2008: 266).

23 Malan, 2009: 78.

24 Artigo 801 (c) da *Federal Rules of Evidence*. *"hearsay is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of matter asserted".* O elemento denominado *hearsay (hearsay evidence)* é diferente daquela conceituação adotada na Europa Continental sobre o ouvir dizer, uma vez que este se refere a declarações através de pessoas, enquanto que a *hearsay evidence* engloba tanto as testemunhas de *ouvir dizer* como declarações constantes em documentos escritos, suportes mecânicos ou registros informáticos (Mesquita, 2011: 387-388). Cf. também Morgan, 1935: 1138-1160.

25 São mais de 20 exceções previstas na *Federal Rules of Evidence*. Estas exceções são aceites em razão de o legislador considerar que o testemunho indireto é tão confiável quanto o que seria o testemunho direto (artigo 803 da referida lei) e, numa outra hipótese, quando a fonte original do depoimento está indisponível, como, por exemplo, em razão de falecimento ou doença mental (artigo 804 da mencionada lei).

26 Asimow, 2007: 653-686. Cf. Landsman, 1988: 2.

respectivas teses.[27] Assim, tendo as partes um amplo poder de gestão da prova, pode-se afirmar que a proibição do "hearsay" funciona como um controle pela falta de uma supervisão imparcial nas fases da persecução penal.[28]

O direito ao confronto não se confunde com a "hearsay rule". Esta prioriza a análise essencialmente da confiabilidade do elemento de prova para fins de admissão e valoração judicial. Trata-se de uma questão epistemológica, centrando-se numa preocupação em evitar erros no julgamento por parte do julgador que poderia ser influenciado por elementos não confiáveis.[29]

Wigmore aproximava o direito ao confronto da "hearsay rule". Como visto no item anterior, para o autor o direito ao confronto era a ratificação constitucional do direito ao "cross-examination" e que tal direito era assegurado pela "hearsay rule", a qual traz em suas normas várias exceções e, assim, o direito de inquirição cruzada possui exceções que são exatamente aquelas reconhecidas na referida lei.[30]

Para o autor, a cláusula do direito ao confronto apenas prescreve que, quando a "hearsay rule" determina que um depoimento seja prestado judicialmente para sua admissão como prova, este deve ser submetido ao "cross-examination".[31]

Com tal entendimento, o direito ao confronto fica adstrito às normas da "hearsay rule" e suas exceções.

A Suprema Corte norte-americana seguia esta doutrina e aproximava os dois institutos como, por exemplo, no caso *Roberts* (visto no item anterior), que, para fins de admissibilidade probatória, e até então sob a luz do direito ao confronto, procedia com a verificação da confiabilidade do "hearsay", de acordo com o leque de exceções contidas na "rule against hearsay"[32], de modo que aquele se considerava satisfeito ao admitir-se uma declaração anterior, em conformidade com o cumprimento dos critérios desta última[33].

---

27 Malan, 2009: 19.

28 Malan, 2009: 56.

29 Spencer, 2014: 2.

30 Wigmore, 1940: 130 ("the right to subject opposing testimony to cross-examination is the right to have the Hearsay Rule enforced; for the Hearsay Rule is the rule requiring cross-examination. Now the Hearsay Rule is not a rule without exceptions").

31 Wigmore, 1940: 131.

32 Friedman, 1998: 1011-1043.

33 Friedman, 1998: 1015.

Muitas foram as críticas lançadas pela doutrina contra esta posição adotada pela Suprema Corte[34]. De facto, esta conceção esvaziava muito o conteúdo do "right of confrontation", porque a interpretação deste direito do acusado de natureza constitucional/fundamental era delimitada por um regramento infraconstitucional da "rule against hearsay".[35]

Após o julgamento do caso Crawford (já citado anteriormente), o entendimento da referida Corte é no sentido de verificar o conteúdo da declaração, se de natureza testemunhal ou não ("testimonial" ou "nontestimonial"), para poder admiti-la como prova, independentemente do grau de *confiabilidade* de tal declaração. Ou seja, havendo uma declaração incriminadora testemunhal, esta só poderia ser admitida caso o acusado tivesse a oportunidade de confrontar.[36]

Desta forma, com esta nova interpretação, o direito ao confronto afastou-se da "hearsay rule", tendo sido assegurada a sua natureza de direito fundamental de forma a garantir ao acusado proteção contra práticas inquisitivas e abusos na persecução penal. Portanto, a interpretação dada a tal direito não deve se pautar pelas exceções legais à regra de proibição do "hearsay".[37]

Assim, o "right of confrontation" aplica-se quando a fonte de prova é um ser humano[38] que faz uma declaração com natureza testemunhal ("testimonial")[39], enquanto que a "hearsay rule" tem aplicação sobre os demais testemunhos indiretos, sejam aquelas provenientes de declarações de fonte pessoal com natureza "nontestimonial", sejam outras hipóteses de testemunhos indiretos previstos na "Federal Rules of Evidence".[40]

---

34 Friedman, 1998: 1011-1043; Jonakait, 1988: 622.

35 Malan, 2009: 96-97.

36 Friedman, 2004a: 1-30. Cf. Mesquita, 2011: 403-404, nota 79.

37 Malan, 2009: 97. Para este autor, *"pode se afirmar que o âmbito de incidência do right of confrontation (declarações testemunhais incriminadoras) é, por um lado, mais restrito do que a hearsay rule (testemunhos indiretos em geral). Por outro lado, a cláusula do confronto oferece proteção mais intensa ao acusado, pois, ao contrário da hearsay rule, ela não pode ser restringida em razão da confiabilidade do testemunho indireto".* Cf. Friedman, 2004a: 1-30; Friedman, 1998: 1013.

38 Malan, 2009: 79. Friedman, 1998: 1026.

39 Friedman, 2004a: 1-30.

40 Cf. nota supra 24.

2.3. Direito ao confronto x contraditório

Antes de ingressarmos na análise do tratamento dado pelo TEDH, é importante estabelecer uma diferenciação entre o direito ao confronto e o contraditório.

O direito ao confronto é um direito que só pertence ao acusado, enquanto que o contraditório é de titularidade de ambas as partes processuais. Conforme alguns apontamentos trazidos por Diogo Malan [41], do ponto de vista da aplicabilidade, o confronto relaciona-se com os atos processuais de produção de prova derivada de fonte pessoal, ao passo que o contraditório, a par da sua aplicação à produção de prova oral, também se aplica aos demais atos da instrução (p. ex., produção de prova documental e pericial) ou a outras fases processuais (alegações finais, p. ex.).

Nesse sentido, interessante o parecer 18/81, da Comissão Constitucional, de relatoria de Figueiredo Dias[42], que embasou a decisão de inconstitucionalidade do artigo 439.º, do CPP/1929[43], do Conselho da Revolução (Resolução 146-A/81), concluindo que o contraditório não se limita a regular os meios de prova oral apresentados pela parte contrária. Tanto é que, no tocante à prova documental ou pareceres de peritos, é possível a sua admissão e nem por isso se considera violado o contraditório pela falta de inquirição cruzada daquele que os elaborou[44].

Daí dizer-se, pois, que o contraditório tem uma amplitude maior na sua aplicação relacionado com a natureza dos atos probatórios e com as fases do procedimento, ao passo que o direito ao confronto fica com a aplicabilidade restrita aos atos de produção da prova oral incriminadora, em que também tem incidência do contraditório.[45]

Concordamos com Diogo Malan quando afirma que, muito embora o contraditório tenha uma incidência mais ampla, o direito ao confronto (relativo

41 Malan, 2009: 98-104.

42 Disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/biblioteca/cc/cc_volume_16.pdf. Acesso em 26 abr. 2016.

43 A norma do referido artigo autorizava a transmissibilidade das declarações anteriores à fase de julgamento com a possibilidade de utilização e valoração pelo julgador.

44 Parecer 18/81: 96. O fundamento base da declaração de inconstitucionalidade foi a violação ao artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, e não a violação do contraditório (artigo 32.º, n.º 5).

45 Malan, 2009: 104.

aos atos de produção da prova oral especificamente) fornece uma proteção mais intensa do que aquele, diante de todos os corolários decorrentes deste último.[46]

Portanto, o direito ao confronto, na sua vertente do direito de interrogar (ou fazer interrogar) as testemunhas de acusação[47], não decorre do contraditório, tampouco se confunde com ele[48]. Este último, além de não se restringir aos meios de prova pessoal, concede às partes uma "ampla e efectiva possibilidade" de discutir o elemento de prova contra si dirigido antes de qualquer decisão do juiz, considerando-se satisfeito, para parte da doutrina, com a mera audição da parte sobre o elemento já produzido.[49]

Assim sendo, o direito ao confronto afasta-se do contraditório sobre o elemento de prova ("contraddittorio sull'elemento di prova"[50]), tendo em vista que, neste caso, será apenas oportunizado ao acusado manifestar-se sobre o elemento de prova já produzido (de forma diferida), cuja produção da prova não contou com sua participação e, portanto, ficará inviabilizado de confrontar momentaneamente qualquer elemento produzido. Em contrapartida, é possível afirmar que o direito ao confronto tem uma relação mais próxima com a conceção do contraditório para o elemento de prova[51] ("contraddittorio per l'elemento di prova"[52]), uma vez que o acusado participa efetivamente na produção de prova, estando presente no momento da colheita de um depoimento testemunhal (contraditório forte).

Nada obstante, um não exclui o outro; pelo contrário, direito ao confronto e contraditório complementam-se, porquanto este assegurará ao acusado a possibilidade de se manifestar sobre "(i) elementos de prova de outra natureza (pericial ou documental) produzidos; (ii) a prova oral já produzida, em sede de alegações finais; (iii) a valoração do resultado da prova efetuada pelo juiz, em sede recursal."[53]

---

46 Malan, 2009: 104.

47 Sem esquecer os outros corolários, vistos nos itens anteriores, que asseguram o efetivo exercício deste direito.

48 Parecer 18/81: 96.

49 Parecer 18/81: 97.

50 Ubertis, 2009: 40.

51 Malan, 2009: 103.

52 Ubertis, 2009: 40.

53 Malan, 2009: 104.

3. ANÁLISE DO DIREITO AO CONFRONTO PELO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Como visto, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no seu artigo 6.º, n.º 3, *d)* prevê o direito do acusado de "interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação (...)"[54]. Como visto, tal dispositivo tem inspiração no modelo do *common law*, notadamente no direito anglo-americano que consagrou o direito ao confronto em sua Constituição, parecendo ter como objetivo assegurar um caráter adversarial ao processo[55], em particular pela ideia do "fair trial"[56], previsto no topo do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH (direito a um processo equitativo), do qual o direito de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas é corolário.[57]

Ocorre que isso não significa que o TEDH obrigue os Estados Partes a adotar um modelo adversarial, seja na produção da prova oral, seja na exclusão das provas quando não submetidas ao confronto[58], podendo-se dizer que o TEDH, apesar de se aproximar de um modelo adversarial, relativiza diversas regras do seu procedimento.[59]

O TEDH, frequentemente, sustenta que cabe às legislações internas de cada país disciplinar sobre as questões de admissibilidade da prova[60], não devendo a Corte imiscuir-se em tais matérias, mas apenas avaliar se a prova apresentada contra o acusado e o procedimento em geral atendem ao "fair trial".[61] Assim, a

---

54 Na versão inglesa, "everyone charged with a criminal offense has the right to examine or have examined witnesses against him".

55 Badaró, 2014: 181 e Summers, 2007: 137. A última autora afirma que em razão dos diferentes ordenamentos jurídicos europeus, a norma do artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH se tornou um dos mais controvertidos da Convenção.

56 Caso do TEDH *Schatschaschwili c. Alemanha*, n.º 9154/10, de 17 de abr. 2014; caso do TEDH *Taxquet v. Belgium*, n.º 926/05, § 84, de 16 de nov. 2010. Disponível em www.echr.coe.int.

57 Mesquita, 2011: 422.

58 Badaró, 2014: 181.

59 O grande problema enfrentado pelo TEDH é que possui sob sua jurisdição diversos países com sistemas processuais bem diferentes e a Corte precisa de buscar um *standard* mínimo de aplicação de um direito probatório europeu, assente sempre na noção de um processo equitativo.

60 É o que a Corte de Estrasburgo entende por "margem de apreciação" nacional. Para mais detalhes sobre esse assunto, cf. Cakmak, 2006: 18-29 e Yourow, 1988: 111-160.

61 *Summers,* 2007: 133-134. Caso do TEDH *Schatschaschwili c. Alemanha*, de 17 abr. 2014; Caso do TEDH *Windisch c. Áustria*, de 27 set. 1990; Caso do TEDH *Doorson v. Holanda*, de 26 mar. 1996; Caso do TEDH *Lucà v. Itália*, de 27 fev. 2001; Caso do TEDH *Perna v. Itália*, de 6 maio 2003. Disponível em www.echr.coe.int. Conforme Badaró, a Corte Europeia já se manifestou no sentido de que o seu papel não é o de se pronunciar quanto à possibilidade do depoimento de uma testemunha ter sido corretamente admitido

Corte considera que o direito ao confronto deve ser analisado dentro de uma perspectiva mais ampla de um processo equitativo previsto no artigo 6.º da CEDH.

Para Richard Friedman[62], a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não tem qualquer similitude com a "hearsay rule", até mesmo pelo facto de a maioria dos países signatários da Convenção não possuírem uma "hearsay law". Porém, em suas previsões do artigo 6.º, n.º 1 e n.º 3, *d),* adotaram o direito ao confronto. Tal direito de confronto é analisado sob uma perspectiva processual[63], e não apenas uma questão probatória, uma vez que se relaciona com o procedimento adequado para que uma testemunha dê o seu depoimento contra o acusado.[64]

O conceito de testemunha adotado pelo TEDH é amplo, não se limitando àquelas pessoas que depõem em juízo, mas também todas que prestam declarações também em fases preliminares, incluindo em investigações.[65] Note-se, pois, que o essencial para a Corte é a capacidade de tal declaração ser valorada pelo juiz na sentença condenatória.

Há quem diga que, apesar de o TEDH não fazer uma diferença entre declaração incriminadora testemunhal ("testimonial") e outras formas de "hearsay", todos os casos julgados pela Corte sob a análise do artigo 6.º da CEDH envolveram declarações dadas em fases anteriores perante a polícia, Ministério Público ou juiz da instrução, as quais se assemelham com a de natureza "testimonial", conforme interpretação delineada no caso Crawford, julgado pela Suprema Corte norte-americana.[66]

Em regra, o TEDH entende que a prova deve ser produzida numa audiência pública, na presença do acusado, com base num modelo adversarial, ou seja, a defesa deve confrontar as testemunhas em juízo oral, público e contra-

---

como prova, mas o de verificar se o processo como um todo, incluindo a maneira em que a prova foi tomada, era justo (2014: 181).

62 Friedman, 2004a: 13-14.

63 Mesquita, 2011: 428

64 Friedman, 2004a: 15.

65 Caso do TEDH *Kostovski c. Países Baixos*, de 20 nov. 1989. Disponível em www.echr.coe.int.

66 O´Brian, 2005: 15. Para o autor, após o julgamento pela Suprema Corte norte-americana do caso *Crawford*, deu-se uma nova interpretação e significado independente à cláusula do direito ao confronto, diversa da que até então era dada, sendo consistente com o entendimento dominante do TEDH referente à análise do artigo 6.º da CEDH (2005: 30). Para mais detalhes de declarações "testimonial" e sobre o caso referido, ver capítulo anterior do presente trabalho.

ditório (caso *Ash c. Áustria*, de 26 abr. 1991; caso *Cardot c. França*, de 19 mar. 1991).[67]

No entanto, a própria Corte faz uma ressalva e admite a utilização de provas no julgamento, apesar de produzidas em fases inquisitórias, desde que tenha sido dada à defesa a oportunidade adequada e suficiente de confrontá-las, seja na produção destas declarações, seja em momento posterior[68].

Esta ressalva é tão comumente aplicada pela Corte que uma parte da doutrina aduz que, atualmente, apenas excepcionalmente em alguns casos pontuais é que se segue o entendimento de que toda a prova deve ser produzida em audiência oral, pública e perante um juiz imparcial, prevalecendo dentro da Corte a ideia de que, para cumprir a norma do artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH, basta providenciar uma oportunidade adequada ao acusado para confrontar a prova, seja antes ou durante a fase de julgamento.[69]

A noção de contraditório, portanto, aceita pela Corte de Estrasburgo é um contraditório sobre o elemento de prova ("contraddittorio sull'elemento di prova"), e não um contraditório na formação do elemento de prova ("contraddittorio per l'elemento di prova")[70]. Em outras palavras, o primeiro refere-se a um contraditório fraco ou diferido, uma vez que o acusado não estará presente no momento da produção da prova, podendo apenas reagir e confrontar esta prova num momento posterior, enquanto que o segundo é a efetiva participação do acusado na produção de prova, uma vez que estará presente no momento da colheita de um depoimento testemunhal, por exemplo (sendo denominado de contraditório forte).

---

67 Kirst, 2003: 785. Ver também o caso do TEDH *Barberà, Messegué e Jabardo c. Espanha*, de 6 dez. 1988, §§ 78. Disponível em www.echr.coe.int.

68 *Lucà c. Itália*, de 27 fev. 2011; Caso do TEDH *Solakov c. "the former Yugoslav Republic of Macedonia"*, de 31 out. 2001; Caso do TEDH *Kostovski c. Holanda*, de 20 nov. 1999; Caso do TEDH *SN c. Suécia*, de 02 jul. 2002; Caso do TEDH *Asch c. Áustria*, de 26 abr. 1991; Caso do TEDH *Isgrò c. Itália*, de 19 fev. 1991. Disponível em www.echr.coe.int.

69 Summers, 2007: 145-146. A autora conclui que a decisão no caso *Cardot c. França* é excecional dentro da Corte. No referido caso, entendeu-se que, para atender os requerimentos de um processo justo e a paridade de armas, as testemunhas devem ser ouvidas no julgamento e sob a perspetiva de um processo adversarial porque, assim, o juiz poderá analisar o comportamento da testemunha examinada e formar a sua própria impressão de credibilidade desta. Ressalta-se que a Corte, neste caso, mesmo tendo o acusado confrontado a testemunha na fase anterior ao julgamento, entendeu que esta deveria ter sido chamada a depor em juízo oral e público, seguindo um processo adversarial.

70 Distinções feita pela doutrina italiana. Cf. Ubertis, 2009: 40.

O TEDH, no que se pode considerar seu "leading case", no caso *Unterpertinger c. Áustria*[71], apreciou a possibilidade de utilização para condenação de declarações de duas testemunhas na fase de investigação, em que a defesa não interveio e as testemunhas não foram ouvidas em julgamento. A princípio, o TEDH entendeu que a utilização de tais declarações não viola, automaticamente, o artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH, desde que estas não sejam o embasamento exclusivo ou preponderante para a condenação. No caso acima aludido, entretanto, entendeu-se pela violação, em razão das declarações terem sido decisivas para a condenação dos acusados.

São adotados alguns critérios pelo Tribunal, em que (i) se verifica se houve um processo equitativo ("fair trial") na perspectiva do procedimento como um todo, (ii) não se adota uma proibição abstrata da prova e (iii) se aprecia o relevo da prova na condenação do acusado.[72]

Conforme visto acima e também se analisará de forma detalhada adiante, o TEDH tem entendido que é possível a utilização de declarações feitas numa fase pré-processual ("hearsay witness"), desde que o acusado tenha tido a possibilidade de questionar tais depoimentos, quer no momento da produção da declaração, quer em momento posterior e, assim sendo, não haveria violação da referida norma.[73] Isto porque, dando ao acusado uma ocasião "adequada e suficiente" para discutir um testemunho contra ele, as declarações dadas em fases anteriores ao juízo oral não lesionam o direito ao devido processo se puderem ser submetidas ao contraditório.[74]

Alinhado a tal fundamento, o Tribunal de Estrasburgo aplica uma regra chamada de "sole or decisive rule"[75], na qual se entende que uma condenação

---

71 Caso do TEDH *Unterpertinger c. Áustria*, de 24 nov. 1986, §§28-33. Disponível em www.echr.coe.int. Trata-se de um caso de violência doméstica em que a esposa do acusado e a sua enteada se recusaram a depor contra ele no julgamento, sendo utilizadas as declarações dadas em fase policial, que serviram de base para condenação.

72 Mesquita, 2011: 424. Quanto à conclusão de que o TEDH avalia o peso das declarações não submetidas ao confronto na condenação do acusado para verificar se o direito ao confronto foi violado, cf. Vanderpuyet, 2010: 551.

73 Caso do TEDH, *Unterpertinger c. Austria*, §31, de 24 nov. 1986; Caso do TEDH *Kostovski c. Holanda,* §41, 20 nov. 1989; *Lucà c. Italia*, §47, 27 fev. 2001; *Asch c. Austria*, §20, de 26 abr. 1991; *Saïdi c. França,* §43, de 20 set. 1993. Disponível em www.echr.coe.int.

74 Alcácer Guirão, 2013: 4.

75 Essa regra é objeto de críticas. Para tanto, ver Summers, 2007: 140-143 que afirma que para se assegurar o "fair trial" é essencial que todas as testemunhas de acusação sejam confrontadas pelo acusado, ou ao menos que se lhe dê a possibilidade para isso, independentemente de o depoimento ser decisivo ou único para a condenação. Ademais, aduz que a regra do "sole or decisive rule" é contrário aos objetivos

não pode ser fundamentada exclusivamente ou de forma preponderante num depoimento prestado em fase extrajudicial, cujo acusado não teve a chance de confrontar.[76]

No caso *Lucà v. Itália*, sentença de 2001, citado em diversos outros julgamentos, o TEDH fixou a orientação de que, por vezes, os juízes precisam de se valer de declarações prestadas em fase anterior ao julgamento, salientando que basta dar ao acusado a possibilidade de confrontar em algum momento. Entretanto, quando a condenação se baseia de forma preponderante ou exclusiva em depoimentos que o réu não pode examinar ou fazer examinar na fase de investigação ou de julgamento, há clara violação do direito de defesa, sendo tal incompatível com as garantias dadas pelo citado artigo.[77]

A ideia, portanto, era que, em relação às declarações de testemunhas que fossem fundamento exclusivo ou preponderante de condenações criminais, acaso não fosse dada a oportunidade ao acusado de as questionar, automaticamente representariam uma violação ao artigo 6.º, n. 3, *d)*, da CEDH.

Ocorre que, no caso objeto do presente estudo, o TEDH fez uma nova interpretação do direito ao confronto ao permitir a utilização de declarações de testemunhas que não foram submetidas ao escrutínio do acusado e que foram consideradas como "sole or decisive rule", ou seja, em que a condenação se baseou de forma preponderante nelas.

A discussão na Corte Europeia foi acerca da possibilidade de utilização de mecanismos de contrabalanceamento ("counterbalancing factors") para justificar o uso de tais declarações no julgamento do acusado e se tais medidas são/foram suficientes para impedir uma violação do direito de confrontar as testemunhas quando se trata principalmente de declarações com peso grande para a condenação.

O primeiro julgamento realizado pela Câmara do TEDH no caso *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, o qual fora reformado posteriormente

---

do preâmbulo da Convenção e cria níveis de proteção diferentes entre prova documental e testemunhal, assim como entre sistemas que utilizam o exame das testemunhas no julgamento e sistemas que utilizam a fase anterior ao julgamento para o confronto com as testemunhas.

76 Caso do TEDH *Lucà c. Itália*, de 27 fev. 2001; caso do TEDH *Asch c. Austria*, de 26 abr. 1991; caso do TEDH *Saïdi c. França*, de 20 set. 1993; caso do TEDH *Kostovski c. Holanda*, de 20 nov. 1989; caso do TEDH *A.L. c. Finlândia*, de 27 jan. 2009; caso do TEDH *D. c. Finlândia*, de 7 jul. 2009. Disponível em www.echr.coe.int.

77 Caso do TEDH *Lucà c. Italia*, §40, de 27 fev. 2001. Disponível em www.echr.coe.int.

pela Grande Câmara ("Grand Chamber"), foi no sentido de não ser possível a utilização de declarações que não obedeceram à norma elencada na CEDH (artigo 6.º, n.º 3, *d)*).

Por outro lado, a Grande Câmara decidiu que mecanismos de contrabalanceamento no caso Al-Khawaja foram suficientes para impedir uma violação ao direito de examinar as testemunhas, entendendo de forma diversa quanto ao caso *Tahery*. Alguns aspectos do acórdão foram ressaltados pela doutrina[78] como sendo centrais para a análise da questão, quais sejam, (i) a regra conhecida como "sole or decisive rule" é absoluta?; (ii) podem mecanismos de contrabalanceamento evitar uma violação ao direito de examinar testemunhas quando suas declarações têm importância decisiva? e (iii) se existe uma boa razão para não comparecimento da testemunha em juízo?

Este novo entendimento levou o TEDH a negar a violação ao direito ao confronto, concluindo que, mesmo quando o acusado não teve a oportunidade de interrogar as testemunhas, é possível realizar uma ponderação das circunstâncias concretas em cada caso, desde que os órgãos judiciais introduzam medidas que compenssem o prejuízo imposto ao direito defensivo. Tal ponderação pode ocorrer, por exemplo, quando existam interesses concretos de necessidade de proteção da vítima ou da testemunha e os órgãos judiciais autorizam a ausência da vítima em juízo por temor a represálias, ou aceitam o anonimato do depoimento.[79]

No próximo capítulo, veremos especificamente esta mudança de entendimento da Corte de Estrasburgo quanto ao direito fundamental do acusado ao confronto das testemunhas que depõem contra si, analisando o caso objeto de estudo e tecendo os comentários e críticas cabíveis.

4. COMENTÁRIOS DO CASO *AL-KHAWAJA E TAHERY C. REINO UNIDO*

Conforme comentado acima, no caso sob análise entendeu-se que não se pode aplicar a regra ("sole or decisive rule") de forma inflexível e que, apesar de as declarações anteriores ao julgamento ou extrajudiciais serem únicas, decisivas

78 Wilde, 2012: 157-182.

79 Alcácer Guirão, 2013: 11, referindo-se inclusive ao comentário feito pelo próprio TEDH no caso *Al-Khawaja e Tahery*, §37. Saliente-se que o TEDH não vinha aceitando uma condenação com base unicamente ou de forma preponderante em testemunhos anónimos, mesmo quando utilizados mecanismos de compensação para diminuir os prejuízos defensivos. Caso *kostovski c. Holanda*, §44, de 20 nov. 1989 e caso *Visser c. Holanda*, §55, 2002 (este último indicado pelo autor citado nesta nota).

ou preponderantes na sentença condenatória, não há uma violação automática do artigo 6.º, n.º 1.[80]

Isto levou à conclusão, por alguns, que o TEDH, alterando substancialmente a posição anterior da jurisprudência, vem sustentar que a regra do "sole or decisive rule" deixa de ostentar a condição de regra e passa a ser considerado um princípio, passível, pois, de ponderação com outros interesses no caso concreto. [81]

Assim, diferentemente do sustentado pelo TEDH em casos anteriores, como *Lucà v. Italia*, o Tribunal assenta o critério de que, quando uma condenação está baseada unicamente ou de modo decisivo em elementos de prova decorrentes de testemunhas ausentes, a impossibilidade das declarações anteriores passarem pelo crivo da inquirição cruzada não gerará automaticamente uma violação ao direito de um processo equitativo, dependendo se no caso concreto existem "suficientes fatores de compensação, incluindo medidas que permitam uma justa e adequada avaliação da confiabilidade da prova". Esta permitiria que uma condenação se fundamente unicamente em tal prova somente se ela é suficientemente confiável dada a sua relevância para o caso" (§147, *Al-Khawaja e Tahery*, 2001).[82]

Visto que o Tribunal de Estrabargo já não considera a regra do "sole or decisive rule" como sendo de caráter absoluto, passaremos agora a outros fatores que foram considerados pela Corte, repetindo a indagação feita mais acima: "podem mecanismos de contrabalanceamento evitar uma violação ao direito de examinar testemunhas quando suas declarações tem importância decisiva?".

No contexto do direito de examinar testemunhas, tais mecanismos de compensação ou contrabalanceamento são métodos utilizados para verificar a credibilidade do depoimento de uma testemunha por meio diverso do exercício do direito ao confronto pelo acusado.

No caso *Al-Khawaja*, como visto no capítulo do enquadramento geral do caso, a questão levantada foi se as declarações prestadas pela vítima S (que

80 Caso do TEDH *Al-Khawaja and Tahery*, §§146 –147, de 15 dez. 2011.

81 Alcácer Guirão, 2013: 11.

82 Alcácer Guirão, 2013: 12. Após o julgamento do caso *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, a Corte julgou o caso *Ellis, Simms e Martin c. Reino Unido*, de 10 abr. 2012, que tratava do depoimento dado por testemunha anónima. Neste caso, a Corte utilizou como horizonte os critérios aplicados no *Al-Khawaja,* quais sejam, (i) se existe um bom motivo para manter em segredo a identidade da testemunha, (ii) se o depoimento dado pela testemunha anónima é utilizado na condenação de modo decisivo ou preponderante e (iii) se for decisivo ou preponderante, se foram utilizadas medidas compensatórias para permitir a correta e justa avaliação da credibilidade da testemunha (§§75-78).

faleceu antes do julgamento) perante a polícia poderiam ser lidas ao júri e, por conseguinte, valoradas no julgamento do acusado. Quanto ao caso *Tahery*, o problema levantado era se poderia ser admitida a leitura ao júri das declarações de T, dadas a um juiz e não ao júri (juiz natural daquele caso) sem a presença do acusado e, portanto, sem a possibilidade de confrontá-lo.

O TEDH estabeleceu alguns critérios para analisar a utilização de declarações anteriores, tais como: (i) se era necessário admitir tais declarações em cada caso; (ii) se a prova que não foi submetida a exame pelo acusado era única ou decisiva para a condenação e (iii) se existiram mecanismos de compensação, incluindo fortes garantias procedimentais que assegurassem um julgamento, como um todo, justo, conforme o artigo 6.º, n.º 1 e n.º 3, *d)*.[83]

No tocante à regra do "sole or decisive rule", verificamos acima que o TEDH alterou a sua jurisprudência para a considerar não mais como uma regra absoluta e que, no presente caso, as declarações prestadas sem confronto pelos acusados foram fundamentos únicos ou decisivos para as respectivas condenações.[84]

Quanto aos fatores de compensação, entendeu o Tribunal que o depoimento da vítima (caso *Al-Khawaja*) foi prestado à polícia de maneira formal. A credibilidade do seu depoimento foi verificada por ter contado a mesma versão a dois amigos logo após o evento criminoso e tais amigos terem deposto no julgamento. Ademais, o conteúdo do depoimento da vítima era similar ao de outra vítima do mesmo acusado e o júri foi devidamente alertado de que deveria ser dado menos peso a tal depoimento em razão da ausência de exame cruzado. Para o Tribunal, o júri foi capaz de avaliar de forma adequada e justa a credibilidade da vítima.[85]

Com relação ao caso *Tahery*, o tribunal entendeu que não foram utilizados mecanismos suficientes de compensação pela leitura ao júri do depoimento da testemunha T. Note-se que esta testemunha foi a única que presenciou a suposta agressão do acusado Tahery e, apesar do país recorrido (Reino Unido) ter sustentado que havia medidas de compensação ou contrabalanceamento suficientes, – eis que o acusado poderia trazer provas com o seu interrogatório ou trazendo outras testemunhas e que o júri foi advertido para levar em consideração a ausência da testemunha no momento do julgamento, – o Tribunal

83 Caso do TEDH *Al-kawaja e Tahery*, §152, de 15 dez. 2011.

84 Caso do TEDH *Al-kawaja e Tahery*, §154.

85 Caso do TEDH *Al-kawaja e Tahery*, §§ 155-157.

entendeu que não foram utilizadas medidas compensatórias suficientes para diminuir o prejuízo da defesa, porque o fato de o acusado negar a acusação não o torna capaz de testar a credibilidade da prova dada pela testemunha T por "cross-examination" e não seria possível trazer outras testemunhas em razão de não existir outras presenciais além de T.[86]

Quanto ao outro ponto central levantado anteriormente – "se existe uma boa razão para não comparecimento da testemunha em juízo?" –, o Tribunal também se debruça sobre tal questão e entende que isto deve ser apreciado antes mesmo de se saber se uma prova é única ou decisiva de uma condenação ("sole or decisive rule"). Mesmo quando uma prova decorrente de uma testemunha ausente no julgamento não é uma prova única ou decisiva, entende-se pela violação ao artigo 6.º, n.º 1 e n.º 3, *d)*, da CEDH, se não houver uma "boa razão" para não a apresentar a julgamento. A regra geral é assim a de que a prova testemunhal deve ser obtida em audiência durante o julgamento e todos os esforços devem ser feitos para assegurar a presença da testemunha.[87]

Diante do exposto, pode-se concluir que o TEDH assentou o critério de que a ausência de confronto não se opõe a um processo equitativo se no caso concreto existirem medidas que permitam uma correta avaliação da credibilidade da declaração da testemunha.[88]

5. CRÍTICAS AO JULGAMENTO REALIZADO PELO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Com esta decisão, na verdade, esvazia-se muito o conteúdo do direito do acusado de confrontar as testemunhas, como determinado na CEDH, uma vez que basta apurar-se a credibilidade das testemunhas por outro meio diverso do confronto que já seria suficiente para aceitar as declarações prestadas em fases anteriores à judicial como prova no julgamento do acusado. Em outras palavras, o que exige o TEDH dos órgãos judiciais já não são medidas que venham a compensar os "déficits da defesa" e que, apesar de diminuída a defesa, permitam um certo grau de confrontação, mas antes medidas que permitam assegurar "por outras vias a credibilidade das declarações".[89]

---

86 Caso do TEDH *Al-khawaja e Tahery*, §161-165.

87 Caso do TEDH *Al-khawaja e Tahery*, §120.

88 Alcácer Guirão, 2013: 11

89 Alcácer Guirão, 2013: 13.

O facto é que o direito ao confronto não se esgota em verificar a credibilidade ou confiabilidade das declarações testemunhais apenas, mas é muito mais amplo que isso, ao permitir ao acusado que participe na produção da prova, não podendo, pois, "por tal razón, (...) que pueda sencillamente ser substituida por otras formas de asegurar la fiabilidad de los testimonios sin conllevar a la vez uma considerable merma del derecho a um proceso equitativo".[90] Além do mais, como vimos, o direito ao confronto tem diversos outros corolários refletindo no direito ao acusado: "(i) à produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) a presenciar a produção da prova testemunhal; (iii) à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) à imposição do compromisso de dizer a verdade às testemunhas; (v) a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal; (vi) a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção da prova testemunhal".[91]

A simples confiabilidade de um depoimento não é critério para determinar a admissibilidade de uma prova para se observar um processo justo à luz do direito ao confronto. Na verdade, a avaliação sobre a confiabilidade de um elemento de prova será um ato de valoração probatória que não pode ser antecipada para o juízo acerca da admissibilidade da prova.[92] O que se tem que garantir para tornar admissível uma prova é o respeito ao direito ao confronto, que tem como objetivo evitar que o acusado fique à mercê dos órgãos persecutórios do Estado quanto a declarações testemunhais produzidas em fases anteriores ao julgamento onde o acusado não teve possibilidade de participar na sua produção em um juízo oral, público e contraditório com a possibilidade de confrontar as testemunhas.[93]

Ao elencar os direitos no parágrafo 3.º do artigo 6.º, a CEDH pretendeu assegurar, minimamente e sob à luz do interesse da justiça, que tais direitos, entre eles, o direito ao confronto, são necessários para contrabalancear com o poder estatal acusatório, notoriamente mais forte. E realizar uma nova ponde-

90 Alcácer Guirão, 2013: 13.

91 Maffei, 2012: 37-43.

92 Friedman, 1998: 1027-1029; Malan, 2009: 97.

93 Malan, 2009: 97-98.

ração com os interesses da administração da justiça é, na verdade, conceder à acusação uma vantagem ainda maior.[94]

Conforme sustentado no voto dissidente, a Corte até então sempre protegeu um núcleo essencial mínimo do direito ao confronto com aplicação da regra "sole or decisive rule", mas com a decisão ora analisada abandonou por completo a aplicação do "right of confrontation".[95]

Ainda quando esta regra era aplicada sem possibilidade de relativização, havia críticas na doutrina com relação à permissão de utilização de declarações anteriores de testemunha que não fosse oportunizado ao acusado desafiá-la – mesmo que este não fosse o único ou decisivo para condenação –, pois as garantias estabelecidas no artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH (direito ao confronto) são essenciais para assegurar o processo justo ("fair trial").[96]

E, ademais, para se assegurar a equidade do procedimento é necessário que a Corte apenas respalde a noção de contraditório forte ou aquele exercido na formação do elemento de prova ("contraddittorio per l'elemento di prova") e não aceite o contraditório sobre o elemento de prova ("contraddittorio sull'elemento di prova")[97] que posterga a oportunidade do acusado se manifestar sobre o elemento de prova para um momento posterior ao da produção (contraditório fraco ou diferido).

Nesse sentido, é importante dizer que o "right of confrontation" se identifica com o contraditório na formação do elemento de prova porque exige a presença do acusado no momento da produção deste elemento, permitindo que questione de pronto o que estiver sendo produzido.[98]

O contraditório serve para a formação da prova com a participação das partes que é dirigida ao juiz (receptor das provas produzidas para posterior

---

94 Voto dissidente do caso do TEDH *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*. Nesse sentido, ver também O'Brian: 2005, 21-22.

95 *"O termo 'overall examination' é novo no contexto do artigo 6. É verdade que a Corte consistentemente avalia o impacto que a impossibilidade do acusado de confrontar as testemunhas tem para fins de verificar se o procedimento como um todo foi justo. De fato, a Corte reconhece que mesmo quando um elemento do direito de defesa é restringido, pode haver um contrabalanceamento e alcançar-se um procedimento justo. Mas numa visão holista (agora definida como 'an overall examination') para determinar se o procedimento foi justo, a Corte jamais sustentou que o procedimento justo pode ser alcançado se um dos direitos fundamentais são restringidos em sua essência" (trecho do voto dissidente do caso do TEDH Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido – tradução livre).*

96 Summers: 2007, 140-143.

97 Ubertis, 2009: 33-45.

98 Malan, 2009: 103-104.

julgamento da causa), sendo fundamental para a estrutura dialética do processo. Reconhece-se, pois, aos sujeitos processuais uma "participação constitutiva" na declaração do direito ao caso.[99]

A título de ilustração, a Itália possui um dispositivo constitucional semelhante ao artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH, que assegura ao acusado o direito de confrontar as testemunhas. Apesar de ter sido inspirado na CEDH, há dois aspectos que o diferenciam: um é porque determina que o acusado confronte as testemunhas "perante um juiz" e o outro é que substituiu a palavra "testemunhas" por "pessoas" para englobar todos aqueles que prestam declarações acusatórias[100] (muito embora se saiba, como já visto, que o conceito de testemunha adotado pelo TEDH é amplo).

O Código de Processo Penal italiano contém uma disposição que proíbe a leitura em juízo de declarações testemunhais colhidas durante a fase anterior aos debates (artigo 514), consagrando a inutilizabilidade de declarações extrajudiciais para valoração judicial (artigo 526). Assim, fora das hipóteses legais de permissão da leitura, as provas obtidas em investigações preliminares são inutilizáveis, pois não foram submetidas ao contraditório.[101] Segue a afirmar Paolo Tonini que o CPP italiano adotou o princípio do "relativismo probatório" no sentido de que um elemento de prova pode valer para uma fase processual e não para outra.[102]

Portanto, podemos dizer que andou bem a legislação italiana que consagra efetivamente o direito fundamental do "right of confrontation", valorizando o direito do acusado de confrontar as testemunhas de acusação e de contribuir para a produção da prova, caminho este que poderia ser seguido e exigido pelo TEDH para com os países sob sua jurisdição.

Não se pode olvidar que é regra, para a produção de provas de fontes pessoais (testemunhas e vítimas), que esta ocorra durante o processo. Assim, a colheita de declarações em fases anteriores serve apenas para fundamentar a admissibilidade da acusação e o juízo acerca de medidas cautelares pessoais, patrimoniais ou probatórias, pelo que se considera que as "provas" produzidas

99 Martins, 2014: 24.

100 Tonini, 2002: 25.

101 Tonini, 2002: 81.

102 Tonini, 2002: 81-82.

nesta fase, por serem repetíveis, deverão ser reproduzidas na fase processual[103], sob o crivo do contraditório (além de, claro, serem submetidas ao escrutínio do acusado especificamente quanto ao seu direito de confrontar as testemunhas), para poderem ser valoradas no julgamento.[104]

A Corte de Estrasburgo, ao permitir a utilização de provas produzidas sem o exercício do direito ao confronto pelo acusado, principalmente no tocante àquelas consideradas repetíveis, apenas as submetendo *a posteriori* a uma mera ciência e discussão, viola o direito de confronto do acusado previsto no artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH. Antes da alteração de entendimento quanto à regra do "sole or decisive rule", apesar de não ser completamente satisfatória, ao menos protegia-se um núcleo mínimo deste direito ao não permitir que as condenações fossem baseadas exclusivamente ou de forma preponderante em provas não confrontadas pelo acusado[105]. Atualmente, esvazia-se completamente o conteúdo das garantias do artigo 6.º, n.º 3, *d),* da CEDH com a decisão proferida no caso *Al-Khawaja*.

Outrossim, como visto no capítulo 2.1, a Suprema Corte norte-americana, após, por longos anos, entender que o critério para se admitir uma declaração testemunhal feita em fase anterior ao julgamento era a credibilidade ("reliability") desta, alterou a sua jurisprudência, adotando o entendimento de parte

---

103 Em caso de provas não repetíveis, pela impossibilidade material de sua produção, há uma preocupação da doutrina em assegurar o contraditório (*e o direito ao confronto*) o máximo possível e portanto, exige-se uma análise mais detida sobre os motivos da impossibilidade da repetição na fase judicial das declarações extraprocessuais. Sendo assim, somente em situações absolutamente imprevistas é que se poderia permitir uma valoração dos elementos informativos, o que não ocorreria se o perecimento da prova, numa hipótese que poderia prever-se uma possibilidade real de perecimento, se desse por desídia dos órgãos responsáveis da persecução criminal e, neste caso, não se poderia utilizar o elemento informativo, conforme Zilli, 2014: 267.

104 Sousa Mendes, 2014: 48. Ambos, 2008. Neste sentido, Celso de Mello (Voto do Ministro no acórdão da AP 470/MG "Mensalão", fls. 54.050-54.052, referindo-se ao acórdão de sua relatoria sob a referência RTJ 161/264-266), ao sustentar que apenas a prova penal produzida em juízo pelo Ministério Público, sob a égide do contraditório, se reveste de "eficácia jurídica o bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório". Nada obstante, informa o Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro que nada impede que os elementos informativos do inquérito possam ser levados em conta na formação do livre convencimento do juiz quando venham corroborar com outras provas produzidas sob o crivo do contraditório. E este último ponto é passível de críticas pela violação do direito ao confronto.

105 A razão de ser é que as provas não confrontadas pelo acusado não influenciarão o conteúdo da decisão condenatória, porque o juiz valorará preponderantemente apenas provas que foram submetidas ao escrutínio do acusado. Nada obstante, ainda assim, tal afirmação é sujeita a críticas, tendo em vista que o TEDH aceita uma noção de contraditório *fraco* ou diferido (aquele sobre um elemento de prova), como visto no decorrer do capítulo.

da doutrina,[106] para impedir que declarações com clara natureza testemunhal ("testimonial") possam ser valoradas pelo juiz no julgamento do acusado, sem que este tenha a oportunidade de exercer o seu direito ao confronto. Diversamente, portanto, de como, atualmente, o TEDH vem interpretando o referido direito do acusado no sentido de aceitar provas não desafiadas pelo acusado, mesmo sendo única para a condenação, com aferição de sua credibilidade, critério este que não é essencial à aplicação do direito ao confronto.

Mesmo sabendo que o TEDH possui jurisdição sobre diversos ordenamentos jurídicos, em que uns países adotam o sistema do *common law* e outros o do *civil law*, o direito ao confronto deve ser respeitado e aplicado, impedindo a valoração de declarações testemunhais incriminadoras quando o acusado não teve a possibilidade de confrontar tais declarações, independentemente da verificação ou não de sua credibilidade/confiabilidade.

Isto porque o direito ao confronto visa coibir a produção de declarações testemunhais ocultas e de forma unilateral, em razão do seu indiscutível caráter inquisitorial.[107] Reflete também a transparência do procedimento, em que se verificará que o depoimento testemunhal não será produto de coerção ou tortura.[108]

Além do mais, o "right of confrontation" permite ao acusado que explore a fragilidade de um depoimento testemunhal contra si prestado, realçando as contradições eventualmente existentes. Além disso desencoraja falsos testemunhos ou facilita a sua detecção mais facilmente, permitindo que o julgador da causa observe o comportamento da testemunha (suas expressões faciais ou a forma de falar), o que é importante para avaliar a credibilidade das declarações.[109]

---

106 Cf. Friedman, 2004a: 1-30. Conforme informação do próprio Autor, este artigo foi feito com base na petição por ele apresentada como *amicus curiae* no caso *Crawford c. Washington*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 2004.

107 Friedman, 1998: 1025-1026; Malan, 2009: 78. Neste ponto, é interessante notar opinião de Schünemann acerca de uma necessária reforma na fase de investigação preliminar, a fim de garantir à defesa uma efetiva influência na produção probatória e um controle de correção dos atos praticados nesta fase. Assim, dentre os princípios destacados pelo Autor aptos a garantir este equilíbrio entre os interesses estatais de persecução e o interesse da defesa, vale citar (i) a criação de uma nova instituição sem vínculo ao Ministério Público nem à justiça criminal, que atue em todas as investigações no interesse apenas defensivo ("proto- ou pré-defensor"), (ii) a gravação em vídeo de todas as inquirições das testemunhas, a fim de avaliar a fidedignidade dos depoimentos e (iii) a garantia ao advogado de um direito de inquirição própria privada das testemunhas (2012: 645-648). Com relação a críticas sobre a grande influência que as declarações dadas na fase de investigação têm na formação da sentença, cf. Schünemann, 2009: 451-483.

108 Friedman, 1998: 1025-1026.

109 Friedman, 1998: 1025-1026.

Por fim, tem um propósito simbólico, dado que um confronto face a face entre acusador e acusado é essencial para um processo criminal justo.[110]

Diante disso, fica clara a importância de assegurar o direito fundamental ao confronto previsto no artigo 6.º, n.º 3, *d)*, da CEDH que, muito mais do que permitir verificar a credibilidade de uma declaração, confere ao acusado uma proteção contra práticas inquisitivas e impede a proliferação de produção de testemunhos em segredo.

6. SOBRE A QUESTÃO DA TRANSMISSIBILIDADE DAS DECLARAÇÕES TESTEMUNHAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

No sistema processual penal português, que foi objeto de alterações pontuais nos últimos anos[111], – sendo a mais recente também sobre o tema da leitura de declarações anteriores, em 2013[112] –, a regra é a intransmissibilidade das declarações processuais, razão pela qual não valem para formação da convicção do tribunal provas que não forem produzidas em audiência[113] (artigo 355.º do Código de Processo Penal português, doravante denominado CPP português).

Entretanto, há algumas exceções estabelecidas nos artigos 356.º (declarações testemunhais: assistentes, partes civis e testemunhas) e 357.º (declarações do arguido) do CPP português.

Fora os casos em que é permitida a leitura de declarações com uma antecipação do contraditório (como é o caso das declarações para memória futura dos artigos 271.º e 294.º do CPP português e aqueles atos realizados como previsto nos artigos 318.º a 320.º do citado Código), as exceções resumem-se à permissão de leitura quando necessária para clarear a memória de quem depuser na audiência e não se recorda dos factos (artigo 356.º, n.º 3, *a)*) ou

110 Friedman, 2004b: 441-443.

111 Não se pode olvidar que o Código de Processo Penal de 1987, primeiro Código de Processo Penal da democracia portuguesa, veio com a exigência de trazer em seu bojo um modelo tipicamente acusatório, com a predominância de uma audiência de julgamento oral, pública e contraditória, restringindo a possibilidade de leitura de declarações anteriores. Tal código concretizou o parâmetro já trazido pela Constituição de 1976 sobre a previsão de um processo penal com estrutura acusatória. Para um maior desenvolvimento da evolução processual e as revisões no sistema português, Cf. Figueiredo Dias, 2014: 49-88 e Sousa Mendes, 2013: 1363-1387.

112 Lei n.º 20/2013, de 21.02.

113 Cf. Figueiredo Dias, 1974: 149-152. Para Marques da Silva, 2009: 217-218, com o Código de 1987, o contraditório assumiu grande importância na produção da prova que irá fundamentar a sentença judicial, conforme os termos do artigo 355.º do CPP português. Prossegue afirmando que, com a reforma trazida em 1987, o objetivo foi pôr fim à anterior estrutura do processo penal que combinava os sistemas inquisitório e acusatório.

quando houver contradições entre as declarações anteriores e as prestadas em audiência (artigo 356.º, n.º 3, *b)*). Saliente-se que, nestes casos, as declarações anteriores limitam-se àquelas prestadas perante a autoridade judiciária (Ministério Público[114] ou juiz).

No tocante à exceção acima, confrontando com a jurisprudência do TEDH, a legislação portuguesa tem maior restrição à leitura de declarações anteriores de testemunhas, tendo em vista que, enquanto esta somente permite a leitura quando haja discrepância ou contradições entre as anteriores declarações e as prestadas no julgamento[115], a Corte de Estrasburgo admite declarações anteriores pelo fato de a testemunha se encontrar na audiência, não se limitando à ocorrência de contradições entre os depoimentos[116]. E, ainda, pela legislação portuguesa, tais declarações anteriores são aquelas prestadas apenas à autoridade judiciária (Ministério Público ou juiz). Em sentido diverso, o entendimento do TEDH que admite, neste caso, inclusive aquelas prestadas em fases extraprocessuais.

Há ainda aqueles casos em que a testemunha está ausente por falecimento, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade duradoura e, conforme o artigo 356.º, n.º 4, do CPP português, é permitida a leitura das declarações dadas perante a autoridade judiciária (Ministério Público e juiz).

Quanto a esta última exceção à permissão de leitura e valoração de declarações anteriores, ao que parece o ordenamento jurídico tem um caráter mais protetivo dos direitos do arguido, entre eles quais o direito ao confronto, do que a jurisprudência do TEDH[117], uma vez que esta Corte permite declarações extraprocessuais (e aqui se incluem declarações perante órgãos de polícia criminal) no caso de falecimento de testemunha, enquanto que a legislação portuguesa estabelece uma restrição de que tais declarações tenham sido prestadas perante a autoridade judiciária.

---

114 Vale informar que houve um alargamento no artigo 356.º, após a revisão de 2013, permitindo a leitura de declarações, nas situações especificadas, perante o Ministério Público, o que antes era permitido apenas ao juiz.

115 Para Damião da Cunha, 1997: 417-418, as declarações anteriores, nesse caso, só podem servir para "comprovar a veracidade" do depoimento prestado na audiência, e não como base para a formação da convicção do julgador. Cf. também Marques da Silva, 2006: 42.

116 Uma visão crítica sobre o caráter restritivo da legislação portuguesa, cf. Mesquita, 2011: 599-606 e notas 271, 273 e 274.

117 Caso do TEDH *Mika v. Suécia*, § 37, de 27 jan. 2009. Disponível em www.echr.coe.int.

Nada obstante, merece sublinhar, na esteira das críticas já tecidas ao longo desta pesquisa, que o tratamento dado pela legislação portuguesa deve ser visto com reservas. Isto porque, principalmente em relação à segunda exceção trazida no artigo 356.º, n.º 4, a restrição ao direito ao confronto e também ao contraditório[118] é muito forte em razão de o arguido não participar na produção da prova, tampouco poder "dialogar com elas" com eventuais esclarecimentos por parte da testemunha[119].

Neste ponto, vale ponderar que o TEDH, nos casos de indisponibilidade da testemunha, estabelecia o critério de que tais declarações não fossem fundamentos decisivos ou preponderantes para a condenação, mas que tal entendimento se alterou a partir do acórdão analisado no presente trabalho (*Al-Khawaja e Tahery v. Reino Unido*).

Mesquita, ao comparar as duas exceções, faz uma crítica no sentido de que há uma maior restrição das declarações anteriores quando a testemunha está presente em julgamento do que quando não comparece (e, neste último caso, as declarações, dependendo do preenchimento dos pressupostos legais, são admitidas e valoradas pelo julgador em sua plenitude). A razão da crítica é que a lesão aos princípios determinantes da formação da prova testemunhal é mais séria nesta última hipótese, seja pela ausência de confronto por parte do acusado, que fica alijado de "interrogar ou fazer interrogar", seja pela ausência de imediação, em que o tribunal "não estabelece um contacto sensorial com a fonte de prova, nem lhe pode colocar questões"[120]. No entendimento do autor, se a testemunha comparece em julgamento, não haveria razão para restringir a admissão dos depoimentos somente aos casos de avivamento da memória ou de contradições nos depoimentos, já que o arguido poderia realizar a inquirição cruzada relativa à anterior declaração.

Por fim, vale informar que quando o Ministério Público, arguido e assistente concordarem com a leitura, também esta será permitida, inclusive, neste caso, com a leitura de declarações prestadas também perante órgãos de polícia criminal [121].

---

118 Sobre a diferença entre os dois institutos, cf. item 2.3.

119 Cf. Costa Pinto, 2013: 191-192. Para o autor, entre as duas exceções destacadas no texto, as declarações prévias somente podem ser usadas como "a crítica da prova" para esclarecer dúvidas, discrepâncias ou avivar a memória, não podendo ser utilizadas na ausência dos declarantes por violação do contraditório (2013: 193). Neste sentido, cf. Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012: nota 10.

120 Mesquita, 2011: 604.

121 Acórdão do Tribunal Constitucional n° 1052/96: "A exigência de um consentimento alargado ao Ministério Público, ao arguido e à defesa, para que a leitura das declarações seja possível não se apresenta

CONCLUSÃO

O "right of confrontation" é um direito fundamental do acusado de questionar/desafiar as testemunhas, ou melhor, todos aqueles que fazem uma declaração incriminadora contra o ele. Tal direito está consagrado em diversos instrumentos internacionais, entre eles a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Resumidamente, vimos a importância de a produção de prova ser realizada na presença do acusado, assegurando-lhe o direito de confrontar as testemunhas de acusação, e a celeuma em torno da utilização de declarações dadas em fase anterior ao julgamento na sentença condenatória.

Mais especificamente, tecemos críticas à postura adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido*, pelo esvaziamento do direito em tela ao permitir que condenações sejam fundamentadas em elementos não confrontados pelo acusado.

Isso porque, mais do que uma aferição de credibilidade de um determinado depoimento, o direito ao confronto impedirá práticas inquisitivas por parte do Estado com a produção de declarações em segredo para posterior utilização na fase de julgamento, em substituição dos depoimentos presenciais face a face com o acusado.

Assim, o novo entendimento adotado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos atinge o núcleo essencial do direito ao confronto e agride a estrutura acusatória do processo, violando direitos e garantias fundamentais do acusado, bem como a ideia de um processo equitativo, os quais deveriam ser protegidos pela Corte.

Cremos que todos as declarações anteriores das testemunhas devem ser consideradas inadmissíveis para fins de valoração judicial quando estas não comparecerem ao julgamento, a fim de que o juiz valore as provas produzidas em audiência na presença do acusado em igualdade de armas com a acusação. Só assim se pode atingir uma conceção de processo penal justo e com respeito pela dignidade humana do acusado.

---

como encurtamento ou restricção inadequada ou inadmissível das garantias de defesa, traduzindo-se, ao contrário, numa linha de concretização do princípio geral sobre a produção de prova em audiência constante do artigo 355.º, n.º 1, o qual visa essencialmente a garantia da posição processual do arguido."

BIBLIOGRAFIA

Alcácer Guirão, Rafael

2013 "La devaluación del derecho a la contradicción em la jurisprudência del TEDH", in *InDret* 4/2013, pp. 1-15,disponível em <www.indret.com> (acesso em: 18 nov. 2014).

Ambos, Kai

2008 *Processo penal europeu: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da Convenção Europeia de Direitos Humanos),* tradução, notas e comentários sob a perspetiva brasileira de Marcellus Polastri, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Asimow, Michael

2007 "Popular culture and the adversary system", in *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 40, pp. 653-686, disponível em: <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol40/iss2/6> (acesso em: 25 mar. 2015).

Badaró, Gustavo

2014 "A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional: estudo sobre sua admissibilidade e valoração", in *Revista eletrônica Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – www.zis-online.com, ZIS n.º 4, pp. 177-188.

Beijer, Annemarieke, Cobley, Cathy & Klip, André

1995 "Witness evidence, article 6 of the European Convention on Human rights and the principles of open justice", in Phil Fennell,, Cristopher HARDING, Nico JORG & Bert Swart, (orgs.), *Criminal justice in europe*: *a comparative study,* Oxford: Clarendon Press, pp. 283-300.

Cakmak, Cenap

2006 "The problem relating to the margin of appreciation doctrine under the European Convention on Human Rights", in *Review of International Law and Politics*, vol. 2, n.º 5, pp. 18-29.

Costa Pinto, Frederico de Lacerda da

2013 "Razão e finalidade na revisão de 2013 do código de processo penal", in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Coimbra, ano XIII, n.º 24/25, pp. 181-199.

Damião da Cunha, José

1997 "O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP)", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 7, pp. 403-443.

Figueiredo Dias, Jorge de

1974 *Direito processual penal*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

2014 "Por onde vai o processo penal português: por estradas ou por veredas?", in António Pedro Barbas Homem (coord.), *As conferências do Centro de Estudos Judiciários*, Coimbra: Almedina, pp. 49-88.

Friedman, Richard

1998 "Confrontation: the search for basic principles", in *The Georgetown Law Journal*, vol. 86, pp. 1011-1043.

2004a "Face to Face: rediscovering the right to confront prosecution witness", in *The International Journal of Evidence and Proof,* vol. 08, pp. 1-30.

2004b "The confrontation clause re-rooted and transformed", in *Cato Supreme Court Review,* pp. 439-468.

2007 "Crawford, Davis, and way beyond", in *Journal of Law and Policy*, vol. 15, pp. 553-586.

2008 "The confrontation right across the systemic divide", in *Jackson, John, Langer, Máximo, Tillers, Peter (orgs.). Crime, procedure and evidence in a comparative and international context, essays in honour of Professor Mirjan Damaska,* Oxford and Portland: Hart Publishing, pp. 261-271.

Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2012 *Análise das propostas de revisão do Código de Processo Penal,* outubro 2012, nota 10, disponível em: <http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias_e_Eventos/IDPCC__Analise_das_propostas_de_revisao_do_Codigo_de_Processo_Penal_AR_19.10.2012.pdf> (acesso em 14 jul. 2015).

Jonakait, Randolph

1988 "Restoring the confrontation clause to the sixth amendment", in *University of California Law Review*, vol. 35, pp. 557-622.

Kirst, Roger

2003 "Hearsay and the right of confrontation in the European Court of Human Rights", in *Quinnipac Law Review,* Hamden, vol. 21, pp. 777-811.

Landsman, Stephan

1988 *Readings on adversarial justice***:** the american approach to adjudication, St. Paul: West Publishing Company.

Maffei, Stefano

2012 *The right to confrontation in Europe*: absent, anonymous and vulnerable witness, 2nd edition revised and updated, Groningen: Europa Law Publishing.

Malan, Diogo Rudge

2009 *Direito ao confronto no processo penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

Marques da Silva, Germano.
2006 "Produção e valoração da prova em processo penal", in *Revista do CEJ*, n.º 4, pp. 37-53.
2009 *Curso de processo penal III*, 3.º ed., Lisboa: Editorial Verbo.
Martins, Joana Boaventura
2014 *Da valoração das declarações de arguido prestadas em fase anterior ao julgamento:* contributo para uma mudança de paradigma, Coimbra: Coimbra Editora.
Mesquita, Paulo Dá
2011 *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano, Coimbra: Coimbra Editora.
Morgan, Edmund M.
1935 "Hearsay and non-hearsay", in *Harvard Law Review*, vol. 48, pp. 1138-1160.
O'Brian, William E.
2005 "The right of confrontation: US and European perspectives", in *Law Quarterly Review*, vol. 121, pp. 481-510, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1503966> (acesso em 23 mar. 2015).
Roxin, Claus
2009 "Sobre o desenvolvimento do Direito Processual Penal alemão. Tradução para português por Inês Fernandes Godinho", in *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 385-398.
Schünemann, Bernd
2012 "Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? – Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3.º Milênio", in Luis Greco & Antonio Martins, (orgs.). *Direito penal como crítica da pena:* estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012, São Paulo: Marcial Pons, pp. 631-648.
2009 "La policía alemana como auxiliar del Ministério fiscal: estructura, organización y actividades", tradução para espanhol por Mariana Sacher, Universidade de Munique, título original: "Die Deutsche Polizei als Gehilfe der Staatsanwaltschaft: Struktur, Organization und Tätigkeiten"), in Edgardo Alberto Donna (dir.), *Obras*, tomo II, Colección Autores de Derecho penal, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 451-483.
Sklansky, David Alan
2009 "Anti-inquisitorialism", in *Harvard Law Review*, vol. 122, pp. 1634-1704.

Sousa Mendes, Paulo de
2014 *Lições de direito processual penal*, Coimbra: Almedina, 2014.
2013 "A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento", in Armando Marques Guedes, *et al.* (orgs.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, vol. II, pp. 1363-1387.
Spencer, John R.
2014 *Hearsay evidence in criminal proceedings*, 2nd ed., Oxford and Portland: Hart Publishing.
Summers, Sarah
2007 *Fair Trials*: the European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights, Oxford and Portland: Hart Publishing.
Tonini, Paolo
2002 *A Prova no processo penal italiano*, tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
Ubertis, Giulio
2009 "Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo": riflessi sul processo penale italiano", in *Rivista di Diritto Processuale,* Padova, vol. LXIV (II serie), n.º 1, (Gennaio-Febbraio), pp. 33-45.
Vanderpuyet, Kweku
2010 "Traditions in conflict: the internationalization of confrontation", in *Cornell International Law Journal,* vol. 43, pp. 513-583.
Wigmore, John Henry
1904a "The history of hearsay rule", in *Harvard Law Review*, vol. 17, n.º 7, pp. 437--458.
1904b *A treatise on the system of evidence in trials at common law*. Boston: Little, Brown & Company, vol. 2.
1923 *A treatise on the anglo-american system of evidence in trials at common law,* 2.ª ed., Boston: Little, Brown & Company, vol. 3.
1940 *A treatise on the anglo-american system of evidence in trials at common law*, 3.ª ed., Boston: Little, Brown & Company, vol. 5.
Wilde, Bas de
2012 "A Fundamental review of the ECtHR right to examine witnesses in criminal cases", in *International Journal of Evidence and Proof*, n.º 17, vol. 2, pp. 157-182, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2095538> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2095538>, (acesso em: 20 mar. 2015).

Yourow, Howard Charles
1988 "The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights jurisprudence", in *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, n.º 1, pp. 111-160.
Zilli, Marcos
2014 "O convencimento judicial em face dos depoimentos colhidos durante as atividades de CPI", in Revista eletrónica *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – www.zis-online.com, ZIS n.º 6, pp. 264-273.

O ÔNUS DA PROVA E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO*

*Felipe Soares Tavares Morais***

Abstract: *The subject of this paper is the burden of proof in Brazilian criminal procedure. It is intended to examine the compatibility between the presumption of innocence and the existence of burden of proof on the defendant in criminal proceedings. The discussion is enriched by the analysis of the burden of proof in adversary model, made from a recent US Supreme Court decision analysis. Also, we use the concept of tactical burden of proof to show that the existence of the burden of proof comes from the process logic solution.*

Sumário: 1. Introdução. 2. O caso Dixon v. US (n.º 05-7053). 2.1. Síntese dos fatos. 2.2. O objeto de decisão pela Suprema Corte americana. 2.3. Comentário à decisão da Suprema Corte americana. 3. O ônus da prova: conceito e espécies. 3.1. Conceito de ônus da prova. 3.2. Espécies de ônus da prova. 3.2.1. Ônus subjetivo da prova: quem deve provar o quê. 3.2.2. Ônus objetivo da prova: como julgar. 3.2.3. Ônus subjetivo, ônus objetivo, *burden of production* e *burden of persuasion*. 4. A presunção de inocência e o ônus da prova no processo penal brasileiro. 4.1. Breves considerações acerca da presunção de inocência. 4.2. A presunção de inocência e o aspecto objetivo do ônus da prova. 4.3. A presunção de inocência e o aspecto subjetivo do ônus da prova. 4.3.1. O Ministério Público. 4.3.2. O acusado. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O ônus probatório possui indelével influência na definição de um processo judicial. No processo penal, em razão da vigência do princípio da presunção de

---

* O presente texto corresponde, com algumas alterações, ao relatório apresentado no curso de mestrado em ciências jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

** Mestrando pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Brasil), desde 2008.

inocência, há quem negue a existência de ônus da prova por parte do acusado, ficando o *onus probandi* todo a cargo da acusação.

Todavia, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro prevê que *a prova da alegação incumbirá a quem a fizer* (art. 156), indicando que também poderia existir ônus da prova para a defesa, nomeadamente no tocante às suas próprias alegações. Essa conclusão, apesar de sufragada pelas Cortes superiores brasileiras, é duramente criticada por parte da doutrina contemporânea, tendo em vista sua suposta incompatibilidade com a presunção de inocência.

Na investigação acerca da possível compatibilização entre a presunção de inocência e o ônus probatório no processo criminal, buscamos um recente caso decidido pela Suprema Corte norte-americana que parece harmonizar ambos os institutos (capítulo 1). A escolha do precedente se justifica porque o Direito processual penal brasileiro – apesar de ter origem e forma mais próximas do modelo europeu continental – vem recebendo enorme influência do sistema norte-americano. Inclusive, parece-nos que o Brasil vem caminhando paulatinamente para um modelo processual de partes e, portanto, nada mais natural do que tentarmos compreender como o sistema adversarial estadunidense cuida do ônus da prova.

No segundo capítulo, trataremos do conceito e das espécies de ônus da prova usualmente encontrados nos países de tradição *civil law*. Ao final, faremos uma tentativa de aproximação com as definições de ônus da prova no processo norte-americano. Por fim, no terceiro capítulo analisaremos os influxos da presunção de inocência no ônus da prova no processo penal brasileiro.

2. O CASO DIXON V. US (N.º 05-7053)[1]

2.1. Síntese dos fatos

Nos dias 4 e 11 de janeiro de 2003, nas feiras de armamentos de Dallas e Mesquite, ambas no Estado do Texas, Keshia Dixon adquiriu várias armas de fogo. Tais aquisições configuraram crime de porte ilegal de arma de fogo porque à época Dixon estava respondendo a processo criminal por delito punido com mais de um ano de prisão[2]. Nas mesmas circunstâncias, Dixon concedeu falsas afirmações aos comerciantes, dizendo-lhes que não se encontrava respondendo

1 548 US___ (2006), disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/548bv.pdf>.

2 Cf. 18 U.S.C.A. §922, (n), disponível em <www.westlaw.com>.

a qualquer processo criminal e, ainda, forneceu-lhes um falso endereço residencial, condutas estas que também são previstas como crime pela legislação federal norte-americana[3].

As acusações foram aceitas em março de 2003 pelo Grande Júri de Dallas[4]. Já na qualidade de acusada, malgrado ter confessado de forma integral a prática dos fatos, Dixon alegou ter atuado sob coação (*duress*)[5].

Após a colheita da prova e terminadas as explanações finais, o Juiz esclareceu os jurados acerca dos elementos de ambos os crimes e instruiu-os a, num primeiro momento, avaliar se a Promotoria provara, acima de qualquer dúvida razoável, que Dixon praticara os crimes. Em caso de dúvida razoável, deveria o Júri desde logo absolver a acusada. Entretanto, caso considerassem a prova suficiente para condenar, os jurados deveriam avaliar se a defesa de Dixon provara a coação moral, sob a medida (*standard*) de prova da probabilidade preponderante (*preponderance of the evidence* ou *balance of probabilities*)[6].

Contudo, a tese defensiva não foi aceita pelos jurados, o que resultou na condenação de Dixon. Após ver seu recurso à Corte de Apelação naufragar em um acórdão unânime[7], a acusada levou o caso à Suprema Corte americana.

2.2. O objeto de decisão pela Suprema Corte americana

Como se percebe, a defesa de Dixon falhou no adimplemento do ônus probatório que lhe fora imposto perante o Júri e levou sua irresignação à *Supreme Court*, argumentando em resumo que: (i) a acusada se presumiria inocente; (ii) por conseguinte, caberia à acusação provar sua culpa; (iii) o ônus probatório da acusação incluiria a prova acima de qualquer dúvida razoável da não ocor-

3 Cf. 18 U.S.C.A. §922, (a), (6), disponível em <www.westlaw.com>.

4 *Division of the Northern District of Texas.*

5 Em síntese, Dixon narrou que mantinha uma conturbada relação amorosa com Thomas Earl Wrigth (com intenso histórico de agressões domésticas), pessoa esta que determinou a aquisição das armas de fogo. Segundo o depoimento de Dixon, Thomas a agrediu e ameaçou-a de morte, inclusive, com o emprego de uma arma de fogo. Thomas também teria ameaçado matar os filhos de Dixon caso ela não obedecesse aos seus comandos e adquirisse os armamentos. Por fim, Dixon alegou que Thomas a acompanhou nas duas ocasiões em que comprou as armas de fogo e que seus filhos ficaram sob os olhares dos comparsas de seu namorado (cf. Dobson, 2006: 415).

6 Segundo McBaine, a medida de prova da probabilidade preponderante não exige a prova da veracidade de um fato, sendo atingida sempre que se verificar que é mais provável um fato ser verdadeiro do que falso (Mcbaine, 1944: 247).

7 Na ocasião, a Corte de Apelação sentenciou: *"Since a justification defense is an affirmative defense, the burden of proof is on the defendant. To succeed, the defendant must prove each element of the defense by a preponderance of the evidence"* (cf. Dobson, 2006: 415).

rência da tese defensiva, não sendo compatível com a presunção de inocência que a acusada restasse onerada com a prova da coação moral, ainda que sob a medida de prova da probabilidade preponderante.

Nessa toada, a questão enfrentada pela Suprema Corte foi tão somente a de definir se a imposição do ônus probatório à defesa de Dixon violara norma constitucional, notadamente a cláusula do devido processo legal substancial, na qual se insere o princípio da presunção de inocência[8].

A *Supreme Court* iniciou a análise do caso a partir da regra criada no precedente *In re Winship*[9], segundo a qual a acusação possui o ônus de provar acima de qualquer dúvida razoável todo fato necessário à configuração do crime. Entretanto, segundo a opinião da Corte, os crimes imputados não vindicavam a prova de que Dixon estava livre de qualquer pressão psicológica, demandando tão somente que a Promotoria demonstrasse que a acusada agira com consciência da ilegalidade de sua conduta[10]. Dito de outra forma, mesmo se verdadeira, a situação de coação moral não infirmaria o estado mental exigido pela lei para se considerar consumados os crimes praticados, daí a Promotoria não possuir o ônus de afastar a tese defensiva acima de qualquer dúvida razoável.

Em argumento de reforço, o Juiz J. Kennedy[11] ainda teceu considerações práticas, salientando que a prova da coação dependeria do especial conhecimento dos acontecimentos que antecederam à prática do crime. E, tais acontecimentos, via de regra, ocorrem em ambiente sem testemunhas, de modo que seria impossível (ou quase impossível) a acusação fazer a contraprova das alegações defensivas nesses casos (sobretudo se o réu exercer o direito de ficar em silêncio).

---

8 Inclusive, esse foi o único tema discutido na audiência de sustentação do caso, cuja transcrição está disponível em: <http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/05-7053.pdf>.

9 397, US___ 358, 364 (1970), disponível em <https://mspbwatch.files.wordpress.com/2017/07/397-us-358.pdf>.

10 O Juiz Stevens ainda comparou a defesa por coação com a de estado de necessidade, asseverando: *"Like the defense of necessity, the defense of duress does not negate a defendant's state of mind when the applicable offense requires a defendant to have acted knowingly or willfully; instead, it allows to avoid liability because coercitive conditions or necessity negates a conclusion of guilt even though the necessary means rea was present"* e, posteriormente, arrematou: *"The evidence of duress she adduced at trial does not contradict or tend to disprove any element of the statutory offenses that she committed".*

11 *"The claim of duress in most instances depends upon conduct that take place before the criminal act; and, as the person who allegedly coerced the defendant is often unwilling to come forward and testify, the prosecution may be without any practical means of disproving the defendants allegations".* (Juiz J. Kennedy, 548 US___2006).

Em resumo, na visão da Suprema Corte, a defesa de coação moral não colocara em xeque quaisquer dos elementos do crime cujo ônus recaía sobre a acusação e, por tal razão, a tese defensiva foi analisada como as demais defesas afirmativas no âmbito da *common law*: *"the one relying on an affirmative defense must set it up and establish it"*[12]. Caberia à defesa a prova da excludente de responsabilidade penal, sem que isso violasse a presunção de inocência e o *fair trial*, até porque o ônus defensivo foi acompanhado de um *standard* de prova consideravelmente mais leve do que o atribuído à acusação (probabilidade preponderante).

2.3. Comentário à decisão da Suprema Corte americana

Consoante já afirmado nas notas introdutórias, o que mais nos interessa da decisão em comento é a compatibilização entre o princípio da presunção de inocência e a existência de ônus probatório defensivo no processo penal. Ao que parece, o direito norte-americano convive harmonicamente com ambos, apesar de ser notória a excepcionalidade de atribuir-se à defesa a incumbência de provar qualquer fato no curso do processo criminal.

Assim, esse tópico não se destina a sentenciar se a Suprema Corte decidiu corretamente o caso Dixon v. US, possuindo apenas a pretensão de compreender como o Direito norte-americano encara a divisão probatória e em que medida isso pode servir de base para uma discussão do ônus da prova no processo penal brasileiro.

Para se compreender a decisão da Suprema Corte, torna-se imperativo explicar, ainda que sucintamente, como a doutrina e os tribunais americanos trabalham o ônus da prova no processo penal.

A doutrina identifica diversos tipos de ônus processuais no *common law*, dentre os quais três deles são importantes para a compreensão de nosso tema: (i) o ônus de alegar (*burden of pleading*); (ii) o ônus de produzir uma prova (*burden of production* ou *evidential burden*); (iii) o ônus de persuasão (*burden of persuasion*).

Embora não seja propriamente um ônus probatório, o ônus de alegar ou ônus de alegação é deveras importante no processo penal americano, porque sua presença induz a atribuição do ônus de produção, senão vejamos. O Estado, por sua Promotoria (*prosecuting attorney*), após angariar provas suficientes através

12 Mckelvey v. United States, 260 US 353, 357 (1922), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/260/353/case.html>.

da investigação criminal, *afirma* que alguém praticou um crime. Em outras palavras, a Promotoria, ao formalizar uma acusação criminal, desincumbe-se do ônus de afirmação, que balizará o objeto do processo[13].

Acompanhando o ônus de afirmação (e dele sendo uma decorrência lógica) estará, num primeiro momento, o ônus de produção (*burden of production*) e, posteriormente, o ônus de persuasão (*burden of persuasion*).

Em uma primeira fase processual, deve a Promotoria se desincumbir do ônus de produção, demonstrando ao Juiz ou ao Grande Júri, conforme o caso[14], a existência da denominada causa provável (*probable cause*[15]). Só com a satisfação do ônus de produção o processo poderá ser remetido para efetivo julgamento, podendo o Juiz (ou o Grande Júri), rejeitar ainda nessa primeira fase a acusação. Igualmente, caso entenda que as provas da Promotoria são insuficientes, poderá o acusado apresentar um pedido para que seja proferido um veredito absolutório direto (*motion for a directed veredict of accquittall*)[16].

Portanto, para a acusação o ônus de produção consiste em se demonstrar ao Juízo que a investigação levada a efeito resultou em provas consistentes, ou seja, em uma causa provável[17], que legitime o impulso do processo criminal adiante[18].

Uma vez satisfeito o ônus de produção e ingressando na fase de julgamento propriamente dita, entra em cena o ônus da persuasão (*burden of persuasion*), que consiste no encargo de uma parte provar e convencer os julgadores acerca

13 Allen, 2014: 198.

14 A análise do desencargo do ônus de produção pode ter lugar em uma audiência preliminar (*preliminary hearing*), no Grande Júri (*Grand Jury review*) ou mesmo através de petições prévias ao julgamento (*pretrial motions*), a depender do tipo de infração criminal e da jurisdição competente. Conforme LaFave, no âmbito dos Estados, a revisão da acusação pelo Grande Júri é adotada somente para os crimes mais graves. Pelas leis federais, entretanto, a regra é que as acusações da Promotoria sejam submetidas ao filtro do Grande Júri, cf. LaFave & Israel, 2014: § 15.1 (d).

15 A decisão de acusar é tomada pelo Promotor com base no que se chama de causa provável (*probable cause*). Segundo LaFave, para a Promotoria formalizar a acusação criminal é necessária uma causa provável de que um crime ocorreu e que a pessoa acusada é a autora do delito. LaFave esclarece que nem a lei nem a jurisprudência tratam bem da medida de prova necessária para que a Promotoria promova uma acusação. Apesar disso, o autor argumenta que a prática demonstra que a Promotoria apresenta casos em que haja grande probabilidade de condenação, já que sua decisão de acusar –caso o réu não se declare culpado – sofrerá um rigoroso filtro judicial. Cf. LaFave & Israel, 2014: § 3.3 (a) e § 13.1 (b).

16 LaFave, 2014: §1.8 (i).

17 Segundo McNaughton, o ônus de produção da acusação é alcançado quando se demonstra que a prova possibilitaria um futuro julgador emitir uma condenação (McNaughton, 1955: 1383).

18 Por essa razão, o ônus de produção já foi chamado de *burden of going forward*, cf. Mccahey, 2008: 8.

dos fatos que lhe interessam, sob pena de (não o fazendo) sair derrotado no processo[19].

Segundo LaFave, no Direito Penal anglo-americano, considerando as graves consequências oriundas de uma condenação criminal, como *regra geral,* num primeiro momento a acusação terá que adimplir o ônus de produção de provas (*burden of production*) e, posteriormente, suportará o ônus de persuadir (*burden of persuasion*) os julgadores sobre todos os elementos previstos em lei para o crime[20]. Destarte, é o ônus da persuasão que leva ao acusador o encargo de, efetivamente, provar todos os elementos do crime e sua autoria, sob o *standard* de prova conhecido como *beyond a reasonable doubt* (prova além de qualquer dúvida razoável). Essa regra, segundo LaFave, é a exata medida da *presunção de inocência do acusado*, que somente poderá ser condenado se a Promotoria provar o crime *acima de qualquer dúvida razoável*[21].

Consequentemente, poderíamos assentar que a defesa não possuiria o ônus de produzir qualquer prova, sendo lícito ao acusado manter-se em silêncio, facultadas a mera contradição das assertivas da acusação e a arguição da inidoneidade das provas apresentadas.

Há, contudo, uma exceção ao exposto até o momento, nomeadamente quando a defesa argui uma das chamadas defesas afirmativas (*affirmative defenses*)[22]. Com efeito, apesar de a Promotoria carregar o ônus de provar todos os elementos do crime, o sistema acusatório adversarial estadunidense impõe à defesa o ônus de alegar (ônus de afirmação) algumas teses defensivas[23], como por exemplo, a legítima defesa. E, esse ônus de afirmação irá entregar ao acusado o ônus de produção da respectiva *defense*.

Assim, previamente à fase de julgamento, se o acusado alegar a existência de uma defesa afirmativa, terá o ônus de produzir provas relevantes sobre sua tese

---

19 Bex & Walton, 2012: 118.

20 LaFave, 2014: §1.8 (a).

21 LaFave, 2014: §1.8 (g). No mesmo sentido: Bergman, Hollander & Duncan, 2014: §2:2.

22 LaFave cita como exemplos de defesas afirmativas a legítima defesa, o estado de necessidade, a coação moral, o erro de proibição, a intoxicação e a insanidade mental. O autor adverte, porém, que nem todas as defesas afirmativas terão o mesmo tratamento no campo probatório, pois a depender se a defesa invocada nega ou não um elemento do crime, haverá um tratamento diferente no que concerne ao ônus da prova (LaFave, 2014: § 1.8).

23 *"The adversary is then typically required to file a responsive pleading, and in some jurisdictions must raise specific issues if that party wishes those issues tobe litigated in addition to the issues raised by the plantiff. For example, affirmative defences often must be pleaded by the defendant"* (Allen, 2014: 198).

para que o Juiz autorize, ou não, o seu conhecimento pelo Júri na fase decisória[24]. Em outras palavras, o ônus de produção funcionará como uma espécie de *pré-condição*[25] para se alegar uma *defense* na fase de julgamento.

A imposição do ônus de produção de uma defesa afirmativa ao acusado é admitida na doutrina e na jurisprudência americanas sob o argumento de que a regra não é o cometimento de delitos em legítima defesa, em estado de necessidade ou sob coação, mas o contrário. Além disso, a doutrina americana entende que, no mais das vezes, a alegação e posterior verificação de uma defesa afirmativa depende de informações que apenas o acusado teve acesso[26] (o que, como vimos, foi levado em consideração pelo Juiz J. Kennedy no caso Dixon). Frise-se, entretanto, que a satisfação do ônus de produção para a defesa ocorrerá com o atingimento de uma medida de prova bastante baixa, por vezes chamada centelha de prova (*scintila of evidence*)[27], denominação que por si só já demonstra a quantidade de prova necessária para qualificar uma alegação fática ou jurídica como uma questão relevante a ser decidida pelo tribunal.

Entretanto, caberá à defesa o ônus de persuasão sobre a defesa afirmativa mesmo após a satisfação do ônus de produção? Ou, o ônus de persuadir o júri deverá ser sempre da Promotoria, em respeito à presunção de inocência?

Finalmente, chegamos ao ponto em que houve a divergência no caso Dixon. Como vimos, embora a defesa tenha requerido que a acusação tivesse de provar a inexistência de coação moral acima de qualquer dúvida razoável, restou decidido que o ônus de persuasão competiria a Dixon, embora não lhe fosse necessário convencer os jurados de que fora coagida acima de qualquer dúvida razoável, mas apenas que havia uma probabilidade maior da coação ter ocorrido do que o contrário (*preponderance of the evidence*).

---

24 LaFave & Israel, 2014: §5.3 (d).

25 Prakken & Sartor, 2009: 225.

26 *"Experience shows that most people who commit crimes are sane and conscious they are not compelled to commit them; and they are not so intoxicated that they cannot entertain the states of mind which their crimes may require. Thus it makes good sense to say that if any of these unusual features are to be injected into the case, the defendant is the one to do it; it would not be sensible to make the prosecution in all cases prove the defendant's sanity, sobriety and freedom from compulsion. Perhaps experience might show that homicides and battery are, as often as not, committed in self-defense; but even if this is so, it would still be wise (in the interests of simplifying issues and saving time which would be spent in presenting matters on which there is no dispute, and because the defendant normally has greater opportunity to know the facts) to place the burden of production on the defendant".* LaFave, 2014: §1.8 (c). No mesmo sentido: Bergman, Hollander & Duncan, 2014: §2:9.

27 Bex & Walton, 2012: 118.

A solução acima foi alvo de críticas por parte da doutrina, ao argumento de que a cláusula do devido processo legal e o *standard beyond a resonable doubt* impediriam a atribuição do ônus de persuasão à defesa, não sendo suficiente para equilibrar o processo a mera a concessão de uma medida de prova mais amena ao acusado[28]. Outros, mais moderados, sustentaram que em casos de coação moral, a defesa deveria carregar o ônus de persuasão apenas se o crime praticado pelo coacto fosse mais grave do que o mal prometido pelo coator. Do contrário, o ônus de provar a não existência da coação moral deveria ficar a cargo da parte acusadora[29].

Todavia, percebemos que a decisão da Suprema Corte estadunidense seguiu a doutrina tradicional[30], segundo a qual primeiro se estabelece se a defesa afirmativa invocada contradiz qualquer elemento do crime. Caso positivo, a defesa apenas terá o ônus de produção, ou seja, deverá estabelecer minimamente sua tese, como pré-condição de realizar tal alegação perante o *fact-finder*. Porém, caso a defesa afirmativa não negue qualquer dos elementos do crime, competirá ao réu carregar o fardo da prova na fase de julgamento.

Do exposto, podemos perceber que em solo americano é uniforme o entendimento de que a incumbência de produzir prova mínima sobre alegações que consistam em defesas afirmativas (*burden of production*) não viola a presunção de inocência, pois a insatisfação desse ônus não acarretará de imediato uma condenação e o acusado estará sempre em melhores condições de levar ao Tribunal as necessárias informações para averiguação da *defense*. De igual forma, segundo os precedentes da Suprema Corte e a doutrina majoritária, a excepcional entrega do ônus de persuasão (*burden of persuasion*) à defesa também não afronta o estado de inocência, desde que cumulativamente: (i) seja trazida à baila uma defesa afirmativa que não infirme qualquer dos elementos para consumação do crime e (ii) seja concedida à defesa um *standard* probatório mais ameno do que o *beyond a resonable doubt*, de forma a equilibrar as forças processuais.

---

28 Harvard Law Review, 2006: 322-332.

29 *"If the court found that the threat under which the defendant allegedly acted was a greater harm than the crime the defendant stands accused of committing, then the government has to disprove the defense by proof beyond a reasonable doubt. But the defendant must prove her defense by a preponderance of the evidence if the court finds the defendant's act caused greater harm than that posed by the alleged threat"* (Engel, 2008: 1346).

30 Por todos, LaFave, 2014: §1.8 (a) e (c).

Cumpre-nos, pois, verificar em que medida o Direito brasileiro, que vem sendo enormemente influenciado pelo modelo criminal norte-americano, trata questão similar.

Sobre a influência do Direito processual penal norte-americano no ordenamento jurídico brasileiro, podemos citar a doutrina de Geraldo Prado, para quem a Constituição Federal concebeu um sistema acusatório do tipo puro, muito embora a legislação ordinária ainda possua dispositivos de cunho inquisitivo, resultando, na prática, em um sistema misto[31].

Como consagrador do sistema acusatório puro delineado na Constituição Federal[32], podemos citar, sobretudo[33], a clara e expressa divisão das tarefas de acusar e julgar[34] que, por conseguinte, implica na impossibilidade de o Juiz, ou terceiro, obrigar o Ministério Público a acusar[35] ou a ampliar o objeto do processo[36].

---

31 Prado, 2006: 241; Ambos & Lima, 2009: 49-50.

32 Polastri Lima cita como elementos que comprovariam a adoção pelo constituinte brasileiro de um sistema acusatório puro, os princípios da presunção de inocência (CF, art. 5.º, LVII), do juiz natural (CF, art. 5.º, LIII), do devido processo legal (CF, art. 5.º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5.º, LV), além do direito ao silêncio (CF, art. 5.º, LXIII), da publicidade dos atos processuais (CF, art. 5.º, LX), da vedação aos tribunais de exceção (CF, art. 5.º, XXXVII), da vedação de utilização de provas ilícitas (CF, art. 5.º, LVI), da garantia de defesa gratuita aos necessitados (CF, art. 5.º, LXXIV), da necessidade de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93.º, IX) e da privatividade da ação penal pública do MP (CF, art. 129.º, I), cf. Ambos & Polastri Lima, 2009: 50-79.

33 Afinal, "de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação de juiz e acusação" (Ferrajoli, 2014: 522).

34 Quanto aos crimes cuja ação penal é pública, a Constituição Federal brasileira prevê em seu art. 129.º que: "São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei".

35 Nos crimes de ação penal pública, o sistema processual penal brasileiro concede ao MP a qualidade de *dominus litis*, entregando à instituição a formação da *opinio delicti*. Nesse sentido, caso o órgão ministerial decida pela não deflagração da ação penal, promoverá o arquivamento da investigação. Saliento que apesar de o arquivamento do procedimento investigatório pelo *Parquet* estar sujeito à homologação judicial, isso não investe o Juiz de poderes para compelir o Membro do *Parquet* a acusar. Na verdade, caso o Juiz discorde da manifestação de arquivamento, terá de devolver os autos ao MP, que por intermédio de seu Procurador-Geral decidirá, em caráter definitivo, pelo arquivamento ou não da investigação (art. 28.º do CPP). Portanto, de uma forma ou de outra, a palavra final sobre a apresentação de acusação formal contra o réu é inteiramente concedida ao *Parquet*. A situação é mais clara no que tange aos procedimentos investigatórios das autoridades com foro por prerrogativa de função. Nesses casos, a investigação competirá ao Procurador-Geral, que decidirá soberanamente pelo arquivamento, sem que seja feita remessa ao Poder Judiciário para homologação.

36 Como ensina Nucci, em razão do art. 129.º, I da CF, deve o Juiz "julgar o pedido nos estritos limites em que foi feito, não podendo ampliar a acusação" (Nucci, 2014: cap. IV, item 3.3.1). Essa norma acaba também por consagrar o princípio da correlação entre a peça acusatória (Denúncia) e a sentença, de forma

Clara indicação da influência do direito norte-americano é a crescente posição doutrinária pelo afastamento do Juiz da gestão da prova, tornando o processo penal brasileiro mais próximo do processo de partes. Como consequência dessa visão, há forte posição na doutrina (possivelmente majoritária) no sentido da impossibilidade de o Juiz determinar a produção de provas ou a decretação de medidas cautelares de ofício no curso da investigação, ou seja, antes de oficializada a acusação ministerial[37].

De outro lado, mesmo com a previsão legal dos poderes investigatórios do Juiz na fase judicial, também assistimos a um movimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o julgador não deveria se imiscuir na atividade probatória do processo[38]. Apesar da posição ora indicada ainda ser minoritária na doutrina e nos tribunais, vemos uma gradativa influência junto à jurisprudência. Efetivamente, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o sistema acusatório brasileiro não conceberia uma iniciativa probatória judicial em substituição à das partes[39]. Ao revés, as partes (acusação e defesa) seriam os protagonistas da produção de provas no processo criminal. Assim, os poderes instrutórios do Juiz possuiriam um caráter subsidiário e complementar, sendo lícito ao julgador apenas determinar a realização de provas para "*dirimir dúvida sobre ponto relevante*" (art. 156.º, II do CPP). E, por lógica, o aclaramento de uma *dúvida* pressuporia a análise de uma pretérita atividade probatória já desenvolvida pelas partes e não a ausência completa de provas. Por conseguinte, não poderia o julgador, na omissão ministerial em requerer provas que poderiam e deveriam ter sido pleiteadas desde o início do processo penal, descambar para uma substituição da acusação, determinando diligências em busca da *verdade real*.

Com essas linhas, entendemos que o sistema processual penal brasileiro, apesar de ainda guardar mais proximidade com o modelo europeu continental, vem recebendo grande influência norte-americana e caminha paulatinamente

---

a impedir o julgador de julgar fatos diversos do narrado pela acusação (sobre a correlação entre a acusação e a sentença, vide: Badaró, 2013).

37 "Com efeito, não há razão, dentro do sistema acusatório ou sob a égide do princípio acusatório, que justifique a imersão do juiz nos autos das investigações penais, para avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas já realizadas ou, ainda, interferir na atuação do Ministério Público" (Prado, 2006: 175). No mesmo sentido: Ambos & Polastri Lima, 2009: 70; Oliveira, 2013: 334-336; Lopes Jr, 2012: 294-295.

38 Prado, 2006: 136-142. Para o autor, somente deveria se permitir ao juiz a determinação de produção de provas em favor do réu, com vistas a concretizar a presunção de inocência e o equilíbrio processual.

39 HC n.º 143.889 – SP (2009/0150059-3), Rel. Min. Nilson Naves, disponível em <www.stj.jus.br>.

para um processo típico de partes. Sendo assim, podemos questionar em que medida é possível tomar proveito das regras de distribuição do ônus da prova no processo penal estadunidense, especialmente para interpretar a norma inserta no artigo 156 do CPP, que em sua primeira parte prevê que *a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*.

3. O ÔNUS DA PROVA: CONCEITO E ESPÉCIES

3.1. Conceito de ônus da prova

O ônus da prova pode ser classificado como um instituto complexo, pois envolve os conceitos de dois objetos autônomos do Direito: ônus e prova.

Segundo Taruffo, *prova* é o instrumento que dispõem as partes e o Juiz para determinar no processo se as alegações relativas aos fatos principais são verdadeiras. Parte-se, pois, da premissa de que no processo é possível, por meio de critérios racionais, obter uma aproximação adequada à realidade empírica desses fatos[40]. Entretanto, não é esse o sentido do vocábulo *prova* que nos interessa e sim sua acepção como o ato de provar, de demonstrar, ou seja, prova como uma *atividade probatória*[41].

Segundo Tonini, *provar* significa convencer o juiz de que o fato histórico aconteceu de um determinado modo. A atividade de convencimento, por sua vez, dar-se-á pela demonstração (através dos meios lícitos de prova) de outros acontecimentos que atestem a ocorrência do fato histórico tal como alegado pelo interessado[42]. É esse aspecto da prova, como uma atividade de coleta de dados e de demonstração de fatos que é importante para a densificação do conceito de ônus da prova.

No que toca à definição do que seria um *ônus* poderíamos discorrer várias páginas sobre a origem do termo *ônus* ou mesmo traçar todas as linhas dife-

40 Taruffo, 2011: 89-92.

41 Badaró identifica três acepções para o termo prova, sendo elas: (a) prova enquanto atividade probatória, isto é "com a produção dos meios e atos praticados no processo visando a convencer o juiz sobre a veracidade ou a falsidade de uma alegação sobre um fato"; (b) prova enquanto meios de prova; (c) prova enquanto resultado da atividade probatória, "identificando-se com o convencimento que os meios de prova levaram ao juiz sobre a existência ou não de um determinado fato" (Badaró, 2003: 156-159). No mesmo sentido: Sousa Mendes, 2014: 173.

42 Tonini, 2002: 48-49.

renciadoras entre ônus, dever e obrigação[43]. Entretanto, é possível sumariar a questão da forma a seguir. O ônus se distingue dos deveres, porque os últimos são impostos pelo interesse da comunidade (normalmente impostos por atos normativos) e o seu descumprimento consubstancia um ato ilícito, o qual é acompanhado de correlata sanção. Diferentemente, o ônus é um imperativo do interesse do próprio onerado e seu descumprimento, embora signifique um grande risco ao interesse de seu detentor, não gera a aplicação de qualquer sanção. De igual forma, o ônus se difere da obrigação porque nesta existe uma relação jurídica base com interesses contrapostos, havendo um poder recíproco entre os co-obrigados de exigir o adimplemento das prestações em Juízo, o que não ocorre no caso do ônus, cujo cumprimento não pode ser exigido judicialmente.

Como ensina Taruffo, no âmbito processual estaríamos diante de um ônus quando, *v. g.*, a lei diz às partes que para obtenção do resultado *X,* deve-se praticar o ato *Y*, na modalidade *W.* Obviamente, se o ato *Y* não for praticado ou não se cumprir a forma *W*, *X* não será alcançado[44]. Mas, em todo caso, a inércia do onerado, embora potencialmente o prejudique, não consubstanciará ato ilícito.

Essas particularidades do ônus o aproximam das faculdades, podendo ser visto como uma liberdade, um poder ou um direito de praticar uma determinada conduta prevista pela lei para a proteção de um interesse próprio. Ou, como prefere parte da doutrina, o ônus seria uma *posição jurídica*, na qual a lei prevê a adoção de um determinado comportamento para que o sujeito ocupe uma *posição jurídica* mais favorável e obtenha o resultado pretendido[45].

Por óbvio, na busca do pronunciamento jurídico almejado, desincumbir-se do ônus probatório significará a obtenção de uma posição mais favorável e, por conseguinte, a minoração das chances de um revés. A *contrario sensu*, o descumprimento do ônus probatório significará a perda da oportunidade em se beneficiar de uma posição jurídica superior e *poderá* impor ao onerado uma derrota. É como se a lei sufragasse: "se queres vencer a causa, deves provar o fato sobre o qual se fundamenta a tua demanda ou exceção"[46].

---

43 Para uma análise bastante completa sobre a evolução sobre o estudo do instituto do ônus à luz da Teoria Geral do Direito, vide Ramos, 2015: 53 e ss.

44 Taruffo, 2013: 423.

45 Badaró, 2003: 173.

46 Taruffo, 2013: 425.

Contudo, advertimos que o ordenamento jurídico-penal brasileiro contempla mitigações ao *onus probandi*, como os poderes instrutórios do Juiz e o princípio da presunção de inocência. Igualmente, o descumprimento do ônus da prova pode ser amenizado pelo princípio da comunhão da prova (ou da aquisição processual), no sentido de que o sujeito poderá se valer de prova requerida e produzida por seu adversário com o fito de ver prevalecer sua tese.

Nessa toada, unindo os conceitos de ônus e de prova (enquanto atividade probatória), podemos definir, em sentido amplo, o ônus da prova como *a faculdade que as partes da relação jurídica processual possuem de trazer aos autos elementos de convicção que embasem suas alegações, com a finalidade última de influir na decisão do julgador, evitando o risco de ver sua pretensão naufragar caso não se dê por provados os fatos que embasem sua pretensão.*

3.2. Espécies de ônus da prova

A doutrina processual brasileira costuma advogar pela existência de duas espécies de ônus da prova: o ônus subjetivo e o ônus objetivo. O primeiro direcionar-se-ia às partes processuais, indicando um comportamento a ser adotado. De outra banda, o ônus objetivo dirigir-se-ia ao julgador, orientando-o em como sentenciar o processo[47].

Igualmente, encontramos na doutrina portuguesa autores que apontam para uma verdadeira diferença dogmática entre ambas as espécies de ônus da prova[48]. Outros, porém, ressalvam que o ônus objetivo da prova não pode ser visto sem sua perspectiva subjetiva[49].

Conforme se verá, estamos inclinados a compreender o ônus da prova como um fenômeno único, no qual se compreende uma perspectiva subjetiva e outra objetiva. Aliás, o próprio conceito de ônus da prova por nós proposto no item anterior, demonstra que pensamos o ônus da prova como uma regra de comportamento das partes (a evitar um risco) e como uma regra de julgamento. Apesar disso, não consideramos sacrílego o uso das expressões ônus objetivo e ônus subjetivo da prova, pois há décadas vem sendo empregadas pela doutrina processual penal, razão pela qual faremos delas uso corrente.

---

47 Por todos Badaró, 2003: 178-185.

48 Múrias, 2000: 19 e 21.

49 Teles, 2014: 518.

3.2.1. Ônus subjetivo da prova: quem deve provar o quê

Atribui-se a pensadores austríacos do séc. XIX a identificação do ônus subjetivo ou formal da prova[50]. Seria o ônus subjetivo o ônus de cada sujeito processual levar ao processo as provas que lhe interessassem com vistas a possibilitar ao julgador a prolação de uma decisão em seu favor[51]. Como regra, ao sujeito processual que desencadeou o processo, competiria realizar a prova dos fatos que embasem o pedido (fatos constitutivos). É a regra esculpida no brocardo *actori incumbit onus probandi*[52]. Ao sujeito chamado a responder ao processo caberia optar entre aguardar o demandante falhar na tentativa de estabelecer o chamado fato constitutivo de seu direito ou, mover-se, apresentando provas que infirmem as alegações autorais[53]. Em ambos os casos, estaríamos diante de uma atividade probatória levada a efeito pelas partes processuais, que seriam movidas pelos interesses que pretendem ver tutelados na decisão de mérito[54].

Da forma descrita nas linhas acima, o ônus subjetivo da prova sempre teve sua aplicação restrita aos processos de natureza cível, nos quais vigeria o princípio do dispositivo[55]. Hodiernamente, entretanto, há quem sustente que em qualquer processo em que um Juiz possua poderes oficiais de produção de provas, bem como quando o julgador possa fundar sua convicção com base em qualquer elemento probatório trazido aos autos (não importando *quem* o trouxe), a concepção clássica do ônus subjetivo da prova não mais teria qualquer importância teórica[56].

Realmente, se considerarmos que tanto no processo civil quanto no penal vigora a comunhão da prova, poder-se-ia concluir não mais interessa a noção estanque de que cada parte processual ostenta o ônus de provar *por si* (*e só por si*) suas alegações. Todavia, não podemos ignorar que o ônus da prova possui uma *perspectiva* ou um *aspecto subjetivo*, que incentiva, impulsiona os sujeitos processuais na busca dos meios de prova, enriquecendo o mosaico probatório de forma a respaldar sua pretensão. E é exatamente nesse último sentido que

50 Rosenberg, 2002: 34.

51 Rosenberg, 2002: 38.

52 Malatesta, 2009: 129.

53 Seria a prova dos chamados fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, ou mesmo a produção de qualquer prova que infirme as alegações que sustentam o pedido inicial.

54 Rosenberg, 2002: 34 e ss.

55 Rosenberg, 2002: 41.

56 Múrias, 2000: 19 e ss.; Ramos, 2015: 48.

a doutrina processual penal brasileira costuma receber e admitir o ônus subjetivo da prova no processo penal[57].

3.2.2. Ônus objetivo da prova: como julgar

Em seu aspecto objetivo, o ônus da prova é costumeiramente definido pela doutrina como uma regra processual que instrui o Juiz em como sentenciar uma causa se, ao final da instrução probatória, não houver prova das alegações formuladas por uma ou por ambas as partes[58].

Com efeito, mesmo com a atividade probatória das partes e sua complementação pelo Juiz é possível que ao fim do processo alguns (ou vários) fatos não restem esclarecidos. Contudo, como o *non liquet* em questões de fato não conduz a um *non liquet* em questões de Direito[59], o ordenamento jurídico prevê a atribuição das consequências negativas da ausência de provas a uma das partes[60]. Em outras palavras, a pobreza do resultado da atividade probatória obriga o Juiz a lançar mão das regras de distribuição do ônus da prova, identificando a quem caberia a prova do fato cuja dúvida se recai e, por conseguinte, prolatando sentença contrária a sua pretensão.

Vemos, portanto, que o ônus objetivo não incide sobre um comportamento da parte processual, mas sim sobre uma das versões constantes no processo, o que faz uma parcela da doutrina afirmar que existe uma *versão onerada*, que sucumbirá frente à *versão privilegiada*[61]. No entanto, embora incida objetivamente sobre as versões fáticas deduzidas em Juízo, parece-nos claro que o ônus objetivo repercutirá em um dos sujeitos processuais. Justamente por isso, entendemos que o mais correto seria falar em uma *perspectiva objetiva* do ônus da prova, a qual deve ser acrescida de sua *perspectiva subjetiva*, já analisada alhures.

Para nós, o aspecto objetivo do *onus orobandi* possui uma clara ligação com os denominados *standards* de prova, pois não há como se conceber uma regra de julgamento dissociada de uma determinada medida de prova a indicar quando devemos considerar uma das versões como provada ou duvidosa.

---

57 Por todos, Badaró, 2003: 182.

58 Nesse sentido: Rosenberg, 2002: 40 e ss; Badaró, 2003: 178-179; Polastri Lima, 2009: 41.

59 Godinho, 2007: 384–407.

60 Nieva Fenoll, 2010, 49.

61 Múrias, 2000: 26.

Ambas as acepções do ônus da prova acima expostas são compatíveis com o processo penal, muito embora devam ser harmonizadas com um princípio próprio do processo criminal, qual seja o da presunção de inocência, o que será analisado no terceiro capítulo.

3.2.3. Ônus subjetivo, ônus objetivo, burden of production e burden of persuasion

Tendo em vista a exposição da classificação do ônus da prova no direito norte-americano no capítulo 1 (1.3), entendemos pertinente traçar um paralelo entre os conceitos de ônus da prova vigentes em ambos os sistemas. Essa comparação, entretanto, não é novidade na doutrina, senão vejamos.

Ulrike Hahn, por exemplo, valendo-se de conceitos da doutrina alemã, já afirmou que o ônus subjetivo (*subjektive Beweislast*), assim como o ônus de produção (*burden of production*) seria a atividade da parte em angariar provas para levar adiante as questões que vier a suscitar. A seu turno, o ônus objetivo (*objektive Beweislast*) guardaria relação com o ônus de persuasão (*burden of persuasion*), pois, na visão do citado autor, ambos consubstanciariam o risco de arcar com as consequências da incerteza oriunda das provas produzidas[62].

Em contrapartida, Taruffo[63] refuta a concepção expressada no parágrafo anterior, afirmando categoricamente que nos sistemas de *civil law* não há ônus de produção, mas apenas ônus de persuasão, devendo o Juiz em caso de dúvida decidir a causa contra a parte onerada.

Por sua vez, Badaró afirma que o ônus de produção seria o ônus da prova na fase inicial do processo, enquanto o ônus de persuasão seria a atividade probatória na fase decisória propriamente dita. Assim, asseverando a inexistência de fases similares nos procedimentos do *civil law,* Badaró apenas admite a comparação se feita de acordo com o direcionamento de cada espécie de ônus: o ônus de produção tal qual o ônus subjetivo se dirigiria às partes; a seu turno, o ônus da persuasão e o ônus objetivo dirigir-se-iam ao julgador[64].

Dissentimos parcialmente das comparações até aqui expostas. Em verdade, independentemente de uma comparação de ritos e procedimentos (não interessa se os procedimentos dos países de tradição *civil law* são ou não bifásicos, tal qual o norte-americano), tanto o *burden of production* quanto o *burden of*

62 Hahn & Oaksford, 2007: 42-43. Em posição semelhante, embora aparentemente sem a mesma convicção: Prakken & Sartor, 2009: 225.

63 Taruffo, 2003: 672-673.

64 Badaró, 2003: 130, nota 255.

persuasion consubstanciam uma atividade probatória do sujeito processual, que visa a certa altura convencer o Estado-Juiz num determinado sentido. Essa atividade probatória, entretanto, estará sempre ligada a uma regra de julgamento, seja para se permitir o envio do caso ou de uma *defense* ao Júri ou para se evitar o *non liquet*. Assim, a bem da verdade tanto o *burden of production* quanto o *burden of persuasion* possuem aspectos subjetivos e objetivos do ônus da prova, não sendo possível identificá-los apenas com um deles.

4. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

4.1. Breves considerações acerca da presunção de inocência

Com origem no século XVIII, a presunção de inocência foi inicialmente concebida como a imposição do encargo de provar a existência do fato criminoso e sua autoria àquele que promove uma acusação criminal, presumindo-se o acusado inocente até prova cabal em contrário[65].

Hoje não mais se discute na Europa continental a vigência do princípio da presunção de inocência[66], que se encontra expressamente prevista no art. 6.2 da CEDH[67]. Nos Estados Unidos, como visto anteriormente, o princípio da presunção de inocência faz parte da chamada cláusula do devido processo legal (*due process clause*), com matriz constitucional.

O Brasil, por sua vez, além de ser signatário de tratados internacionais que contemplam a presunção de inocência[68], agasalhou-a em sua Constituição sob

65 A origem histórica do princípio da presunção de inocência remonta ao século XVIII, especialmente ao ano de 1789 quando proclamada na França Revolucionária a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: "Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei" (art. 9.º).

66 Ao contrário, a discussão europeia, inclusive em países de tradição *common law*, é sobre a aplicação da presunção de inocência não apenas em seu aspecto processual, mas também no campo do direito substantivo, influenciando a criação ou revogação de tipos penais incriminadores. Sobre o tema: Picinali, 2014: 243-257.

67 "Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada"

68 Citem-se o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8.2. "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa") e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas (art. 14.2. "Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa").

o título dos Direitos e Garantias fundamentais[69]. Como consequência do novel *status* constitucional da presunção de inocência houve uma verdadeira evolução em seu sentido, deixando de ser uma mera regra probatória e transformando-se em uma garantia constitucional substantiva, deferindo aos cidadãos a possibilidade de exigir do Estado a proteção de seus direitos (incluído o de liberdade) e os meios necessários a esta proteção (*v.g.*, a garantia de efetiva ampla defesa e de contraditório)[70].

No plano infraconstitucional, a presunção de inocência deve nortear o legislador a construir um círculo de proteção aos acusados, munindo a defesa com mecanismos suficientes ao embate com o órgão acusador, que se encontra em superioridade de aparelhamento[71]. Noutro giro, a presunção constitucional de inocência somente autoriza a prisão cautelar em hipóteses excepcionais previstas em lei, mantendo-se a regra da liberdade do acusado antes da decisão definitiva[72]. Nesse passo, a presunção de inocência revela uma regra de tratamento pró-cidadão, impedindo que os indivíduos sejam tratados como culpados antes do termo final da causa.

Retornando ao campo probatório, a presunção de inocência atua sobre o julgador particularmente quanto à avaliação dos fatos praticados[73]. Em tal avaliação, o juiz deve atuar com extrema imparcialidade, além de deter-se somente sobre os elementos de prova carreados aos autos pelos sujeitos processuais (ou pelo próprio juiz em atividade complementar) e, sobretudo, atentar para o *favor rei* na valoração das provas, sempre concedendo o benefício da dúvida ao acusado.

Diante dessas considerações, parece claro que o estado de inocência do acusado iluminará o ônus probatório no processo penal, em seus aspectos objetivo e subjetivo.

---

69 CF, art. 5.º, LVII: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

70 Mendes & Gonet, 2014: 734 e ss.

71 Prado, 2014: 77 e ss. Em Portugal, Alexandra Vilela ensina que "O procedimento relativamente à prova deve ser em ordem a colocar o acusado em condições de se defender adequadamente para que o princípio da inocência não seja em vão, na falta de um efetivo contraditório da prova da acusação" (Vilela, 2005: 59).

72 Vilela, 2005: 96 e ss.

73 Vilela, 2005: 59.

4.2. A presunção de inocência e o aspecto objetivo do ônus da prova

Inegavelmente, a presunção de inocência incide na face objetiva do ônus probatório, influindo pesadamente na regra de julgamento do caso penal. Em verdade, da presunção de inocência é que se extrai o famoso brocardo *in dubio pro reo*. Ou seja, em caso de existir dúvida sobre quem praticou o crime ou sobre a própria conduta criminosa, deverá o julgador manter intacta a presunção de inocência e absolver o acusado.

A doutrina portuguesa também relaciona diretamente ambos os princípios, como se extrai dos ensinamentos de Rui Patrício que, pela precisão das palavras, pedimos licença para transcrever: "O princípio do *in dubio pro reo* é um dos corolários do princípio da presunção de inocência do arguido. Corolário que já não elucida acerca de quem deve provar o quê no processo penal (como a questão anteriormente tratada – do ônus da prova), mas acerca do modo como o julgador deve valorar a prova feita e decidir com base nela"[74].

Para nós, entretanto, a indicação de que o ônus objetivo no processo penal se resume ao julgamento favorável ao acusado quando a prova produzida for *dúbia* nos parece demasiado simplista, pois não se esclarece quando haverá uma dúvida. Com efeito, se a aplicação da regra de julgamento do processo penal (*pro reo*) pressupõe a dúvida (*in dubio*), torna-se indispensável, para efeitos de densificação da influência da presunção de inocência junto ao ônus objetivo, definir qual a quantidade de prova necessária para superação do estado de incerteza.

Assim sendo, vemos que umbilicalmente ligada ao *in dubio pro reo* está o *standard* de prova que se exige para a condenação criminal, pois é exatamente tal media que determinará ao julgador quando a acusação está ou não provada. E, nesse particular, também há influência da presunção de inocência, pois ela reivindica que o decreto penal condenatório seja lastreado em uma medida de prova denominada *máxima certeza* ou *beyond a resonable doubt,* conforme a tradição *civil law* e *common law,* respectivamente.

Pontuamos que ultrapassa os limites do presente trabalho traçar diferenças (se é que existem) entre a medida da máxima certeza e a prova para além da dúvida razoável. Igualmente, mesmo discordando, devemos salientar que nos países de tradição *civil law* é bastante comum a opinião de que a livre apreciação das provas não exige a adoção de qualquer *standard* probatório, mas sim uma construção racional em cima das provas e argumentos

74 Patrício, 2004: 30. No mesmo sentido: Vilela, 2005: 121-122.

oferecidos no processo[75]. Entretanto, a nosso sentir, a adoção do sistema da prova livre em nada é incompatível com a exigência de *standards* probatórios, podendo, por exemplo, o julgador elencar todas as razões que o levaram a se convencer que a prova atingiu a medida exigida em lei para aquele respectivo processo.

No Brasil, mesmo com a opção expressa pelo do livre convencimento motivado[76], já há julgados que fazem menção à medida de prova necessária à condenação criminal. Inclusive, no ano de 2015 o Supremo Tribunal Federal indicou que vigoraria no processo penal brasileiro a medida de prova acima de qualquer dúvida razoável[77]. Aliás, essa conclusão também se retira da inteligência do art. 386 do CPP, que apesar de possuir (várias) cláusulas imprecisas sobre a sentença absolutória – como, por exemplo, a previsão de absolvição por "não existir prova suficiente para a condenação" [78] – dispõe que o réu será absolvido se "existir fundada dúvida" sobre causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade[79]. Desse último dispositivo – por sua própria literalidade – pode-se inferir que o legislador brasileiro tencionou erigir a medida de prova *além da dúvida razoável* para o processo penal, o que, como defendemos, é um consectário lógico da regra de julgamento (ônus objetivo da prova) contida no *in dubio pro reo*.

Desta feita, conclui-se que a vigência da norma da presunção de inocência na seara processual penal tem inegável ligação com o aspecto objetivo do ônus da prova, determinando um julgamento *pro reo* sempre que não houver prova acima da dúvida razoável (*in dubio*).

---

75 Taruffo, 2003: 666-673.

76 CPP, art. 155.º: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

77 A decisão ora em comento foi prolatada nos autos da ação penal originária n.º 521/MT, de relatoria da Ministra Rosa Weber, que assim consignou: "A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o "standard" anglo-saxônico – a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável" (AP 521/MT, Rel. Min. Rosa Weber, disponível em <www.stf.jus.br>).

78 CPP, art. 386.º, inciso VII.

79 CPP, art. 386.º, inciso VI.

4.3. A presunção de inocência e o aspecto ônus subjetivo da prova

4.3.1. O Ministério Público

No Brasil, onde se adotou constitucionalmente o sistema acusatório[80], a pretensão punitiva estatal é exercida pela instituição do MP, o qual, como órgão do Estado, deve respeito à presunção de inocência e não possui – enquanto representante da sociedade – interesse na condenação de pessoas sem prova suficiente que a autorize. Por tal razão, o estatuto do MP brasileiro permite a aposição de pedido absolutório ao final da instrução criminal, desde que não se supere o estado de dúvida.

A possibilidade de formulação de pedido absolutório faz numerosos juristas classificarem o MP como parte processual imparcial ou parte *sui generis*. Apesar disso, é possível questionar o alcance de tal *imparcialidade*. Com efeito, ao deduzir a acusação em Juízo, o MP ao menos se convenceu de que a acusação lançada tem elevada chance de ser verdadeira e, por conseguinte, se esforçará para demonstrá-la judicialmente[81]. Ou seja, a opção de acusar deflagra, inexoravelmente, uma atividade probatória ministerial direcionada a reconstrução judicial do fato-crime descrito na peça acusatória. Nesse diapasão, a possibilidade de pedir a absolvição do acusado somente emerge após toda a atividade probatória ministerial inicialmente desenvolvida para confirmação dos fatos criminosos[82]. Assim, vemos que tal situação ocorrerá de forma excepcional e ao fim do processo, mostrando-se falsa a afirmação de que sempre e durante toda a marcha processual, o MP seja, ontologicamente, uma parte imparcial[83].

Admitido o MP como parte ativa da relação jurídica processual, a ele caberá a *alegação* do fato criminoso e sua atribuição ao acusado. Por via de consequência, especialmente em razão do disposto do art. 156 do CPP ("*a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*"), podemos dizer que ao *Parquet* competirá provar suas afirmações – quais sejam o crime, suas circunstâncias e a autoria – desenvolvendo uma atividade probatória com a finalidade última de influir

80 Vide capítulo 1, item 1.3.

81 No mesmo sentido: Badaró, 2003: 207-224.

82 Para nós, a possibilidade do MP pugnar pela absolvição do acusado é melhor vista como expressão da atuação impessoal de um órgão de Estado (princípio da impessoalidade previsto no art. 37.º, *caput,* da CF) conjugada com uma lealdade processual levada às últimas consequências, no sentido de que a instituição não atua em perseguição pessoal ao réu e pode reconhecer a inexistência de base para aplicação do *ius puniendi,* pugnando pela absolvição. No mesmo sentido: Bastos, 2014: 100 e ss.

83 Badaró, 2003: 207-224.

na decisão do julgador e obter uma sentença condenatória. Esse é o aspecto subjetivo do ônus da prova que atinge o MP no processo penal.

No que tange a prova do crime e suas circunstâncias, entendemos que esse ônus probatório engloba todos os elementos do fato típico, dentre eles uma conduta humana dolosa ou culposa subsumível a um tipo penal, o nexo de causalidade e o resultado jurídico ou material.

Igualmente, tendo em vista que o *ius puniendi* pressupõe a prática de um crime – e, uma vez admitido o conceito analítico (tripartido) do ilícito penal – entendemos que o MP deverá, *caso necessário*, demonstrar a ilicitude do fato e a culpabilidade do réu. Grifamos a expressão *caso necessário,* porque, *v.g.*, nem sempre será demandada prova acerca da culpabilidade, pois sua ausência sequer será questionada nos autos. O mesmo se diga em relação à prova das excludentes de ilicitude, já que nem sempre, diríamos até que apenas na minoria dos casos, haverá base para se sugerir que o acusado se encontrava albergado por um tipo permissivo.

Por fim, frisamos mais uma vez que apesar do MP ser protagonista da produção probatória, é lícito ao magistrado complementar a prova, visando dirimir dúvida sobre ponto relevante. Tal circunstância, sem dúvidas, funciona como uma atenuante ao *onus probandi* ministerial, mas deve ser realizada pelo julgador com parcimônia e de forma supletiva[84].

4.3.2. O acusado

Grande questão que há muito tempo ocupa a doutrina brasileira é saber como o direto de defesa se relaciona com o ônus da prova.

Sabidamente, o problema deve ser analisado em consonância com a regra constitucional da presunção de inocência e, com base exatamente nesta última, há forte posição doutrinária no sentido de que o processo penal não comportaria a atribuição de ônus probatório ao acusado, recaindo tal encargo exclusivamente sobre o MP[85]. Por conseguinte, a regra inserta na primeira parte do art. 156 do CPP ("*a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*") não seria aplicável à defesa, porque acusaria uma violação frontal ao princípio constitucional da presunção de inocência. Para esta doutrina, o MP teria o ônus de provar

84 Vide item 1.3 supra.

85 "É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova esta inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência" (Lopes Jr, 2012: 549). No mesmo sentido: Mirza, 2010: 540-559.

que o acusado praticou um crime, ou seja, um fato típico, ilícito e culpável, de forma que mesmo se a defesa alegasse a presença de uma causa excludente, competiria ao acusador provar sua não existência. Os que advogam por esta tese até admitem que o acusado detém interesse no reconhecimento da causa excludente, mas entendem que há aqui uma mera *oportunidade* (e não um ônus) de contradizer as afirmações autorais e de contraditar as provas contra si apresentadas, visando a manutenção de sua liberdade.

De outro lado, tradicionalmente encontramos na doutrina processual penal brasileira a utilização de conceitos do Direito processual civil para justificar o ônus da prova defensivo, ao menos quanto às causas justificantes e exculpantes. Para esta doutrina, caberia ao MP provar os fatos constitutivos do direito de punir do Estado, que seriam a existência de um fato típico em todas as suas circunstâncias (conduta dolosa ou culposa, nexo de causalidade e resultado) e a autoria atribuída ao réu. Uma vez provados os fatos constitutivos do direito de punir, restaria à defesa a prova de causas modificativas, impeditivas ou extintivas a aquele direito, dentre as quais se situariam as excludentes de ilicitude e de culpabilidade[86].

A seu turno, a análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros denota o agasalho à posição doutrinária descrita no parágrafo anterior, reconhecendo-se o ônus da prova defensivo não apenas no que concerne a causas justificantes e exculpantes, mas também quanto a questões que melhorem a posição jurídica do réu. Vejamos, por exemplo, os seguintes casos já decididos pelo Superior Tribunal de Justiça: (i) "*cabe à defesa e não à acusação a prova da causa supralegal excludente de culpabilidade, na medida em que o onus probandi é a faculdade da parte demonstrar a ocorrência de fato alegado em seu favor*"[87]; (ii) "*se é certo que o pagamento integral dos débitos oriundos da falta de recolhimento dos tributos extingue a punibilidade do crime tipificado no art. 168-A do Código Penal, por força do art. 9.º, § 2.º, da Lei n.º 10.684/03 – de eficácia retroativa –, não menos certo que tal comprovação é ônus da defesa, pois cabe à defesa a provar sua tese de excludente de ilicitude e/ou de culpabilidade*"[88]; (iii) "*não cabe à acusação demonstrar e comprovar elementares que inexistem no tipo penal, de forma que o ônus da prova da impossibilidade de repasse das contribuições previdenciárias apropriadas ante às dificuldades financeiras da empresa, a evidenciar, assim, a inexigibilidade*

86 Nesse sentido: Marques, 1965: 284-289; Tornaghi, 1959: 231-232; Tourinho Filho, 2008: 245.

87 REsp 628652/RJ (2004/0019393-7), Rel. Min. Gilson Dipp, cf. <www.stj.jus.br>.

88 AgRg no REsp 871739/PE (2006/0153533-2), Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, cf. <www.stj.jus.br>.

de conduta diversa – causa supralegal de exclusão da culpabilidade –, é da defesa, a teor do art. 156 do CPP"[89]; (iv) em crime de roubo à mão armada, o poder vulnerante integra a própria natureza da arma de fogo, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência (exegese do art. 156 do CPP)[90].

Semelhantes posições são encontradas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos: (i) "*No âmbito dos crimes contra a ordem tributária, tem-se admitido, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, como causa supralegal de exclusão de culpabilidade a precária condição financeira da empresa, extrema ao ponto de não restar alternativa socialmente menos danosa que não a falta do não-recolhimento do tributo devido. Configuração a ser aferida pelo julgador, conforme um critério valorativo de razoabilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, cabendo a quem alega tal condição o ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal*"[91]; (ii) em crime de roubo com emprego de arma, "*se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal*"[92].

No entanto, entendemos não ser possível classificar as causas excludentes da ilicitude e da culpabilidade como fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito de punir do Estado[93]. Isso, porque a concretização do *ius puniendi* depende da comprovação de um crime e o conceito deste, segundo a doutrina e jurisprudência majoritárias, é o tripartido: crime é um fato típico, ilícito e culpável. Em outras palavras, a ilicitude e a culpabilidade são elementos que integram o fato constitutivo do direito de punir estatal, não se enquadrando sua negação como fatos modificativos, impeditivos ou extintivos de tal direito.

Ademais, exatamente pela mesma razão, não podemos importar a fórmula utilizada pelo Direito processual penal norte-americano para entregar inteiramente o ônus de provar as causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade à defesa, porque, ao contrário do que ocorre nos EUA, no Brasil se adotou o

89 AgRg no REsp 1178817/SC (2010/0019446-4), Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). No mesmo sentido, REsp 888947/PB (2006/0207474-2), Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, cf. <www.stj.jus.br>.

90 HC 168287/SP (2010/0061770-4), Rel. Min. Jorge Mussi. No mesmo sentido, HC 99597/SP (2008/0020852-8), Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, cf. <www.stj.jus.br>.

91 AP 516/DF, Rel. Min. Ayres Britto, cf. <www.stf.jus.br>.

92 HC 103910/MG, Rel. Min. Luiz Fux, cf. <www.stf.jus.br>.

93 Mittermaier, 2008: 161-162.

conceito tripartido de crime, razão pela qual as excludentes sempre controverterão um elemento do crime.

A discussão, porém, não se encerra por aqui. Acreditamos que a questão posta merece uma melhor reflexão, levando em conta a lógica de solução racional de um processo criminal. Vejamos a seguinte hipótese: o MP posiciona na arena processual as provas da existência do crime e da autoria delitiva, não havendo qualquer elemento nos autos que indique a existência de causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade. Incumbiria à defesa apenas pedir justiça, implorando pela absolvição do réu? Sob nossa ótica, a resposta a essa indagação só pode ser negativa. É evidente que, diante de um quadro sólido de prova, se a defesa quedar-se inerte, a condenação virá a galope. No caso, caberia à defesa tentar desacreditar a prova ministerial, podendo o fazer através da oitiva de novas testemunhas, da juntada de documentos, da realização de nova perícia por seu assistente técnico, ou mesmo da introdução de uma versão dos fatos que venha auxiliar o réu a alcançar sua absolvição, como por exemplo, a de que agiu sob o manto de uma causa de justificação.

Na esteira dessa argumentação, Tonini ensina que se o MP trouxer prova da culpa do réu, à defesa competiria alternativamente: (i) provar a falta de credibilidade das fontes; (ii) provar a inidoneidade do resultado das provas da acusação; (iii) provar a existência de fatos favoráveis à defesa; ou, ainda, fornecer prova da existência de causa excludente da ilicitude ou punibilidade[94].

A nosso sentir, a melhor descrição da situação processual descrita nas linhas anteriores está na doutrina de Prakken[95] e Bex[96], a qual os autores nomeiam de *tactical burden of proof* (ônus tático da prova). Ambos os autores afirmam que embora o ônus tático da prova seja uma questão nascida na doutrina do *common law* e nem sempre considerada nos países de tradição *civil law,* sua importância é enorme para ambos os sistemas, porque é inerente à lógica de solução processual. Nas lições dos referidos autores, o ônus tático seria propriamente uma avaliação estratégica que as partes devem realizar no curso da instrução processual sobre o estado atual da prova já produzida. Avaliar-se-ia o mosaico probatório e caso se concluísse por um elevado risco de sucumbência, haveria um ônus tático, correspondente à produção de uma nova

94 Tonini, 2002: 66.

95 Prakken & Sartor, 2009: 227.

96 Bex & Walton, 2012:118.

prova ou mesmo de um novo argumento que encontrasse eco nas provas já produzidas[97].

A depender do cenário dos autos, poderia ser que, por exemplo, a mera alegação de uma causa justificante pela defesa já servisse para fazer emergir a almejada dúvida razoável e, assim, alcançar-se a sentença absolutória[98]. Em outras ocasiões, porém, a mera alegação defensiva poderá não ter o mesmo condão,[99] seja porque a prova da acusação se encontre bastante sólida ou porque a alegação de uma causa excludente dependa de elementos que só o próprio réu tenha acesso. Nesses casos, não vemos alternativa à defesa senão tentar anexar o máximo de elementos possíveis aos autos para semear a dúvida, fugindo do risco de condenação.

Um perfeito exemplo de um cenário como o que estamos a propor foi o caso que descrevemos em nosso capítulo 1. Com efeito, trazendo o enredo fático do caso Dixon v. US para a realidade brasileira, a apreensão das armas e dos formulários com declarações falsas, aliados aos depoimentos dos policiais que prenderam a ré e dos vendedores dos armamentos, provavelmente configurariam um quadro probatório suficientemente forte para autorizar uma condenação. Então, o que fez a defesa de Dixon? Atuou de forma tática, confessando a autoria, mas arguindo a existência de coação moral. Nessa hipótese, a comunhão da prova e mesmo a existência de poderes investigatórios do Juiz não seriam capazes de auxiliar a acusada, pois até aquele momento nada levaria o julgador ou o MP a imaginar a possibilidade de estar presente uma causa de isenção de pena. Ou seja, tornou-se importantíssimo o desencargo do ônus de alegação pela defesa.

Noutro giro, as alegações de Dixon não encontraram qualquer respaldo nos autos e, ainda, foram substancialmente desmentidas quando os comerciantes das armas, chamados a depor, afirmaram que a ré não tinha qualquer sinal

97 Prakken & Sator, 2006: 9; Bex & Walton, 2012: 118.

98 Essa situação pode ocorrer, por exemplo, com a legítima defesa, quando a experiência mostra que a incidência da excludente é argumentada pela defesa com uma releitura das provas trazidas aos autos pelo MP.

99 No mesmo sentido, leciona Tonini, para lembra que apesar de a dúvida sempre favorecer o acusado e "com o objetivo de levantar uma duvida razoável o acusado poderia limitar-se a alegar a existência de uma causa de justificação". Todavia, se o acusado se limitar "a indicar, de modo impreciso, fatos que somente ele tinha conhecimento, impedindo, assim, que a acusação conduza as investigações para averiguá-los", não haverá dúvida razoável. Segundo o autor, nesse caso, o acusado não satisfaria o ônus da prova justamente porque não levantou duvida razoável (Tonini, 2002: 66-70.)

externo de que agia coagida por qualquer pessoa[100]. Vemos, portanto, que não havia outra solução para a acusada senão tentar introduzir provas da suposta coação moral, em nada lhe auxiliando bradar que se presumia inocente, pois não conseguimos sequer imaginar como a Promotoria poderia aclarar mais os fatos. Ademais, admitir-se uma coação moral "sem a devida comprovação fática implicaria, no presente caso, em uma regra geral de absolvição"[101].

Nesse ritmo argumentativo, concluímos que a defesa não está diante de uma mera oportunidade como pensam alguns, mas sim de um ônus da prova, especialmente carimbado pela lógica de resolução do processo. Em capítulo anterior, conceituamos o ônus da prova como *a faculdade que as partes da relação jurídica processual possuem de trazer aos autos elementos de convicção que embasem suas alegações, com a finalidade última de influir na decisão do julgador e obter uma sentença favorável*. Ora, se o quadro probatório corrobora as imputações contidas na acusação e a defesa tem a faculdade de trazer aos autos elementos de convicção para fazer nascer uma dúvida razoável, estamos diante do ônus da prova.

Desta feita, entendemos que a negativa genérica formulada por parte da doutrina acerca do ônus da prova do acusado no processo penal, parece negligenciar a lógica de resolução racional do processo[102]. Em qualquer caso, o acusado será presumidamente inocente e a dúvida sobre sua culpa sempre lhe beneficiará, cabendo ao MP provar suas alegações. Porém, uma vez adimplido

---

100 A admissão dessa circunstância foi feita pelo próprio advogado de Dixon quando da sustentação oral perante a Suprema Corte Americana (transcrição dos argumentos orais, p. 14, disponível em <http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcript.aspx>).

101 Apelação criminal n.º 9869-PE (0000471-31.2012.4.05.8306), TRF da 5.ª região, Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli (<www.trf5.jus.br>). No caso, o acusado alegara que praticara um crime de roubo impulsionado por uma coação moral irresistível de um traficante de drogas, o qual determinara a prática do crime sob a ameaça de matar pessoas da família do acusado. Porém, o réu sequer sabia indicar o nome do coator, nem forneceu dados que possibilitariam a confirmação mínima de que estava sob coação. Assim, com razão, entendeu-se que não havia sequer dúvida sobre a excludente alegada pelo acusado.

102 É o que, *data venia*, parece ocorrer com Badaró, que sustenta: "Já com relação ao acusado, que também possui interesse individualizável na persecução penal, seria possível admitir que, se ele não se desincumbisse da produção da prova dos fatos que lhe são favoráveis, haveria um prejuízo. Estaria aí configurado o ônus subjetivo do acusado. Contudo, diante do *in dubio por reo*, que é a regra de julgamento que vigora no campo penal, o acusado jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, ao menos nos casos de ação penal condenatória. Embora seja admissível que a atividade do acusado seja regida por um ônus probatório, no processo penal em que vigora a presunção de inocência, tal encargo e atribuído, com exclusividade, ao acusador" (Badaró, 2003: 240). Esta visão parece confundir o ônus como atividade da parte (aspecto subjetivo) com a regra de julgamento dirigida ao Juiz (aspecto objetivo), acabando por negar o conceito elaborado pelo próprio autor quanto os diferentes aspectos do ônus probatório.

o *onus probandi* ministerial, o acusado provavelmente restará condenado se quedar-se inerte. Esta necessidade de se movimentar na recolha de provas ou de novos argumentos não é outra coisa senão os aspectos subjetivo e tático do ônus da prova, que não se confundem com a regra do *in dubio pro reo* e com ela convivem pacificamente.

A tese ora esposada, apesar de não ter recebido essa roupagem (ônus tático) parece ter sido encampada no âmbito do Supremo Tribunal Federal no julgamento do processo conhecido como *Mensalão*, quando o Ministro Luiz Fux asseverou que se a acusação traz aos autos prova convincente, a defesa possui o ônus de levar a Corte à dúvida, pois simples alegações ou negativas genéricas não teriam esse condão[103].

Finalmente, podemos concluir que o princípio constitucional da presunção de inocência, apesar de impor ao MP o ônus de demonstrar a culpa dos acusados, não retira da defesa o ônus de provar fatos que lhe beneficiem, tendo em vista que o ônus da prova é impregnado por um aspecto subjetivo, o qual pode ser realçado pela lógica de resolução da contenda penal (aspecto tático).

5. CONCLUSÃO

As regras concernentes ao ônus da prova influenciam diretamente o resultado de um processo judicial, principalmente se este último for concebido como um processo de partes, direção na qual, a nosso sentir, caminha o processo penal brasileiro.

O encargo probatório no processo penal recebe particulares influxos do princípio da presunção de inocência, onerando objetivamente a versão da parte acusadora e determinando que o Juiz, após a instrução criminal, decida favoravelmente ao réu quando não for possível atingir a certeza (ou, como preferimos, quando não houver prova acima da dúvida razoável) de sua culpa (ônus objetivo).

---

103 Vejamos a passagem do voto do Min. Luiz Fux na ação penal originária 470 (*Mensalão*), que confirma a hipótese trazida por nós: *"Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e defesa com o contexto probatório, verificando se são verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para levar a Corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que esta seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja "irrazoável", inacreditável ou inverossímil. Nesse contexto, a defesa deve trazer argumentos devidamente provados que infirmem as ilações articuladas pela acusação A simples negativa genérica é incapaz de desconstruir o itinerário lógico que leva prima facie à condenação"* (AP 470/MG, extraído do inteiro teor do acórdão, p. 53.119, disponível em <www.stf.jus.br>).

Por conseguinte, o ônus da prova no processo penal é mais pesado para o MP, que realiza a acusação e, assim, deve ultimar a coleta de elementos de convicção para corroborar suas afirmações, atingindo uma elevada medida de prova.

Todavia, as assertivas acima não autorizam a conclusão de que a defesa não suporta qualquer ônus probatório. Por vezes, à defesa não bastará contar com fatores mitigadores do *onus probandi*, como a presunção de inocência, a comunhão da prova ou os poderes instrutórios do Juiz, pois a acusação trará elementos de prova suficientes para o convencimento do julgador. Assim, parece-nos que a defesa terá o encargo realizar uma análise do conteúdo da prova da acusação e, desse modo, perceber a necessidade de atuar estrategicamente, introduzindo novas provas ou argumentos. Essa faculdade de se coletar elementos de prova com o fito de evitar uma "anunciada" posição jurídica desfavorável (condenação do acusado) não é outra coisa senão uma manifestação (tática) do ônus da prova.

BIBLIOGRAFIA

Allen, R.J.
2014 "Burdens of proof", in *Law, Probability and Risk,* vol. 13, n.º 3-4, pp. 195-219.
Ambos, K. & Polastri Lima, M.
2009 *O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira,* Porto Alegre: Livraria do Advogado.
Badaró, G.H.R.I.
2003 *Ônus da prova no processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais.
2013 *Correlação entre acusação e sentença*, 3.ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.
Bastos, M.L.
2014 *Processo penal e gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do Juiz em face de um sistema acusatório e da natureza da ação penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.
Bergman, B.E., Hollander, N. & Duncan, T.M.
2014 *Wharton's Criminal Evidence*, 15th ed., Thomson Reuters, versão eletrônica consultada através do portal <www.westlaw.com>.
Bex, F. & Walton, D.
2012 "Burdens and standards of poof for inference to the best explanation: three case studies", in *Law, Probability and Risk*, vol. 11, n.º 2-3, pp. 113-133.
Dobson, M.M.
2006 "Who has the burden of persuasion when a defendant raises a defense of duress?" in *Preview of United States Supreme Court Cases*, American Bar Association, pp. 414-417.
Engel, M.
2008 "Unweaving the Dixon blanket rule: flexible treatment to protect the morally innocent" in *Oregon Law Review*, vol. 87, pp. 1326-1358.
Ferrajoli, L.
2014 *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al*., 4.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.
Godinho, R. R.
2007 "A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais" in *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n.º 8, pp. 384-407.
Hahn, U. & Oaksford, M.
2007 "The burden of proof and its role in argumentation" in *Argumentation*, vol. 21, pp. 39-61.

Harvard Law Review
2006 "Firearms regulation – Defense of Duress: Dixon v. United States" in *Harvard Law Review*, vol. 120, n.º 1, p. 322-332.
LaFave, W.R.
2014 *Substantive Criminal Law*, 2nd ed., Thomson Reuters, versão eletrônica consultada através do portal <www.westlaw.com>.
LaFave, W.R. & Israel, J.H.
2014 *Criminal Procedure*, 3rd ed., Thomson Reuters, 2014, versão eletrônica consultada através do portal <www.westlaw.com>.
Polastri Lima, M.
2009 *A prova penal*, 3.ª ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris.
Lopes JR, A.
2012 *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, 9.ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva.
Malatesta, N.F.D.
2009 *A lógica das provas em matéria criminal*, tradução de Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: Russell, 2009.
Marques, J.F.
1965 *Elementos de direito processual penal,* vol. II., 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense.
Mccahey, J.P.
2008 "The burdens of persuasion and production" in *Proof: The journal of the trial evidence commitee***,** American Bar Association**,** vol. 16, n.º 3, pp. 7-9.
Mcbaine, J.P.
1944 "Burden of proof: Degrees of Belief" in *California Law Review*, vol. 32, pp. 243-268.
Mcnaughton, J.T.
1955 "Burden of production of evidence: a function of a burden of persuasion" in *Harvard Law Review*, vol. 68, pp. 1382-1391.
Mendes, G.F. & Gonet, P.G.
2014 *Curso de Direito Constitucional*, 9.ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva.
Mirza, F.
2010 "Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*" in *Revista Eletrônica de Direito Processual* (REDP)*,* ano 4, vol. V, pp. 540-559.
Mittermaier, C.J.A.
2008 *Tratado da prova em matéria criminal*, traduzido por Herbert Wüntzel Heinrichi, 5.ª ed., Campinas: Bookseller.

Múrias, P.F.
2000 *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova,* Lisboa: Lex.
Nieva Fenoll, J.
2010 *La valoración de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2010.
Nucci, G.S.
2014 *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 11.ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, versão digital.
Oliveira, E.P.
2013 *Curso de processo penal*, 17.ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas.
Patrício, R.
2004 *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português*,. Lisboa: AAFDUL.
Picinali, F.
2014 "Innocence and burdens of proof in English criminal" in *Law, Probability and Risk,* vol. 13, n.º 3-4, pp. 243-257.
Prado, G.
2006 *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*, 4.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris.
2014 *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*, São Paulo: Marcial Pons.
Prakken, H. & Sartor, G.
2006 *Presumptions and Burdens of Proof*, San Domenico di Fiesole: European University Institute.
2009 "A Logical Analysis of Burdens of Proof" in *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic* (Kaptein, H.; Prakken, H.; Verheij, B. ed.), Farnham: Ashgate, pp. 223-253.
Ramos, V.P.
2015 *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*, São Paulo: Revista dos Tribunais.
Rosenberg, L.
2002 *La carga de la prueba*, tradução de Ernesto Krotoschin, 2.ª ed., Montevideo--Buenos Aires: B de *f.*
Sousa Mendes, P.
2014 *Lições de direito processual penal*, 2.ª reimp., Coimbra: Almeidina.
Taruffo, M.
2003 "Rethinking the standards of proof" in *The American Journal of Comparative Law,* vol. 51, pp. 659-678.

2011 *La prueba de los echos*, tradução de Jordi Ferrer Beltrán, 4.ª ed., Madrid: Trotta

2013 "O ônus como figura processual" in *Revista Eletrônica de Direito Processual* (REDP), Rio de Janeiro, ano 7, vol. XI, pp.423-431.

Teles, M. G.

2014 "Common Postscriptum" in *Escritos Jurídicos*, vol. II, Coimbra: Almeidina, pp. 509-521.

Tonini, P.

2002 *A prova no processo penal italiano*, tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz, São Paulo: Revista dos Tribunais.

Tornaghi, H.

1959 *Instituições de processo penal*, vol. IV, Rio de Janeiro: Forense.

Tourinho Filho, F. C.

2008 *Processo penal,* vol. 3., 30.ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva.

Vilela, A.

2005 *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra: Coimbra.

A UTILIZABILIDADE PROBATÓRIA DAS DECLARAÇÕES PRESTADAS POR ARGUIDO EM FASE ANTERIOR AO JULGAMENTO

Margarida Caldeira

Abstract: *The starting point of the present paper is the amendment made to the Portuguese Criminal Procedure Code regarding the regime that regulates the probative usability of declarations made by the defendant in a pre-trial stage. We begin with a brief historical review in order to uncover any shortcomings of the previous regime that could justify such a radical change of paradigm. Then, we will analyze the consequences that may have resulted from this amendment within the specific structure and principles of criminal procedure. We then conclude with some practical problems that have already been identified and others that we think will result from the application of the new regime.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Insuficiências do regime anterior. 3. Estrutura acusatória e princípios do processo penal. 3.1 Estrutura do processo penal português. 3.2. Princípios do processo penal português. 4. Outras questões práticas. 4.1. Poderão as declarações do arguido valer como prova única na condenação ou terão necessariamente que ser prova corroborante? 4.2. Obrigatoriedade de utilização de recursos áudio e audiovisuais: impossibilidade prática. 4.3. Dificuldades ao nível das defesas oficiosas e da nomeação de defensor de escala. 4.4. Problema da entidade perante a qual se prestam as declarações. 4.5. A nova solução e a orientação do MP para a realização de acordos sobre a sentença. 4.6. Liberdade e voluntariedade das declarações. 4.7. Sanção para a violação dos requisitos. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O ponto de partida do presente trabalho, realizado no âmbito do seminário de Direito Processual Penal do Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Criminais, é a alteração operada, no ordenamento processual-penal português, pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro (doravante, Lei n.º 20/2013, e que consubstancia a vigésima alteração ao Código de Processo Penal Português de 1987, doravante CPP).

O referido diploma versa sobre o regime do aproveitamento probatório das declarações prestadas pelo arguido em fase anterior ao julgamento, regime regulado nos arts. 356.º e 357.º do CPP.

Ao alterar regime tão sensível e tão caro ao direito processual penal português, a Lei n.º 20/2013, vem provocar a indignação de uns e o aplauso de outros.

Cremos que a alteração deve ser analisada, não apenas em si, mas como um todo, ou seja, com todos os efeitos reflexos que dela advêm. Assim, e porque julgamos que todas as alterações legislativas se devem fundar em insuficiências ou debilidades de regimes anteriores, começamos por fazer uma breve resenha histórica dos dispositivos que têm regulado, ao longo dos tempos, esta matéria. Pretende-se, neste primeiro Capítulo, descortinar as eventuais insuficiências do regime anterior que pudessem justificar mudança tão radical de paradigma.

Num segundo Capítulo pretendemos indagar das consequências que a alteração possa ter provocado nas contemporâneas construções da estrutura e princípios do processo penal.

Por fim, dedicaremos alguma atenção a questões que já se colocaram, ou que julgamos se podem vir colocar, no âmbito da aplicação prática do novo regime, razões que podem inquinar a bondade do legislador.

2. INSUFICIÊNCIAS DO REGIME ANTERIOR

Interessa-nos, neste ponto, indagar das insuficiências do regime anterior, de forma a que possamos justificar a alteração ao regime do aproveitamento probatório das declarações do arguido. Basta-nos, para tanto, começar o nosso percurso pela redação original do CPP de 1987. Ora, o referido regime era um tal que permitia a leitura de declarações do arguido aquando da sua própria solicitação, qualquer que fosse a entidade perante a qual fossem prestadas[1] e, por outro lado, quando, tendo sido feitas perante juiz, houvesse sensíveis contradições ou discrepâncias[2] entre estas e as prestadas em julgamento, mas apenas quando as contradições e discrepâncias não pudessem ser esclarecidas de outro modo. Estabelecia-se assim, um regime geral de proibição da valo-

1 Repare-se que, neste caso, o arguido também decide a extensão do que é lido. Era assim em 1987 e continua a ser assim hoje. Para mais desenvolvimentos, *vide* Cunha, 1997: 421.

2 Discrepâncias e contradições não querem dizer exatamente a mesma coisa. Julgamos que existe, entre ambas, uma diferença de grau. Assim, duas declarações seriam discrepantes ou contraditórias consoante o grau de incompatibilidade entre elas fosse menor ou maior, respetivamente. Para mais esclarecimentos, *vide* Albuquerque, 2009: 898 e segs.

ração destas declarações, uma vez que a mesma só podia ser levada a cabo em casos excecionais[3].

Este regime mantém-se inalterado durante vinte anos, até que, em 2007, se procede a um afrouxamento de alguns dos requisitos do artigo 357.º do CPP. O n.º 2 do artigo 357.º passa, então, a ter a seguinte redação: "quando, tendo sido feitas perante o juiz, houver contradições ou discrepâncias entre elas e as feitas em audiência"[4]. Deixa assim de se exigir que as contradições ou discrepâncias sejam sensíveis e não possam ser sanadas de outra maneira, a não ser através da leitura em sede de julgamento. Ou seja, para que as declarações anteriores do arguido possam ser valoradas, no caso de não ser o próprio a suscitar a sua leitura, é suficiente que as mesmas tenham sido prestadas perante juiz e que hajam contradições ou discrepâncias entre as declarações prestadas anteriormente e as prestadas em julgamento.[5] Parece-nos que esta é uma alteração ajuizada, uma vez que o conceito "sensíveis" é um conceito geral e abstrato, de difícil concretização prática, que leva a interpretações disformes. Por sua vez, a supressão do segundo requisito, "que não pudessem ser esclarecidas de outro modo", funda-se, julgamos, em razões de economia processual que estiveram na base da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto.

Encontramos agora, a partir de 2013, um regime ainda mais permissivo. A al. *a)* do n.º 1 do artigo 357.º mantem-se, mais uma vez, inalterada, continuando o arguido a ter a possibilidade de solicitar a reprodução ou leitura de declarações por ele prestadas anteriormente. A al. *b)* do mesmo número é, no entanto, profundamente alterada, passando a permitir-se a leitura e reprodução das declarações "quando tenham sido feitas perante autoridade judiciária com assistência de defensor e o arguido tenha sido informado nos termos e para os efeitos do disposto na alínea *b)* do n.º 4 do artigo 141.º". A Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, introduz também um novo número, ao qual foi atribuído o n.º 2 – passando o antigo n.º 2 para n.º 3 –, que dispõe que "as declarações anteriormente prestadas pelo arguido reproduzidas ou lidas em audiência não valem como confissão nos termos e para os efeitos do artigo 344.º". Temos assim que esta alteração leva a uma mudança de paradigma, uma vez que o

3 Santos & Leal-Henriques, 2000: 406 e segs.

4 Redação resultante da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto.

5 Ainda assim, em ambos os casos, a reprodução ou leitura depende da vontade do arguido. No primeiro caso, depende da sua solicitação e, no segundo caso, depende do facto de o arguido fazer, ou não, uso da prerrogativa de silêncio. *Vide* Mesquita, 2013: 139.

regime de exceção da leitura das declarações anteriormente prestadas passa a ser um regime regra.

No que diz respeito à natureza da leitura ou reprodução, no caso de solicitação pelo próprio arguido, poder-se-ia dizer que se trata de uma manifestação do poder de declarar ou não (*v.g.* arts. 343.º e 345.º do CPP), que lhe é atribuído por força do seu estatuto de sujeito processual que lhe confere um poder de conformação do processo[6]. Neste caso, a leitura também serve o propósito de reforço da credibilidade do arguido, podendo o mesmo provar que a "sua versão dos factos" foi a mesma ao longo de todo o processo.

A definição da natureza da leitura que é levada a cabo com base na al. *b)* do n.º 1 do artigo 357.º é, no entanto, menos fácil de deslindar. Na redação anterior a 2013, parecia claro que a leitura consubstanciava, por um lado, um meio de sanar contradições e discrepâncias num sentido propugnado pelo princípio da descoberta da verdade material e, por outro lado, como uma forma de *impeachment*. Tratava-se, portanto, de uma "prova crítica das declarações por ele [o arguido] prestadas em audiência de julgamento"[7].

Na versão atual, porém, já não podemos falar de *impeachment* ou de "prova crítica" uma vez que a leitura já não serve para sanar discrepâncias ou contradições. Parece-nos que a leitura ou reprodução destas declarações consubstancia, hoje, um verdadeiro meio de prova, sujeito, assim, ao princípio da livre apreciação de prova (artigo 127.º do CPP)[8].

Note-se que, em nenhum dos regimes, era proibido o contacto, por parte do juiz, com as declarações proferidas pelo arguido. Como bem sabemos, no nosso ordenamento jurídico-penal, o juiz tem acesso pleno aos autos lavrados em fases anteriores ao julgamento, vigorando o princípio da transmissibilidade e do livre acesso aos autos. No que toca à matéria da prova, o princípio da transmissibilidade tem valor pleno quando aplicado à prova não pessoal, que transita da fase de investigação para a de julgamento, não se aplicando

6 No mesmo sentido, *vide* Cunha, 1997: 419 e ss. Para um maior esclarecimento acerca da distinção entre sujeitos processuais e meros participantes processuais, Dias, 1974: 240 e ss.

7 Cunha, 1997: 419.

8 A adoção deste princípio revela a propensão por um sistema de prova livre, em contraposição com um sistema de prova legal ou tarifada (sistema no qual o valor da prova está pré-fixado na lei e onde existe uma relação de hierarquia entre os vários meios de prova). Quer isto dizer que o tribunal aprecia a prova de acordo com as regras de experiência e a livre convicção do julgador. Não se confunda, porém, a apreciação livre com a apreciação discricionária porque, no nosso ordenamento jurídico-penal, existe, a par deste princípio, o dever de fundamentação da sentença, o que torna sindicáveis as decisões e, por sua vez, permite o recurso das mesmas. Para mais esclarecimentos, *vide* Albuquerque, 2009: 463 e ss.

à prova de natureza pessoal[9], que apenas pode transitar para a fase de julgamento quando a sua reprodução já não seja possível, tendo que, ainda assim, respeitar estritamente princípios como o do contraditório[10]. No entanto, no regime anterior, apesar de conhecer das declarações – prova pessoal, portanto – prestadas anteriormente, o juiz não as podia valorar, *rectius*, não podia servir-se delas para fundamentar a sentença, podendo agora fazê-lo[11].

Aqui reside, essencialmente, a opinião crítica acerca do regime anterior. A maior parte dos AA. que aplaude o atual aproveitamento probatório de declarações anteriormente prestadas, critica, no regime anterior, a possibilidade de neutralização que a invocação do direito ao silêncio[12] ou a ausência, em fase de julgamento, poderiam ter em relação a essas mesmas declarações. Este efeito neutralizador devia-se ao facto de, segundo entendimento do Supremo Tribunal de Justiça[13] (doravante, STJ), o silêncio e, consequentemente, a ausência não consubstanciarem uma "discrepância ou contradição" – não tem valor de sim ou não – subsumíveis à al. b) do n.º 1 do artigo 357.º, na sua redação anterior.

Na prática isto significava que o arguido podia prestar declarações, eventualmente confessórias e, remetendo-se ao silêncio em fase de julgamento, impedir que as mesmas pudessem ser pelo tribunal valoradas.

Este efeito neutralizador do direito ao silêncio já vinha sendo criticado por Paulo Dá Mesquita[14]. O autor considera que a impossibilidade de valorar as declarações anteriores do arguido era uma "terapêutica radical" para sanar o eventual receio que este pudesse sentir perante o poder estadual, receio que poderia levar a que o arguido se autoincriminasse. Tudo isto levaria, no limite,

9 Para uma definição de prova pessoal, *vide* Ferreira, 1955: 223.

10 Pinto, 2013: 190.

11 *Ibidem*.

12 Embora não expressamente consagrado, o direito ao silêncio e correspetiva prerrogativa contra a autoincriminação podem encontrar fundamento constitucional na dignidade da pessoa humana, no direito à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade (artigos 1.º, 25.º e 25.º da CRP, respetivamente). No que diz respeito ao âmbito do direito processual penal, o direito e a prerrogativa surgem, ainda que de forma indireta, no artigo 61.º, n.º 1, al. *d)* do CPP.

13 *V.g.,* STJ, 2001, onde podemos ler o seguinte: "Se, na audiência de julgamento, o arguido se remeteu ao silêncio, não pode ser atendida a confissão que fez durante o inquérito – ainda que perante magistrado judicial – dada a proibição da sua leitura".

14 Mesquita, 2013: 145 e ss., onde podemos ler que "o direito ao silêncio (...) reporta-se (...) ao direito de não prestar declarações, não se confundindo com um direito de apagar anteriores declarações validamente prestadas".

à exclusão de elementos probatórios imaculados, o que prejudicava gravemente o princípio da economia processual, uma vez que obriga à repetição de prova já produzida e que poderia ser diretamente utilizada em tribunal.

Também para outros autores, *v.g.* Joana Boaventura Martins[15], seria uma tremenda injustiça que o juiz fosse obrigado a absolver um arguido que, em fase de investigação, "confessou" os factos, mas que mais tarde se remeteu ao silêncio, numa situação em que o MP não foi capaz de produzir mais prova. Também segundo a Proposta de Lei n.º 77/XII, "a quase total indisponibilidade de utilização superveniente das declarações prestadas pelo arguido nas fases anteriores ao julgamento tem conduzido, em muitos casos, a situações geradoras de indignação social e incompreensão dos cidadãos quanto ao sistema de justiça"[16].

Em nossa opinião, a "indignação social e a incompreensão dos cidadãos" não se devem, necessariamente, ao facto de as declarações anteriores do arguido não possuírem, em regra, valor probatório. Devem-se, isso sim, a um problema mais amplo da justiça penal, o problema da absolvição de agentes que efetivamente cometeram o facto ilícito-típico. Muitos destes casos se devem, por sua vez, a uma deficiente investigação por parte do MP, que deduz acusação sem que tenha uma base probatória suficiente para a condenação posterior[17].

Ficando, assim, por explicar, a *ratio* da alteração legislativa, não será difícil associá-la às mais recentes tendências populistas do direito penal e processual penal[18-19].

---

15 Martins, 2014: 61.

16 Argumentos que parecem ter saído do documento: Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, 2011.

17 Neste sentido, *vide* Cunha, 2013: 266 e ss.

18 Ainda que a *ratio* esteja, efetivamente, por encontrar, não podemos deixar de notar as claras semelhanças que o regime atual apresenta para com o regime vigente nos Estados Unidos da América. Os afamados *Miranda Warnings* vêm alterar, em 1966, por força do caso *Miranda v. Arizona*, o regime de recolha das declarações do arguido, quando sob custódia policial. Ora, este regime obriga a que, à recolha da declaração do arguido, preceda uma espécie de notificação informativa, por parte das autoridades policiais, que tem o intuito de esclarecer os direitos que lhe assistem (*v.g.,* direito ao silêncio, direito à assistência por parte de defensor e a advertência de que tudo o que o sujeito disser pode ser, e será, contra ele usado em julgamento). Na base desta alteração de paradigma parecem estar, essencialmente, duas premissas. Por um lado, o reconhecimento das pressões que são exercidas sobre o arguido, no sentido de o fazer falar (numa violação clara do seu direito à não autoincriminação, o *Fifth Amendment Privilege*) e, por outro lado, a convicção de que um tal sistema de avisos pode eliminar o risco das referidas pressões. De acordo com a doutrina de *Miranda*, o interrogatório do arguido deve cessar imediatamente quando o mesmo invoque os seus direitos. Não obstante, o arguido pode renunciar – *waiving* – aos referidos direitos, validando as declarações ainda que não tenha sido efetivado, por exemplo, o direito à assistência por defensor. Ao contrário do que acontece no direito processual penal português, as declarações prestadas em fase anterior ao julgamento podem ter efeito confessório, desde que os avisos sejam prestados de acordo com a lei.

Apraz-nos também dizer, nesta sede, que o anterior regime entrava, de certa forma, em confronto com aquela que tem vindo a ser a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, TEDH).

À luz desta jurisprudência, não se encontram obstáculos ao aproveitamento probatório das declarações anteriormente prestadas pelo arguido, tendo sempre sido excluída a aplicabilidade do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante, CEDH) para fundamentar invalidade das declarações[20]. O processo é analisado como um todo, no sentido de se perceber se o mesmo foi justo e equitativo, maioritariamente no âmbito do artigo 6.º da CEDH[21]. Assim, basta que a leitura ou reprodução de declarações anteriores não contenda com o direito ao um *fair trial* para que as mesmas sejam válidas[22].

Não obstante, podemos dizer que o princípio do contraditório, que aqui também não é despiciendo, é um elemento relevantíssimo para a análise da justeza (*fairness*) do julgamento (artigo 32.º, n.º 5 da CRP)[23].

Os *Miranda Warnings* tiveram, durante largos anos, um período áureo e eram apontados como um dos mais promissores avanços do direito processual penal no que toca às garantias do acusado. Quase cinquenta anos depois, porém, os *Warnings* tornaram-se, de certa forma, uma ferramenta de recolha de declarações por parte das autoridades policiais, que encontraram, entretanto, formas de os contornar sem que as declarações fossem nulas. As autoridades que procedem à investigação dos elementos do crime encontraram uma forma de contornar os efeitos silenciadores que os *warnings* tinham nos arguidos. Têm chegado a tribunal vários casos em que a polícia procede, primeiro, a uma espécie de "pré-interrogatório" sem, contudo, informar o arguido dos direitos que lhe assistem e, depois de o arguido prestar declarações incriminatórias – e antes que o interrogatório termine –, são lhe lidos os *Miranda Warnings* procurando assim, a autoridade que interroga, ratificar todas as declarações proferidas durante o interrogatório porque sabe que, se primeiro esclarecer o arguido, este fará, muito provavelmente, uso da sua prerrogativa de silêncio.
Note-se, por fim, que, ao contrário da alteração ora em análise, os *Miranda Warnings* surgem com um intuito garantístico dos direitos de defesa do arguido.
Para mais esclarecimentos, *vide,* Weisselberg, 2008: 1519-1601; Ryan, 2004: 29-30. Sobre a renúncia seletiva, *vide* Rushin, 2011: 151-178; Lafave & Israel, 1993: 290-351; Thaman, 2001: 581 – 624.

19 No mesmo sentido, Palma, 2012, onde: "a total falta de elementos empíricos que demonstrem, até com uma base estatística, quais são os pontos de tensão e de dificuldade no funcionamento do sistema penal. Esses elementos foram gerados em relação às reformas de 2007 e às posteriores alterações de 2010 e não podem agora ser dispensados".

20 Mesquita, 2013, 145.

21 Este artigo tem também correspondência no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 14.º, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, arts. 10.º e 11.º, n.º 1.

22 Relevante para o TEDH é a plenitude do direito ao silêncio, do direito a não contribuir para a própria incriminação, no contexto de um mais amplo conceito de processo equitativo. Para tanto, vide: TEDH, 2011; TEDH, 1996.

23 Como decorre, *v.g.,* dos acórdãos TEDH, 1986; TEDH, 1991; TEDH, 2001; e TEDH, 2008. Também, Barreto, 2010: 164 e ss, onde se pode ler que "os princípios do contraditório e da igualdade de armas são elementos incindíveis do processo equitativo. O princípio do contraditório implica que cada uma das

Ao fazerem um excurso pelos vários países da Europa, alguns autores concluem que, no que toca à utilizabilidade probatória das declarações pré-constituídas do arguido, o regime português, na sua redação anterior, era efetivamente o mais garantístico. Não julgamos ser assim.

No país de vizinho, o processo penal é regulado na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrim.). A matéria das declarações de arguido é, primeiramente, aflorada no *artícolo 405.*, onde se permite a utilizabilidade das mesmas enquanto prova crítica, quando haja contradições ou quando o arguido se retrate de anterior confissão, o que, no entanto, nos parece um regime insuficiente, uma vez que não se estabelecem, para as mesmas, requisitos de validade.[24] Também é possível a utilização de elementos obtidos em fase *sumarial* – equivalente à fase de investigação portuguesa mas que, no entanto, é da competência de juiz[25] – quando a sua produção não seja possível em *fase de juicio oral*.

Na Alemanha, por sua vez, o regime é semelhante àquele que anteriormente vigorava no nosso ordenamento jurídico. Rege, de forma geral, o princípio de apreciação, em sede de julgamento, da prova pessoal (§250 da StPO[26])[27]. Encontramos, no entanto, as exceções dos §251 e 254 da StPO. O primeiro diz respeito à leitura de autos de exames de testemunhas, peritos e co-arguidos, não tendo, assim, grande relevo para o nosso caso. O segundo, por outro lado, permite a leitura com a finalidade de provar uma confissão ou de eliminar contradição que não possa ser esclarecida de outro modo, requerendo-se, para tanto, que as declarações tenham sido prestadas perante juiz de instrução ou juiz de julgamento, exigência que não se verifica no regime português[28].

Por fim, resta-nos fazer referência ao regime que vigora em Itália, onde se opera uma distinção dos autos consoante a fase a que respeitem, portanto, um

---

partes seja chamada a aduzir as suas razões (de facto e de direito), a oferecer as suas provas, a controlar as provas do adversário e a discutir sobre o valor e o resultado de umas e outras".

24 No ordenamento jurídico-processual penal espanhol o silêncio tem valor de contradição, não existindo, portanto, possibilidade de neutralizar anteriores declarações através do silêncio em audiência. Neste sentido: Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, 2011: 76 e ss.

25 Para maiores desenvolvimentos acerca do sistema processual penal espanhol, *vide* Martins, 2014, 64-73.

26 Strafprozeßordnung.

27 Roxin, Arzt & Tiedemann, 1983: 148 e ss.

28 Martins, 2014: 64 e ss.

sistema de dossiê duplo (*doppio fascicolo*), sistema que partilha fundamentos com o princípio da separação dos poderes do Estado[29].

O processo penal italiano é, deste modo, muito mais adversarial que o português, operando uma estrita cisão entre a fase de diligências preliminares (*indagini preliminari*) e a fase do juízo oral (*dibattimiento*). Os elementos obtidos na primeira não têm valor probatório e estão vedados ao conhecimento do juiz, só as partes a eles têm acesso, não estando consagrado, portanto, o princípio da transmissibilidade dos autos. A função do Ministério Público e a função do Juiz distinguem-se mediante a negação da possibilidade de valoração da prova recolhida pelo primeiro na fase das diligências preliminares, em sede de julgamento[30]. Não obstante, os autos resultantes da primeira fase do processo podem ser inseridos na fase de julgamento e fundamentar a sentença, numa de duas hipóteses: através de um incidente probatório, que é da iniciativa das partes e resulta de um acordo entre ambas; ou como prova crítica, *impeachment*, ainda que o arguido se tenha remetido ao silêncio[31]. Para além destas exceções, e à semelhança do que acontece no direito processual penal português, as provas obtidas na fase das diligências preliminares migram para o julgamento quando sejam irrepetíveis, *rectius*, nos casos de indisponibilidade da matéria sobre a qual versam.

O processo penal italiano divide-se essencialmente em três fases, a fase de investigação preliminar ("*Le indagini preliminari*"), a fase – eventual – da audiência preliminar ("*L'udienza preliminare")* e a fase de julgamento ("*Il dibattimiento")*. Após o término da fase de investigação preliminar poder-se-á seguir uma de três vias, a saber: o arquivamento, o despacho de acusação, em tudo semelhantes ao regime do processo penal português, e, por fim, a audiência preliminar. A audiência preliminar é secreta, contraditória, eventual, presidida por um juiz e tem por objetivo a sanação de dúvidas que tenham surgido quanto à existência de elementos que possam sustentar a acusação de forma suficiente, pretendendo dar cumprimento ao direito de defesa do arguido e ao princípio da imediação[32].

---

29 O *fascicolo per il dibattimento* (artigo 431 do Codice di Procedura Penale Italiano, doravante CPPi) para a fase de julgamento e o *fascicolo del pubblico ministero* (artigo 433 do CPPi). Para um esmiuçamento do processo penal italiano, *vide* Dalia & Ferraioli, 2001: 457 e ss.; Tonini, 2000: 33 e ss.

30 Dalia & Ferraioli, 2001: 25.

31 Illuminati, 2008: 135 e ss.; Dalia & Ferraioli, 2001: 641-643; Bettiol & Bettiol, 2000: 166.

32 Tonini, 2000: 608 e ss.

No que ao interrogatório do arguido diz respeito, e conforme o disposto nos artigos 64.º e 65.º do Codice di Procedura Penale (doravante, CPPi), convém destacar a obrigatoriedade de advertir que as declarações prestadas pelo arguido poderão contra ele ser usadas quando existam contradições entre depoimentos. Comina-se, para a falta de advertência, a impossibilidade de leitura das declarações anteriores. O regime, apesar de muito semelhante ao anteriormente vigente entre nós, acrescentava a necessidade de advertir o arguido da possibilidade de leitura em caso de contradições, o que o torna ainda mais garantístico.

Da breve análise dos vários ordenamentos jurídicos estrangeiros, concluímos que o regime português anterior só era efetivamente mais garantístico no que toca à possibilidade de neutralização de declarações anteriores operada por força do direito ao silêncio, não no restante.

Em nossa opinião, o *supra* mencionado regime italiano deveria ser objeto de intensa análise por parte do legislador português. Muito embora se possam apresentar algumas objeções a nível de economia processual, podem atribuir-se-lhe também largas vantagens a nível de separação entre a entidade que investiga e acusa e a entidade que julga e a nível de reforço das garantias dos sujeitos processuais. Perguntamo-nos até que ponto poderá a economia processual justificar o esbatimento dos direitos de defesa do arguido.

3. ESTRUTURA ACUSATÓRIA E PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

3.1. Estrutura do Processo Penal Português

A opção por uma estrutura de índole acusatória mitigada por um princípio de investigação é uma opção que deve contaminar todo o ordenamento jurídico-processual penal. As normas que o compõem devem orientar-se de forma a garantir e reforçar essa mesma estrutura que, além do mais, tem consagração constitucional no artigo 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP). Daqui resulta que tantas vezes se diga que "o direito processual penal é direito constitucional aplicado"[33].

Ora, dizer-se que o processo tem estrutura acusatória significa, essencialmente, duas coisas. Significa que se reconhece ao arguido o estatuto de sujeito processual e significa também que existe uma clara separação, independência,

33 *V.g.,* Miranda & Medeiros, 2010: 709.

entre a entidade que investiga e acusa e a entidade que julga[34]. Por outro lado, a consagração constitucional da estrutura acusatória demarca-nos de uma, outrora pujante, estrutura inquisitória.

Somos obrigados a recuar um pouco na história do processo penal para que possamos compreender a dialética entre os sistemas inquisitório e acusatório e, igualmente, todas a construção assente no espaço doutrinal que entre aqueles existe. Informação que consideramos relevante para que possamos analisar as críticas de AA.[35] que defendem que a alteração ora em análise, ofende a estrutura acusatória, ameaçando os princípios que lhe subjazem.

Comecemos, então, pela estrutura inquisitória que, hoje, já não encontramos vigente na sua pureza[36]. Este é um modelo com uma conotação marcadamente repressiva e historicamente associado a experiências totalitaristas. Este modelo define-se, essencialmente, pelo facto de se concentrarem no juiz os poderes de investigar, acusar e julgar. Não existe igualdade entre a acusação e a defesa, o juiz surge numa posição de clara superioridade, de *dominus* do processo, em relação ao arguido, que, consequentemente, é considerado objeto do processo – e não sujeito do mesmo. A esta qualificação do arguido como objeto está subjacente a crença de que a confissão é a rainha das provas (*confessio regina probationum* e *confessus pro convicto habetur*). Assim, a fase de investigação orienta-se, primacialmente, para a tentativa de extrair, do arguido, a confissão dos factos e, uma vez havendo confissão, o caso dava-se por encerrado. Deste modo se atingia a verdade formal, a conclusão formal do processo, sem que interessasse, à ordem judicial, a obtenção da verdade material dos factos. O processo era, à época, um processo escrito, secreto e sem contraditório, estando o arguido despojado de todos os direitos de defesa[37].

No extremo oposto, encontramos um processo penal de tipo acusatório ou adversarial, que pudemos, ainda hoje, encontrar em Inglaterra e nos Estados Unidos da América (doravante, EUA)[38]. Neste modelo, o processo penal partilha, em larga escala, dos fundamentos do processo civil. O processo tem

34 Neste sentido, *vide* Baumann, 1986: 48 e segs.

35 Entre eles, *v.g.,* Mendes, 2013: 1363; e IDPCC-FDUL, 2012.

36 Mendes, 2013: 1365.

37 Neste sentido, *vide* Barreiros, 1981: 12-13; Silva, 2013: 64.

38 Mendes, 2013, 1365.

por base princípios como a oralidade e a publicidade e é estritamente pautado por um princípio de igualdade de partes e/ou de armas. Daqui decorre a qualidade de sujeito processual que é atribuída ao arguido, agora possuidor de amplos direitos de defesa. Distingue-se do modelo vigente na maioria dos países europeus[39] pelo facto de recair, sobre cada uma das partes, o ónus de prova dos factos por si alegados. Consequentemente, também o papel do Ministério Público (doravante, MP) é diferente nos sistemas da *common law*. Não existe dever de objetividade a impender sobre o MP, o que significa que há uma verdadeira subordinação à vontade da parte e não, por exemplo, ao princípio da descoberta da verdade material.

Por fim, resta-nos o referido modelo misto, que concatena características de ambos os descritos[40]. Encontramos aqui uma clara separação e independência entre a entidade que investiga e acusa e a entidade que julga. Assim, o processo encontra-se dividido, essencialmente, em duas fases distintas, a fase da investigação e a fase de julgamento, que não se confundem e que estão sob a responsabilidade de duas magistraturas independentes, a judicial e a do MP[41]. Este modelo misto de processo concretiza-se em princípios como o da verdade material, da oralidade, da publicidade, da contraditoriedade, da presunção de inocência – e decorrente *in dubio pro reu* –, da legalidade, *etc.*

No que toca ao direito processual penal português, convém-nos fazer uma breve resenha acerca da sua evolução histórica.

Comecemos, então, pelo Código de Processo Penal de 1929, que vem introduzir princípios processuais penais inovadores e, a par, sistematizar o sistema processual penal que, à época, era composto por inúmeras leis avulsas. Apesar de formalmente acusatório, o processo penal de 1929, apresenta características de um sistema inquisitório, uma vez que atribui, ao juiz de julgamento, a competência para a instrução criminal, muito embora a acusação ainda fosse deduzida pelo MP. Mais tarde, no entanto, a entidade perde a competência

39 Sistema misto, reformado ou napoleónico que vigora, por exemplo, em Portugal, Alemanha, Itália, Espanha, França, *etc.*

40 Sistema que surge com o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808. Aqui distinguia-se a fase de instrução da fase de julgamento, sendo que a primeira tem largos traços inquisitórios, atribuindo-se à segunda, pelo contrário, as características da publicidade, oralidade e imediação. Ora, já daqui começa a resultar que o juízo que se forma em tribunal deve basear-se em provas realizadas com imediação, oralidade e publicidade, apenas sendo possível valorarem-se diligências efetuadas em fase anterior quando seja impossível a sua reprodução e desde que submetidas a contraditório em audiência final. Para mais esclarecimentos, *vide* Winter, 2008: 11-48.

41 Barreiros, 1981: 14; Ferreira, 1955: 45-47.

exclusiva em matéria de instrução do processo, matéria que vai sendo conferida a uma "entidade policial de investigação criminal"[42], mantendo-se, contudo, a regra do secretismo e a exceção da publicidade do processo. É na vigência deste Código que surge a Polícia Internacional e de Defesa do Estado (vulga, PIDE)[43], que passa a ter importante influência no processo penal, uma vez que lhe são atribuídas largas competências de investigação e amplo espaço de atuação[44].

O processo penal vai, com o tempo, sofrendo algumas, pontuais, alterações[45] no sentido de reforço das garantias de defesa, mas é apenas com a Revolução de 25 de abril de 1974 e a consequente CRP de 1976, que o ordenamento jurídico-penal dá um verdadeiro salto qualitativo[46].

Do artigo 32.º da CRP resulta uma clara opção por um processo penal de estrutura acusatória, o que, por sua vez, implica a consagração implícita de uma série de princípios que a caracterizam e densificam.

A estrutura consagrada na CRP não é, no entanto, uma de tipo acusatório puro (como a que encontramos nos sistemas de *common law*). Também se consagra, no nosso ordenamento jurídico-penal, o princípio da investigação, que mitiga aquela estrutura. Num processo penal de estrutura acusatória pura, são as partes que devem prover pelo andamento da causa, recaindo sobre elas o *onus probandi* dos factos que alegam, sob pena de os mesmos não se considerarem provados, sendo o juiz um efetivo terceiro imparcial que apenas assiste ao desenvolvimento do processo e que, *in fine*, sentencia de acordo com a sua convicção – a lógica é, portanto, idêntica à lógica do processo civil, vigorando o princípio da autorresponsabilidade probatória das partes. Num processo acusatório mitigado por um princípio da investigação, pelo contrário, o juiz

42 Barreiros, 1981, 81.

43 Criada pelo Decreto-Lei n.º 35 046 de 22 de outubro de 1945 e reorganizada pelo Decreto-Lei n.º 39 749 de 9 de agosto de 1954.

44 Vide, Barreiros, 1981: 84, onde se pode ler: "A PIDE, tinha poderes ainda mais largos pois, para além de poder prender preventivamente sem culpa formada durante 180 dias poderia, quanto aos «crimes políticos» aplicar medidas de segurança de internamento carcerário, que se traduziam pela sua sucessiva renovação, numa prisão perpétua sem culpa formada (...)".

45 Uma das mais significativas alterações dá-se com o DL n.º 35.007, que pretende aplicar-se à fase da instrução e que, atribuindo competência ao MP para a instrução preparatória, consagra o princípio do contraditório. Para mais esclarecimentos, *vide* Mendes, 2013: 1367; Martins, 2014: 17 e ss.

46 Para mais desenvolvimentos acerca do Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de novembro, que dá cumprimento, no processo penal, ao conteúdo programático da CRP de 1976, *vide,* Pinheiro & Maurício, 1976: 27 e ss. E ainda, sobre o Decreto-Lei 377/77, de 6 de Setembro, vide Barreiros, 1981: 96-101.

não assiste passivamente à produção de prova, impende sobre ele um "poder-dever (…) de esclarecer e instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa, o «facto» sujeito a julgamento, criando (…) as bases necessárias à sua decisão"[47]. Deste modo, pode – e deve – o juiz ordenar, oficiosamente (artigo 340.º do CPP), a produção de prova que considere necessária ao esclarecimento da verdade dos factos, de acordo com uma conceção material da verdade processual. O tribunal está, porém, limitado pelo objeto do processo, definido no despacho de acusação deduzido pelo MP, e ainda pelo princípio da contraditoriedade e da audiência, que obriga a que as partes se possam pronunciar, contraditoriamente, acerca dos factos sujeitos a julgamento[48].

Apesar de ser possível, a nível teórico, distinguir de forma muito claras os vários modelos possíveis para a estrutura do processo penal, a verdade é que, na prática, temos vindo a assistir a uma miscigenação de estruturas e a uma combinação de caraterísticas que, por princípio, diríamos que não são compatibilizáveis no mesmo sistema processual penal. Bernd Schünemann[49] denuncia esta tendência no processo penal alemão, focando-se essencialmente no problema da transmissibilidade dos autos entre as fases do processo, defendendo, com base num estudo realizado pelo próprio[50], que o conhecimentos dos autos da fase de investigação por parte do juiz de julgamento influencia a sua conduta ao longo do julgamento, o que, no limite, poderá também influenciar o sentido

47 Dias, 1974: 148.

48 Também de acordo com este aspeto, se distingue a estrutura acusatória da estrutura inquisitória. Num processo puro inquisitório, o arguido não tinha a possibilidade de se pronunciar sobre os factos que consubstanciavam o processo ao qual, enquanto objeto, estava sujeito. Para uma análise mais desenvolvida do princípio da contraditoriedade e da audiência, *vide* Dias, 1974: 149 e ss.

49 Schünemann, 2013: 206 e ss.

50 O referido estudo pretende, essencialmente, averiguar da verificação da teoria da dissonância cognitiva, segundo a qual "toda a pessoa procura um equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma relação contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões. No caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e restaurar a consonância, isto é, de fazer desaparecer as contradições. Disso decorrem, principalmente, dois efeitos: (...) o chamado *efeito inércia ou perseverança* (mecanismo de autoconfirmação de hipóteses), as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas. Por outro lado, segundo o *princípio da busca seletiva de informações*, procuram-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita (...), tratem-se elas de informações consoantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador" (Schünemann, 2013: 208). O A. aplica o estudo da teoria ao processo penal, de forma a provar que a imparcialidade estará sempre comprometida quando o juiz tenha conhecimento de atos anteriores à fase do julgamento.

da decisão final vertida na sentença. Ainda que estas conclusões tenham por base o problema específico que se coloca no direito processual penal alemão, que consiste no facto de no juiz de julgamento se concentrarem os poderes de proferir ou não o despacho de acusação e de caber, ao mesmo juiz, a posterior instrução da causa no caso de ser proferido o despacho, e tendo em conta que o problema não se coloca desta forma no direito processual penal português, julgamos que as conclusões podem ser alargadas aos efeitos do princípio da transmissibilidade dos autos, que vigora entre nós. Segundo alguns AA., o problema poderia ser resolvido com a aproximação ao direito processual penal italiano e ao seu sistema de *doppio fascicolo*, que analisámos *supra*.

3.2. Princípios do Processo Penal Português

Segundo a caracterização de Figueiredo Dias[51], que seguimos, os princípios podem distinguir-se consoante digam respeito à promoção ou iniciativa processual, à prossecução ou decurso processual, à prova e, por fim, à forma de processo.

Destacaremos aqui, apenas aqueles que diretamente se relacionam com a temática do aproveitamento probatório das declarações do arguido, nomeadamente, os princípios da oralidade e da imediação, ambos relativos à forma de processo.

A oralidade e a imediação são afloradas, ainda que indiretamente, pelo artigo 355.º, n.º 1, do CPP, artigo que, segundo nossa opinião, é diretamente atingido pela reforma ora em apreço.

Esta consagração é, segundo Figueiredo Dias[52], um "consciente afastamento dos cânones que presidiam ao processo penal de estrutura inquisitória", processo dominado, como já referimos *supra*, por atos escritos que auxiliavam a ideia de processo secreto vigente. Assim, a oralidade é uma característica necessária a um processo de tipo acusatório. Não se pretende com a sua consagração, que haja uma exclusão absoluta dos atos escritos, mas sim garantir que só as provas produzidas ou discutidas oralmente na audiência de julgamento possam servir de base à decisão final do tribunal[53]. Na prática, o processo desenrola-se sob a forma oral, mas os atos são documentados sob a forma escrita.

---

51 Dias, 1974: 114

52 Dias, 1974: 229.

53 Silva, 2000: 89; Ferreira, 1955: 243.

A ideia de oralidade[54] do processo é, ainda, necessária à efetivação do princípio da publicidade, uma vez que só a oralidade permite que o público possa acompanhar e compreender, na íntegra, a prática de atos processuais.

Por sua vez, o princípio da imediação pode definir-se "como a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de modo tal que aquele possa obter uma perceção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão"[55]. Não tem consagração expressa, mas pode extrair-se dos arts. 128.º, n.º 1, 129.º, 130.º, 140.º, n.º 2, 145.º, n.º 3 e 355.º do CPP.

Significa, este princípio, que a causa só pode ser decidida por quem tenha assistido à produção de prova e possa, sobre ela, formar a convicção necessária à decisão final. O juiz deve decidir com base na impressão com que fica de tudo quanto foi dito e produzido ao longo da audiência de julgamento[56].

A imediação leva ainda à aceitação de um implícito princípio de preferência pelos meios de prova que tenham, com os factos probandos, uma relação mais direta[57].

Subjacente ao referido princípio está também a distinção entre provas repetíveis e provas irrepetíveis. Exemplo paradigmático das primeiras, seriam as declarações dos intervenientes processuais – testemunhas, partes cíveis, arguido, *etc*. Segundo o princípio da imediação, estas provas deveriam ser sempre reproduzidas em audiência de julgamento, muito embora já constassem dos autos de fases anteriores do processo. Aqui, o princípio teria aplicação plena. No que diz respeito às provas irrepetíveis, pelo contrário, estaríamos perante uma limitação ao princípio. Nestes casos, não seria possível a produção da prova em audiência de julgamento e o juiz teria de a avaliar com base no que sobre ela

54 Para considerações históricas acerca da oralidade, *vide* Santiago, 1994: 30, onde podemos ler: "o CPPenal 29, (...), não levava suficientemente a sério a ideia de oralidade, permitindo largo apelo, em julgamento, ao material probatório recolhido na fase da *instrução preparatória* (...)".

55 Dias, 1974: 232.

56 O princípio quer também significar a imutabilidade do tribunal, ou seja, o julgamento da causa tem de ser feito pelos mesmos juízes que assistem à audiência. Daí que, havendo morte ou incapacitação superveniente do juiz, ter-se-á que reiniciar a audiência. Ou seja, apenas o juiz que assiste à discussão da causa e, portanto, tem um contato imediato com a prova, está em condições de julgar de forma adequada. *Vide* Ferreira, 1955: 244.

57 Silva, 2000: 90; e Silva, 1993: 114, onde se pode ler que "a mediação respeita predominantemente à audiência de julgamento. As testemunhas são inquiridas na audiência e não lhes devem ser lidos os seus depoimentos anteriores, precisamente para garantir a receção imediata e direta da prova pelo tribunal. Só excecionalmente e quando impossível a receção direta da prova pode ser admitida uma forma indireta de receção".

consta dos autos. Exemplo clássico de prova irrepetível é toda a prova documental. Nestes casos o tribunal teria acesso aos documentos – produzidos antes da audiência, ou até mesmo da instauração do processo, note-se – e teria de formar a sua convicção com base no que deles resulta.

Não pode, nesta matéria, olvidar-se a íntima relação que se estabelece entre o tema das declarações prestadas pelo arguido e a prerrogativa contra a autoincriminação, ainda que voluntária. Esta relação é base da diferenciação, que se estabelece entre a prova que tem como fonte o arguido e a prova testemunhal em sentido amplo. Diferenciação essa que, por sua vez, origina a necessidade de conceder, ao arguido, garantias de defesa especialíssimas[58].

Ora, feita uma, ainda que breve, caracterização dos princípios e tendo em conta a importância que os mesmos assumem ao nível da densificação da estrutura acusatória mitigada por um princípio de investigação, estrutura plasmada na CRP, cabe-nos agora colocar a questão de saber se, e em que medida, a alteração do regime do aproveitamento probatório das declarações do arguido contende com aquela estrutura e aqueles princípios.

Bem sabemos que não há princípios absolutos e que, na prática, podemos encontrar a colisão de vários princípios diferentes, o que, no limite, leva à necessidade de os restringir com base numa ponderação de índole axiológica. De qualquer forma, a restrição de um determinado princípio não pode levar à sua aniquilação. Esta restrição deve configurar sempre uma exceção e deve cuidar-se para que, através das várias e pontuais reformas legislativas que se vão levando a cabo, não se converta a exceção em regra[59].

É exatamente isso que julgamos ter acontecido no caso ora em apreço. A reforma não consubstancia uma mera exceção aos princípios da oralidade e imediação, consubstanciando sim, um verdadeiro ataque à estrutura acusatória do processo penal português, correndo o risco de padecer, deste modo, de inconstitucionalidade, por violação do artigo 32.º, n.º 5[60].

---

58 Mendes, 2013: 1375.

59 Cunha, 2013: 406, onde se pode ler: "a derrogação a qualquer um destes princípios só pode ser afirmada como exceção, justificado por um determinado circunstancialismo (...) e regulada segundo um princípio de *concordância prática*."

60 Esta é a opinião, ademais, de alguns A., entre eles, Mendes, 2013: 1373-1374, onde podemos ler que a alteração do artigo 357.º do CPP leva a que regressemos "ao perfil de prova no processo penal português antigo, (...), em que a fase instrutória, em caso de pronúncia, podia ser utilizada no julgamento, sendo a prova produzida em audiência meramente complementar, tanto mais que o juiz não tinha poderes de investigação"; IDPCC-FDUL, 2012; Oneto, 2013: 15, onde se pode ler: "Em bom rigor, se o julgamento tem sido a sede nobre do processo penal, onde se projetam e convergem os princípios decorrentes da matriz

No que toca à oralidade, o atual regime leva a que o tribunal passe a "valorar prova pessoal cristalizada em autos sem que a mesma seja oralmente produzida perante si", perdendo-se assim aspetos relevantes das declarações do arguido, aspetos que, julgamos, só podem ser apreendidos quando as declarações são prestadas perante o tribunal.

Também o princípio da imediação é aqui completamente esquecido, sendo postergado o entendimento segundo o qual "da conjugação do direito ao silêncio com o princípio de que só a prova produzida em audiência serve para formar a convicção do tribunal, nada mais pode resultar, sob pena de esvaziamento do conteúdo de um e de outro, do que a proibição de valoração das declarações prestadas pelo arguido antes de julgamento"[61].

Acresce que, só através da conjugação prática dos princípios da oralidade e da imediação é possível a consideração da personalidade do arguido, só assim é possível que o tribunal contacte de forma direta e imediata com a personalidade do agente, aspeto que é relevante para a determinação do grau da necessidade de ressocialização, para a determinação da pena concreta a aplicar e para o cumprimento da função cognitiva do processo.

Alguns AA.[62] defendem, contudo, que o princípio da imediação sofria já, através da aplicação de outras normas legais, restrições e que a alteração ora em análise seria apenas mais uma dessas restrições. Um dos exemplos de restrição ao princípio da imediação seria o caso das escutas telefónicas, usadas como meio de obtenção de prova, em que as declarações do arguido são gravadas para mais tarde serem usadas como prova, em audiência de julgamento, sem que o próprio seja advertido ou informado de que está a ser ouvido. Julgamos, no entanto, que estamos perante duas figuras – ou situações – distintas e que a argumentação não é procedente. As escutas telefónicas têm um regime muito próprio e restritivo, sendo decretadas apenas em casos taxativamente previsto pelo CPP[63]. Pelo contrário, os interrogatórios do arguido são, em concretização

---

constitucional de um processo penal de estrutura acusatória, assistimos a uma transferência da centralidade processual para a fase de inquérito, onde parece que, a partir de agora, tudo se joga e decide". No mesmo sentido, *vide,* Pinto, 2013: 197, que, apesar de apresentar alguma simpatia pela alteração, admite que "não se podem afastar de forma categórica os riscos de inconstitucionalidade por a decisão no julgamento ser formada com base na prova constituída no inquérito sem contraditório quanto à constituição da mesma".

61 Antunes, 1992: 25.

62 Mesquita, 2013: 147-148.

63 O regime da admissibilidade das escutas telefónicas encontra-se previsto no artigo 187.º do CPP e obriga a que se demonstrem determinados requisitos prévios para que as mesmas possam ser ordenadas pelo juiz. Veja-se, por exemplo, que é necessário que exista uma crença de "que a diligência é indispensável para

do princípio da audiência, obrigatórios, tendo lugar em todo o processo-crime, sempre que o individuo seja constituído – ou se constitua – arguido.

Posto isto, a solução que agora consta do CPP, é uma solução de difícil compreensão. Se, no regime anterior, se derrogava o princípio da imediação apenas nos casos em que houvesse contradições ou discrepâncias, ou seja, quando houvesse um plausível fundamento para essa derrogação, não se compreende a necessidade que o legislador sentiu de alterar o antigo regime que, do ponto de vista da concordância prática entre as finalidades do processo penal, era um regime que cumpria a sua função e que não aniquilava, por completo, garantias fundamentais como as da oralidade e da imediação.

4. OUTRAS QUESTÕES PRÁTICAS

4.1. Poderão as declarações do arguido valer como prova única na condenação ou terão necessariamente que ser prova corroborante?

Julgamos relevante responder, de forma muito clara, a esta questão, por recearmos que os órgãos de polícia criminal e, no limite, as autoridades judiciárias (mormente, o MP) se possam "encostar" a esta nova permissão legal e, uma vez obtidas declarações do arguido que se considerem indício suficiente do cometimento e da autoria do crime, deixem de instruir a causa e profiram despacho de acusação apenas – ou maioritariamente – fundado com base naquilo que o arguido disse durante a fase de investigação.

Por um lado, esta situação poderá levar a um aumento exponencial das acusações infundadas. Não é difícil compreender que uma acusação que se funda única e exclusivamente nas declarações do arguido – ainda que concordemos que as mesmas são de extrema relevância para a atividade de investigação e, eventualmente, para a tarefa decisória que ao juiz cabe – terá dificuldades em manter-se em julgamento, especialmente no que diz respeito à superação do parâmetro de origem norte-americana que obriga a que a convicção do juiz esteja para além de qualquer dúvida razoável (*beyond any reasonable doubt*)[64].

---

a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter", que têm que ser ordenadas por "despacho fundamentado do juiz de instrução criminal" e que apenas podem ser decretadas relativamente a determinados crimes e, portanto, não em qualquer tipo de criminalidade.

64 Não devemos também esquecer que o arguido não está obrigado a declarar com verdade, ao contrário do que acontece com a restante prova testemunhal.

Por outro lado, este imbróglio que, em nossa opinião, pode vir a formar-se no ordenamento jurídico-penal, em nada abona àquilo que são as finalidades do processo penal. Do lado do arguido, gera-se o inconveniente do processo penal, corre-se o risco de estigmatização. Do lado do ofendido, corre-se, consequentemente, o risco da dupla vitimização. Por fim, também o Estado sai fragilizado, não só ao nível da economia processual, mas também ao nível da descoberta da verdade material.

Para resolvermos esta questão, julgamos poder lançar mão do previsto no artigo 357.º, n.º 2, onde a lei é suficientemente clara ao proibir que as declarações anteriores reproduzidas ou lidas em audiência tivessem natureza de confissão (artigo 344.º), clareza que aplaudimos[65]. Cremos que o legislador quis, com a alteração, apenas atribuir maior valor probatório, mormente em sede de julgamento, às declarações anteriormente prestadas pelo arguido e não alterar, por completo, a forma como se faz a prova do crime, reatribuindo um valor central à confissão ou às declarações do arguido *lato sensu*. O legislador quis proibir que, às declarações do arguido, fossem atribuídos efeitos de confissão, obrigando, indiretamente, os órgãos de investigação a não se bastarem com as referidas declarações, tendo necessariamente que obter outra prova para a dedução da acusação.

Deste modo, cremos ser possível extrair, da remissão que o artigo 357.º, n.º 2, faz para o artigo 344.º, uma resposta negativa à questão que colocamos neste ponto. As declarações anteriormente prestadas pelo arguido têm de ser, necessariamente, prova corroborante, o que obriga, consequentemente, a uma restrição do princípio da livre apreciação da prova (artigo 127.º)[66].

4.2. Obrigatoriedade de utilização de recursos áudio e audiovisuais: impossibilidade prática

Com a Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, acrescentou-se, ao artigo 141.º, um n.º 7, que visa regular a forma de documentar as declarações prestadas pelo arguido em fase anterior à fase de julgamento.

O referido artigo contém, no entanto, uma epígrafe que, só *de per si*, coloca algumas dúvidas. O artigo pretende aplicar-se, de acordo com uma interpretação literal, ao "primeiro interrogatório judicial de arguido detido" e, segundo

65 Em sentido contrário, *vide* Cunha, 2013: 272 e ss.

66 Em sentido contrário, propugnando uma irrestrita aplicação do princípio da livre apreciação da prova: Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, 2011: 87.

a sua inserção sistemática, não parece querer aplicar-se a todo e qualquer interrogatório de arguido.

Ora, existe uma óbvia diferença entre a situação de interrogatório de arguido detido e de interrogatório de arguido em liberdade. Àquele são concedidas garantias mais intensas que a este, de modo a evitar-se uma eventual ilegalidade da medida de detenção aplicada e de modo a proteger-se a posição mais desvantajosa e vulnerável em que aquele se encontra, especialmente no que toca à restrição de direitos, liberdades e garantias[67].

Ainda que o artigo 144.º, n.º 1, permita aplicar o n.º 7 do artigo 141.º ao interrogatório de arguido em liberdade, julgamos que a proteção a este conferida é despicienda. Por um lado, porque não lhe é específica e diretamente atribuída no artigo que versa sobre a reprodução ou leitura permitida de declarações do arguido – como julgamos que deveria ser – e, por outro lado, porque, mesmo sendo possível a aplicação do artigo 141.º, n.º 7 (por força do artigo 144.º, n.º 1), ainda assim a garantia prestada não é plenamente satisfatória, uma vez que apenas se acondiciona um regime regra de gravação através de áudio e audiovisual, permitindo, no entanto, que a documentação das declarações seja feita com recurso a outros meios, bastando, para tanto, que aqueles não estejam disponíveis e que esta indisponibilidade esteja fundamentada nos autos – situação que, cremos, consubstanciará a grande maioria dos casos.

Ora, como já referimos *supra*, perdem-se, com a documentação escrita das declarações, elementos relevantíssimos que, julgamos, só podem ser apreendidos através da observação do comportamento do arguido e nunca da sua mera descrição. Para mais, também se perdem eventuais pressões que possam ter sido exercidas sobre o arguido no sentido de o fazer declarar, pressões que inquinam o valor probatório das declarações, que se querem livres, esclarecidas e voluntárias[68].

Cremos que a gravação das declarações através de recursos áudio ou audiovisuais deveria ser obrigatória e, para além disso, deveria constar expressamente das garantias da al. *b)*, do n.º 1, do artigo 357.º[69].

---

67 Também o princípio do *nemo tenetur* se afirma com maior intensidade no primeiro interrogatório judicial de arguido. *Vide* Roxin, 2009: 90.

68 Isto com base na compreensão da imediação como a melhor forma, não só de valorar as provas, mas como meio de garantir a irrepreensibilidade das declarações prestadas.

69 Neste sentido também se manifestaram algumas opiniões vertidas no documento: Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, 2011: 86, onde se pode ler: "Num entendimento, deve impor-se que as declarações sejam objeto de gravação áudio visual em qualquer caso, sob pena de não puderem ser

É também esta a solução defendida por Schünemann[70] para o direito alemão, propondo que "todas as inquirições das testemunhas devem ser *gravadas em vídeo* desde o início da investigação preliminar. Apenas dessa forma é que o advogado pode, em momento posterior, quando tiver completo acesso aos autos, avaliar a fidedignidade dos depoimentos testemunhais".

4.3. Dificuldades ao nível das defesas oficiosas e da nomeação de defensor de escala

O artigo 357.º, n.º 1, al. *b)*, obriga a que o arguido, aquando do interrogatório, de onde se queiram retirar declarações com valor probatório em posterior audiência de julgamento, seja assistido por defensor[71]. Daqui deveremos retirar que as declarações só valerão em julgamento se, e apenas se, o arguido tiver sido assistido por defensor no momento em que as prestou.

Somos da opinião de que, ao contrário do sistema de *waiving* vigente nos EUA[72], não devem ser admitidas em julgamento as declarações prestadas em interrogatório sem a assistência de defensor, mesmo que o arguido a ela tenha renunciado.

Pretende-se que, através da assistência por defensor, o arguido tome as suas opções – nomeadamente, a opção de prestar declarações ou de se remeter ao silêncio – de forma não só livre mas, sobretudo, esclarecida, compreendendo bem o direito ao silêncio e as suas repercussões na defesa. Quer-se assim acautelar que o arguido declare apenas com base no receio de que o seu silêncio possa ser, em audiência, interpretado como admissão de culpa ou que, tendo respondido a uma pergunta, se veja compelido a responder a todas, desconhecendo que o direito ao silêncio pode ser seletivo (veja-se o artigo 345.º, n.º 1).

Estas questões só poderão ser plenamente acauteladas por defensor, que zela pelos melhores interesses do arguido, e não pelos órgãos de polícia criminal que, não sendo obrigados a um esclarecimento rigoroso – abonatório para o

---

valoradas se o arguido se remeter ao silêncio ou for julgado na sua ausência, dada a imprescindibilidade da gravação áudio visual para que o tribunal de julgamento possa ter a real perceção sobre o contexto e alcance daquelas mesmas declarações".

70 Schünemann, 2013: 232 e ss.

71 A *ratio* desta obrigatoriedade reside no facto de o arguido não possuir "nem a serenidade, nem em muitos casos a liberdade de movimentos, nem a preparação jurídica necessária para estruturar eficazmente a sua defesa" – Silva, 2013: 314.

72 *Cfr.* nota 18.

arguido, leia-se – das consequências das declarações do arguido, apenas esclarecerão aquilo que lhes convier à investigação.

A exigência de assistência de defensor é, assim, indissociável do processo penal característico de um Estado de Direito. Tendo o arguido o direito de se pronunciar sobre o processo, em todas as suas fases, e faltando-lhe, as mais das vezes, o conhecimento necessário sobre questões jurídico-processuais e materiais que influem, diretamente, no seu estatuto, bem se compreende a necessidade de garantir um intermediário que compreenda estas questões e que, deste modo, seja capaz de assegurar a plenitude daquele direito[73].

Um problema mais específico, que aqui se coloca, prende-se com o primeiro interrogatório judicial de arguido detido (regulado no artigo 141.º). Ora, "o arguido detido que não deva ser imediatamente julgado é interrogado pelo juiz de instrução, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a detenção, logo que lhe for presente com a indicação circunstanciada dos motivos de detenção e das provas que a fundamentam" (artigo 141.º, n.º 1). Acontece que, na nossa prática jurídica, o arguido é, nestes casos, assistido por defensor de escala, que entra em contacto com o processo em cima do acontecimento, ou seja, momentos antes do interrogatório, diminuindo-se assim os casos em que a defesa é efetiva e esclarecida dos pormenores do processo. Esta particularidade causava já, no regime anterior, alguma perplexidade, que agora só se vê agravada com o novo regime do aproveitamento probatório das declarações do arguido[74].

Esta circunstância poderá desembocar, julgamos, na antecipação da invocação do direito ao silêncio para uma fase antecipada do processo, frustrando a investigação preliminar. Isto porque, quando o defensor nomeado não conseguir perceber se, no processo, o arguido beneficia ou não da prestação de esclarecimentos, acabará sempre por aconselhar a invocação do direito ao silêncio, pelo menos até ao momento em que possa estabelecer uma estratégia de defesa.

No que toca à antecipação da prerrogativa do silêncio, dizer apenas que, a acontecer – como julgamos provável –, frusta total e completamente as ambições da reforma e prejudica, para além disso, a atividade de investigação levada a cabo pelos órgãos de polícia criminal (doravante, OPC) e pelo MP[75].

---

73 Roxin, Arzt & Tiedemann, 1983: 184 e segs.

74 Ordem dos Advogados, 2012.

75 *Vide* Mendes, 2013: 1377-1378.

4.4. Problema da entidade perante a qual se prestam as declarações

A nova regulamentação obriga a que as declarações sejam prestadas perante autoridade judiciária, para que possam ter valor probatório em audiência de julgamento. Segundo o artigo 1.º, al. *b)*, do CPP, são autoridades judiciárias "o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos atos processuais que cabem na sua competência". Permitiu-se assim, ao arrepio de algumas opiniões, que bastasse que as declarações fossem prestadas perante o MP e não, necessariamente, perante um magistrado judicial.

Para o Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (doravante, SMMP)[76], bastaria que as declarações fossem prestadas perante uma qualquer das autoridades judiciárias para que se pudesse afirmar, com certeza, que os direitos do arguido foram salvaguardados durante o interrogatório.

Na nossa humilde opinião, julgamos existir aqui uma certa incompatibilidade prática entre os poderes de investigação do MP e a possibilidade de o mesmo presidir a um interrogatório que contende diretamente com essa investigação.

Não obstante impender, sobre o MP, um dever de objetividade (expressamente previsto no artigo 53.º, n.º 1), a verdade é que a atuação será sempre no sentido de, dentro das suas atribuições, levar a investigação a bom porto, o que é o mesmo que dizer que tentará sempre obter, através de meios idóneos e de acordo com o princípio da legalidade, o máximo de informação possível da pessoa do arguido. Parece-nos assim que, as suas atribuições, mormente na fase de investigação, são incompatíveis com a imparcialidade que se exige, por exemplo, para a correta aplicação da al. b) do n.º 4 do artigo 141.º [para onde nos remete o artigo 357.º, n.º 1, al. *b)*].

Defendemos, assim, que, para que possam ser reproduzidas ou lidas em audiência, as declarações tenham de ser prestadas perante juiz, garantindo-se assim a isenção e imparcialidade que se exige de quem preside ao interrogatório.

Até porque no nosso ordenamento jurídico-processual penal está bem consolidada a ideia, segundo a qual, os atos que contendem com direitos, liberdades e garantias são da competência exclusiva do juiz, ainda que estejamos a falar da fase de investigação[77] – mormente, do juiz de instrução criminal, juiz das liberdades[78].

---

76 SMMP, 2012.

77 Cruz, 2013: 1149.

78 Conclusão que, desde logo, pode ser retirada do n.º 4 do artigo 32.º da CRP.

Esta é também a opinião, manifestada em parecer, da Associação Sindical dos Juízes Portugueses (doravante, ASJP)[79], que, no entanto, acrescenta que, a serem prestadas as declarações perante juiz, poderia dispensar-se o requisito da presença obrigatória de defensor, bastando apenas que a obrigatoriedade se verifique quando o arguido preste declarações perante juiz de instrução criminal[80].

Esta dispensabilidade de assistência de defensor quando as declarações sejam prestadas perante magistrado judicial é, a nosso ver, de repugnar. O direito a ser assistido por defensor é um direito constitucionalmente consagrado (artigo 32.º, n.º 3 da CRP) e, pelo menos neste ponto, a reforma de 2013 andou bem ao reforçar esta garantia. Não faz sentido reforçar a defesa dos direitos do arguido, propugnando a obrigatoriedade da presença do juiz, para depois a enfraquecer com a dispensabilidade de assistência – dir-se-ia, "dar com uma mão para tirar com a outra".

Defendemos que ambas as exigências devem ser imperativas, que as declarações tenham de ser prestadas perante juiz e na presença de defensor para que possam ser válidas. Esta solução respeita o paradigma do regime anterior. Na revogada al. *b)*, do n.º 1, do artigo 357.º, no caso de contradição ou discrepância entre as declarações anteriormente feitas e declarações prestadas em audiência, a leitura apenas era permitida quando as declarações tivessem sido prestadas perante juiz. Não se percebe, portanto, a necessidade de aligeirar, de tal forma, o regime, não só permitindo a leitura num, claramente, maior número de casos, como também alargando o leque de entidades perante as quais podem ser prestadas, ao arrepio de certas garantias processuais e sem que a opção legislativa tivesse sido devidamente fundamentada.

4.5. A nova solução e a orientação do MP para a realização de acordos sobre a sentença

O novo regime jurídico pode também frustrar aquilo que julgamos e esperamos ser, a curto prazo, uma realidade no ordenamento jurídico-processual penal português, a possibilidade de celebrar acordos sobre a sentença.

79 ASJP, 2012.

80 Note-se que as opiniões dissidentes entre a ASJP e o SMMP podem ser explicadas pela própria história das magistraturas, por um certo corporativismo, e não necessariamente por razões de natureza material e axiológica.

É certo que os acordos sobre a sentença, apesar de terem sido inicialmente admitidos[81], foram recentemente proibidos[82]. Ainda assim, o assunto é da mais elevada pertinência, uma vez que a referida proibição não teve o intuito de afastar liminarmente a discussão sobre o tema, mas sim, pelo contrário, permitir que se discutam as vertentes práticas do instituto de forma a que se atinja um determinado grau de consenso, ademais necessário à certeza e segurança jurídicas e à estabilidade do instituto.

Julgamos que o regime ora em análise pode frustrar a bondade dos acordos sobre a sentença em direito penal, na medida em que o arguido se pode sentir inibido na prestação de declarações que, a não serem utilizadas para a realização do referido acordo, serão usadas contra si em audiência de julgamento.

Não faz sentido que o arguido seja seduzido pela possibilidade de acordo a declarar e que, posteriormente, se frustrem totalmente as suas expectativas e se venham a usar essas mesmas declarações – que inicialmente eram abonatórias para o arguido – contra ele.

Uma coisa deve ser, no entanto, certa. Se o arguido não for advertido da possibilidade de as declarações poderem vir a ser, contra ele, valoradas em audiência de julgamento, então aniquila-se por completo a possibilidade de leitura ou reprodução das mesmas em tal sede, em cumprimento do disposto no artigo 357.º, n.º 1, al. *b)*.

Assim, aquando do início do interrogatório, a autoridade judiciária que a ele presida, terá que começar por cumprir o dispositivo da al. *b)*, do n.º 1, do artigo 357.º. A questão que, no entanto, se coloca, é a de saber como é que isto se compagina com a possibilidade de se realizar, em audiência de julgamento, um acordo sobre a sentença. Não cremos possível que, depois das advertências impostas por lei – nomeadamente, depois de se informar o arguido de que o que ele disse pode ser contra ele valorado em tribunal –, possamos contar com as condições necessárias para a celebração de um bom acordo[83].

A lei também não acautela esta problemática e cremos que ela estaria resolvida se fosse atribuída, à autoridade judiciária que preside ao interrogatório, a

81 Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 2012.

82 Como podemos comprovar na notícia avançada pelo jornal *Público* (Oliveira, 2014).

83 Acompanhamos, neste ponto, Mendes, 2013: 1378-1379 e IDPCC-FDUL, 2012. *Vide* ainda Schünemann, 2013: 238, onde se pode ler que "deve ser estatuída uma incompatibilidade entre o juiz que conduz o procedimento de acordo e aquele que, em caso de o acordo não ser aceito, conduzirá a audiência de instrução e julgamento. Apenas nesse caso o acusado pode estar seguro de que possui a faculdade de recusar a oferta de acordo sem qualquer efeito psicológico-processual negativo".

faculdade de afastar o previsto na al. *b)*, do n.º 1, do artigo 357.º, no sentido de, tendo como objetivo o acordo sobre sentença, impedir que certas declarações do arguido possam ser lidas ou reproduzidas.

Outra solução passaria pelo pensamento propugnado por Figueiredo Dias[84], segundo o qual, caso o acordo não se verifique, o processo negocial não poderá ser valorado em julgamento, configurando uma verdadeira proibição de prova.

4.6. Liberdade e voluntariedade das declarações

a) Práticas comuns dos órgãos de investigação

Como referido *supra*, existe uma certa imparcialidade na atuação dos órgãos de investigação criminal, que pode inquinar a liberdade e voluntariedade das declarações prestadas pelo arguido.

A melhor forma de contornar esta objeção passaria pela obrigatoriedade de gravar, em audiovisual, o interrogatório como requisito para que o mesmo pudesse ter valor probatório em julgamento, ficando registada a postura adotada por quem interroga.

A questão da liberdade e voluntariedade contende, também, com a forma que a advertência legal deve revestir. Parece-nos que a advertência deve revestir, necessariamente, a forma escrita. Ao arguido deve ser fornecido um documento de onde constem as advertências legais e que por ele tenha que ser assinado, como *conditio sine qua non* do valor probatório das declarações recolhidas – sem prejuízo da advertência oral. Exclui-se assim, categoricamente, a possibilidade de a advertência ser meramente oral.

Por outro lado, as declarações não-livres ou involuntárias devem subsumir-se à temática das proibições de prova.

b) Relação com a aplicação de medidas de coação

Quer aqui defender-se que não existe verdadeira liberdade e voluntariedade nas declarações prestadas pelo arguido, quando esteja em causa a possibilidade de aplicação de uma medida de coação.

---

84 Dias, 2014: 77 e segs., onde se pode ler: "apesar de o arguido revelar disponibilidade para apresentar uma confissão, ou mesmo tendo-o feito, de tal disponibilidade ou confissão não poderá ficar traço processual se as conversações não tiverem conduzido ao acordo sobre a sentença: nem a confissão pode ser referida em audiência, nem ela pode ser valorada em sede de prova"; *vide* também, Moura, 2012.

Segundo o artigo 194.º, n.º 4, a aplicação de medida de coação é precedida da audição do arguido, em cumprimento do princípio da contraditoriedade. Cremos que, em sede de audição, o arguido pode ver-se compelido a alguma coisa declarar – ou a colaborar –, de forma a que lhe seja aplicada uma medida de coação menos gravosa e, por outro lado, inibido de colaborar por ter consciência de que aquilo que disser pode vir a ser usado contra ele.

De acordo com Andreia Cruz[85], " o direito à não autoincriminação implica também que não possam ser valoradas em audiência de julgamento declarações prestadas numa fase processual em que o arguido está sob a iminência de lhe ver aplicada uma medida de coação (…) impende sobre ele uma maior pressão para colaborar com a Justiça, o que pode retirar liberdade e voluntariedade sobre as declarações que presta".

Convém-nos também ressalvar que, na fase de inquérito, o objeto do processo está em definição. As declarações do arguido nesta fase processual reportam-se necessariamente a uma realidade parcial.[86] Neste ponto, Isabel Oneto[87] colocou, pertinentemente, a questão de se saber se o arguido pode alegar o instituto da alteração das circunstâncias, de forma a retirar eficácia às declarações anteriores, quando ele tenha declarado em relação a um determinado estado de coisas que, entretanto, se modificou, questão que será de difícil deslinde e para a qual também não encontramos resposta por parte do legislador.

4.7. Sanção para a violação dos requisitos

A lei não foi clara no que toca ao vício de que padecem as declarações colhidas em violação do disposto no artigo 357.º, o que poderá levar a um casuísmo decisório[88].

85 Cruz, 2013: 1220.

86 No mesmo sentido, *vide,* Ordem dos Advogados, 2012, onde se pode ler: "sendo as declarações do arguido essencialmente um meio de defesa, só devem ser prestadas quando o arguido tenha conhecimento integral dos factos que lhe são imputados e das provas que o sustentam. Com a alteração projetada acentua-se o carácter de meio de prova das declarações do arguido em prejuízo de serem essencialmente meios de defesa." E ainda Andrade, 1992: 121, onde se lê que se deve "(...) garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade".

87 Oneto, 2013: 10.

88 Nesta matéria encontramos apenas o acórdão TRC, 2015, que se refere à questão e que, ainda assim, apenas versa sobre a sanção no caso de não terem sido lidas, em audiência, as declarações anteriormente prestadas. Neste caso, considera o tribunal que estaremos perante uma proibição de prova, nos termos do artigo 355.º do CPP, e que, consequentemente, a sentença não se pode fundar nas mesmas declarações.

O regime geral das nulidades diz-nos que, para que um determinado ato processual seja nulo, a nulidade deve ser expressamente cominada por lei – princípio da tipicidade dos vícios que determinam a nulidade do ato processual[89] – e que, na falta dessa cominação, o ato é pura e simplesmente irregular (artigo 118.º)[90]. Ora, no nosso caso, não sendo cominada a nulidade, poderia parecer que a violação do disposto no artigo 357.º consubstanciaria apenas uma irregularidade, mas não cremos que deva ser assim.

A violação do requisito que diz respeito à obrigatoriedade de assistência por parte de defensor, poderá ser resolvida diretamente através da aplicação da al. *c)*, do artigo 119.º, que comina a nulidade insanável, de conhecimento oficioso[91]. A declaração de nulidade torna o ato, *maxime* as declarações obtidas *contra legem*, inválido e, consequentemente, torna também inválidos todos os atos que dele dependerem e que possam ser afetados pela causa da nulidade (artigo 122.º, n.º 1).

No que diz respeito aos restantes requisitos, propugnamos que todos eles são requisitos de validade de igual valor e que, portanto, a violação de qualquer um deles deverá desembocar, igualmente, numa nulidade insanável, consubstanciando uma verdadeira proibição de prova[92 – 93].

Ainda assim, choca-nos que a cominação da nulidade não tenha sido feita de forma expressa, permitindo que, fora dos casos da violação do requisito da assistência de defensor e da mesma forma que se argumentou no sentido da nulidade, se possa argumentar no sentido da mera irregularidade, com base no artigo 118.º.

5. CONCLUSÃO

De tudo o que acima foi exposto concluímos, em primeiro lugar, que as alterações legislativas deviam ser, todas elas – e em especial aquelas que versam sobre

89 Silva, 1993: 59.

90 Para mais desenvolvimentos sobre o regime das irregularidades, *vide* Silva, 1993: 70-71, e Ferreira, 1955: 199-200.

91 É também o que resulta da Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 77/XII.

92 Neste sentido, Roxin, 2009: 90, onde se pode ler: "(...) si una afirmación es realizada durante un juicio en el cual el juez omite el cumplimiento del requisito de instruir al inculpado sobre su derecho a no declarar, tales afirmaciones no pueden ser admitidas como prueba (...)".

93 Segundo o documento Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, 2011: 87: "O não cumprimento de algum dos requisitos deverá ser sancionado como uma verdadeira proibição de prova, não podendo ser utilizadas as declarações do arguido em audiência".

matérias de extrema sensibilidade como as de Direito Penal e Processual Penal –, precedidas de um estudo aprofundado que tenha em conta considerações práticas das alterações que se prescrevem e, mais que isso, deviam ser sempre e apenas motivadas por problemas prévios levantados na aplicação de legislação em vigor. Não nos parece que, no caso ora em apreço, os "problemas" que da aplicação prática da legislação revogada pudessem surgir justifiquem a alteração levada a cabo pela Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro. Acresce que o próprio legislador falhou em fundamentar a – ou dar razões para a – presente alteração.

Também julgamos ter concluído não existir uma sólida experiência de direito estrangeiro que sirva de base para a presente alteração.

Não vemos como justificar a alteração de uma matéria tão cara aos princípios do processo penal e, consequentemente, à sua estrutura típica, consagrada na Constituição da República Portuguesa, restando-nos apenas reputá-la como inconstitucional.

De qualquer forma, tendo em conta que é este o quadro legal em que hoje temos que operar, encontramos na nova regulamentação inúmeras falhas, inúmeros problemas que não foram considerados previamente e que desafiam, ainda mais, a propugnada bondade do legislador. A manter a possibilidade de reprodução ou leituras das declarações pré-constituídas do arguido, deveriam ser colmatados os problemas práticos que se têm levantado.

BIBLIOGRAFIA

DOUTRINA

Albuquerque

2009 *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

Andrade

1992 *Sobre as proibições de prova em processo penal.* Coimbra: Coimbra Editora.

Antunes

1992 Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido, *Sub judice – Justiça e sociedade*, n.º 4, pp. 25-26.

ASJP

2012 Parecer da ASJP sobre as propostas de lei de alteração do Código Penal, do Código de Processo Penal e Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade, disponível na Internet: http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2012/05/Parecer-GEOT-CP-CPP-CEP-Maio-2012.pdf.

Barreiros

1981 *Processo Penal*, Coimbra: Almedina.

Barreto

2010 *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

Baumann

1986 *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales*, trad. Conrado A. Finzi, 3.ª ed., Buenos Aires: Depalma.

Bettiol & Bettiol

2000 *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 7.ª ed., Padova: CEDAM.

Cruz

2013 A revisão de 2013 ao Código de processo penal no domínio das declarações anteriores ao julgamento, *Revista da Ordem dos Advogados.* Lisboa, a. 73, n.º 4, pp. 1139-1224.

Cunha

2013 Aspetos da revisão de 2013 do CPP: algumas notas e apreciações críticas, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, n.º 2, pp. 237-278.

1997 O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP), *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, Fasc. 3.º, pp. 403-443.

Dalia & Ferraioli
2001 *Manuale di diritto processuale penale*, Parte Segunda, 4.ª ed, Padova: CEDAM.

Dias
2014 *Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?*, Coimbra: Coimbra Editora.
1974 *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

Ferreira
1955 *Curso de processo penal*, I, Lisboa: Gomes & Rodrigues, Lda.

Illuminati
2008 "El Sistema Acusatorio en Italia", in Bachmaier Winter, L. (ed.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid: Marcial Pons.

IDPCC-FDUL
2012 Parecer do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, emitido em 2012 e que se refere à Proposta de Lei n.º 77/XIII/1.ª (GOV), disponível na Internet: http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias_e_Eventos/IDPCC__Analise_das_propostas_de_revisao_do_Codigo_de_Processo_Penal_AR_19.10.2012.pdf.

Lafave & Israel
1993 *Criminal Procedure*. 2.ª ed. Minnesota: West Publishing Company.

Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais
2011 Linhas de Reforma do Processo Penal, elaborado pelo Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, disponível na Internet: http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2011/11/Linhas-de-reforma-do-processo-penal.pdf, pp. 74-75.

Martins
2014 *Da Valoração das Declarações de Arguido Prestadas em Fase Anterior ao Julgamento*, Coimbra: Coimbra Editora.

Mendes
2013 A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas.* Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora.

Mesquita
2013 A utilizabilidade probatória no julgamento das declarações processuais anteriores do arguido e a revisão de 2013 do Código de Processo Penal, in Lamas Leite, A., *As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma reforma "cirúrgica"?*, Coimbra: Coimbra Editora.

Miranda & Medeiros
2010 *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.

Moura
2012 *Acordos em Processo Penal*, disponível na Internet: http://www.pgdlisboa.pt/docpgd/files/acordos%20souto%20moura.pdf.

Oliveira
2014 "PGR proíbe procuradores de fazerem acordos em sentenças penais", *Público*, de 21-02-2014, disponível na Internet: http://www.publico.pt/sociedade/noticia/pgr-proibe-procuradores-de-fazerem-acordos-em-sentencas-penais-1625736.

Oneto
2013 "As declarações do arguido e a estrutura acusatória do processo penal português", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, V. 2, n.º 2, disponível na Internet: http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/3253.

Ordem dos Advogados
2012 Parecer da Ordem dos Advogados sobre a Proposta de Lei n.º 77/XII, disponível na Internet: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=5&idsc=115187&ida=121304.

Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa
2012 Orientação n.º 1/2012, da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, disponível na Internet: http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/pgdlisboa_acordossentecapenal.pdf.

Palma
2012 *Análise das propostas de alteração legislativa em matéria penal e processual penal*, disponível na Internet: http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias_e_Eventos/Fernanda_Palma__Analise_das_propostas_de_Alteracao_Legislativa_AR_19.10.2012.pdf.

Pinheiro & Maurício
1976 *A Constituição e o Processo Penal*, Lisboa: DIABRIL.

Pinto
2013 "Razão e finalidade na revisão de 2013 do Código de Processo Penal", *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, a.13 n.º 24-25, pp. 181-199.

Roxin
2009 *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*, trad. Óscar Peralta, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

Roxin, Arzt & Tiedemann
1983 *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, trad. Luis Arroyo Zapatero & Juan-Luis Gómez Colomer, Barcelona: Ariel.
Rushin
2011 "Rethinking Miranda: the post-arrest right to silence", *California Law Review*, v. 99 n.º 1, pp. 151-178.
Ryan
2004 "The impact of Miranda violations", *Crime & Justice International*, v.20 n.º 82, pp. 29-30.
Santiago
1994 "Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no código de processo penal de 1987", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, a.4 n.º 1, pp. 27-62.
Santos & Leal-Henriques
2000 *Código de Processo Penal Anotado*, 2.ª ed, Vol. II, Lisboa: Rei dos Livros.
Schünemann
2013 *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, São Paulo: Marcial Pons.
Silva
2013 *Direito processual penal português*, 1.º Vol, Lisboa: Universidade Católica Editora.
2000 *Curso de Processo Penal*, I, 4.ª ed, Lisboa: Editorial Verbo.
1993 *Curso de Processo Penal,* II, Lisboa: Editorial Verbo.
SMMP
2012 Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público relativo ao projeto de Proposta de Lei de alteração do Código de Processo Penal, de abril de 2012, disponível na Internet: http://www.smmp.pt/wp-content/parecer-smmp-anteprojecto-de-ppl-de-alteracao-do-cpp-abril-2012.pdf.
Thaman
2001 "Miranda in Comparative Law", *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 45, n.º 2, pp. 581-624.
Tonini
2000 *Manuale di Procedura Penale*, 15.ª ed., Milão: Giuffrè.
Weisselberg
2008 "Mourning Miranda", *California Law Review*, v.96 n.º 6, pp. 1519-1601.
Winter
2008 *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid: Marcial Pons.

JURISPRUDÊNCIA

TEDH

1986 Acórdão *Unterpertinger c. Áustria* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 24 de novembro de 1986.

1991 Acórdão *Asch c. Áustria* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 26 de abril de 1991.

1996 Acórdão *John Murray c. Reino Unido* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 8 de fevereiro de 1996.

2001 Acórdão *P.S. c. Alemanha* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 20 de dezembro de 2001.

2011 Acórdão *Brusco c. França* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 14 de janeiro de 2011.

2008 Acórdão *Panasenko c. Portugal* do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 22 de outubro de 2008.

STJ

2001 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de Julho de 2001, Proc. n.º 01P1796.

TRC

2014 Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 4 de fevereiro de 2014, Proc. n.º 212/11.1GACLB.C1, Relator: Orlando Gonçalves.

LEGISLAÇÃO

Legislação Nacional

LEGISLAÇÃO NACIONAL

LEGISLAÇÃO NACIONAL – ABRIL A JUNHO DE 2015

elaborado por Nazaré da Costa Cabral

REGULAÇÃO

BANCO DE PORTUGAL

Aviso n.º 5/2015, de 30 de dezembro

Estende a todas as entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal a obrigação de passarem a elaborar as demonstrações financeiras em base individual e em base consolidada, quando aplicável, de acordo com as normas internacionais de contabilidade.

ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES

Lei n.º 149/2015, de 10 de setembro

Primeira alteração à Lei n.º 35/2012, de 23 de agosto, que procede à criação do fundo de compensação do serviço universal de comunicações electrónicas previsto na Lei das Comunicações Electrónicas, destinado ao financiamento dos custos líquidos decorrentes da prestação do serviço universal.

Portaria n.º 377/2015, de 21 de outubro

Aprova os requisitos específicos para certificação de entidades formadoras de projetistas e de instaladores ITED e ITUR.

Decreto Regulamentar n.º 18/2015, de 24 de setembro

Revoga as servidões radioelétricas sobre as zonas confinantes com o centro radioelétrico formado pela estação receptora de Vendas Novas pertencentes à Companhia Portuguesa Rádio Marconi.

AMT – AUTORIDADE DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES / IMT – INSTITUTO DA MOBILIDADE E TRANSPORTES

GERAL

Portaria n.º 209/2015, de 16 de julho

Aprova os Estatutos do Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I. P.

CONDUTORES

Lei n.º 116/2015, de 28 de agosto

Procede à décima quarta alteração ao Código da Estrada, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 114/94, de 3 de maio.

INFRAESTRUTURAS RODOVIÁRIAS

Decreto-Lei n.º 214-C/2015, de 30 de setembro

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 55-A/2000, de 14 de abril, que aprova as bases da concessão da concepção, projeto, construção, financiamento, exploração e conservação dos lanços de autoestrada e conjuntos viários associados, designada por Algarve.

Decreto-Lei n.º 214-B/2015, de 30 de Setembro

Procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 234/2001, de 28 de agosto, que aprova as bases da concessão da concepção, projeto, construção, financiamento, manutenção e exploração dos lanços de autoestrada e conjuntos viários associados, designada por Norte Litoral.

Decreto-Lei n.º 214-A/2015, de 30 de setembro

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 335-A/99, de 20 de agosto, que aprova as bases da concessão da conceção, projeto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de autoestrada e conjuntos viários associados, designada por Beira Interior.

Portaria n.º 357/2015, de 14 de outubro

Fixa o valor das taxas a cobrar pela administração rodoviária pelos usos privativos do domínio público rodoviário do Estado, bem como pelas autorizações previstas no Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional e fixa igualmente as taxas a cobrar pela administração rodoviária pela instrução dos processos, emissão de pareceres, realização de vistorias extraordinárias e revalidações previstos no Estatuto das Estradas da Rede Rodoviária Nacional.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 83-C/2015, de 1 de outubro
Aprova a minuta do contrato de alteração ao contrato de concessão da concepção, projeto, construção, financiamento, exploração e conservação dos lanços de autoestrada e conjuntos viários associados, designada por Algarve.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 83-B/2015, de 1 de outubro
Aprova a minuta do contrato de alteração ao contrato de concessão da concepção, projeto, construção, financiamento, exploração e conservação dos lanços de autoestrada e conjuntos viários associados, designada por Beira Interior.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 83-A/2015, de 1 de outubro
Aprova a minuta do contrato de alteração ao contrato de concessão da concepção, projeto, construção, financiamento, manutenção e exploração dos lanços de autoestrada e conjuntos viários associados, designada por Norte Litoral.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 65-A/2015, de 28 de agosto
Autoriza a Infraestruturas de Portugal, S. A., a redefinir o âmbito dos trabalhos integrados no contrato de subconcessão, em regime de parceria público-privada, da conceção, projeto, construção, aumento do número de vias, financiamento, exploração e conservação, dos lanços de autoestrada e conjuntos viários associados que integram a Subconcessão do Litoral Oeste.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 65-B/2015, de 28 de agosto
Autoriza a Infraestruturas de Portugal, S. A., a redefinir o âmbito dos trabalhos integrados no contrato de subconcessão, em regime de parceria público-privada, da conceção, projeto, construção, aumento do número de vias, financiamento, exploração e conservação dos lanços de autoestrada e conjuntos viários associados que integram a Subconcessão do Pinhal Interior, celebrado com a Ascendi Pinhal Interior.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 65-C/2015, de 28 de agosto
Autoriza a Infraestruturas de Portugal, S. A., a redefinir o âmbito dos trabalhos integrados no contrato de subconcessão, em regime de parceria público-privada, da conceção, projeto, construção, financiamento, exploração e conservação, dos lanços de autoestrada, itinerários e conjuntos viários associados que integram

a Subconcessão do Douro Interior, celebrado com a ora designada Ascendi Douro Interior, Estradas do Douro Interior, S. A.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 65-D/2015, de 28 de agosto
Autoriza a Infraestruturas de Portugal, S. A., a redefinir o âmbito dos trabalhos integrados no contrato de subconcessão, em regime de parceria público-privada, da conceção, projeto, demais trabalhos de requalificação, financiamento, exploração e conservação dos itinerários que integram a Subconcessão do Algarve Litoral.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 65-E/2015, de 28 de agosto
Autoriza a Infraestruturas de Portugal, S. A., a redefinir o âmbito dos trabalhos integrados no contrato de subconcessão, em regime de parceria público-privada, da conceção, projeto, construção, requalificação, aumento do número de vias, financiamento, exploração e conservação, do lanço de autoestrada e vias que integram a Subconcessão da Autoestrada do Baixo Alentejo, celebrado com a SPER – Sociedade Portuguesa para a Construção e Exploração Rodoviária, S. A.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 65-F/2015, de 28 de agosto
Autoriza a Infraestruturas de Portugal, S. A., a redefinir o âmbito dos trabalhos integrados no contrato de subconcessão, em regime de parceria público-privada, da conceção, projeto, construção, aumento do número de vias, financiamento, exploração e conservação de diversos lanços de autoestrada, estrada regional e conjuntos viários associados, no distrito de Setúbal, que integram a Subconcessão do Baixo Tejo.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-F/2015, de 7 de julho
Aprova a minuta do contrato de alteração ao contrato de concessão da conceção, projeto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de autoestrada e conjuntos viários associados, designada por Interior Norte.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-E/2015, de 7 de julho
Aprova a minuta do contrato de alteração ao contrato de concessão da conceção, projeto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de autoestrada e conjuntos viários associados na zona norte de Portugal.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-D/2015, de 7 de julho
Aprova a minuta do contrato de alteração ao contrato de concessão da concepção, projeto, construção, financiamento, exploração e conservação dos lanços de autoestrada e conjuntos viários associados, designada por Beira Litoral/Beira Alta.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-C/2015, de 7 de julho
Aprova a minuta do contrato de alteração ao contrato de concessão da concepção, projeto, construção, financiamento, exploração e conservação dos lanços de autoestrada e conjuntos viários associados, designada por Grande Porto.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-B/2015, de 7 de julho
Aprova a minuta do contrato de alteração ao contrato de concessão da concepção, projeto, construção, financiamento, exploração e conservação dos lanços de autoestrada e conjuntos viários associados, designada por Costa de Prata.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 45-A/2015, de 7 de julho
Aprova a minuta do contrato de alteração ao contrato de concessão da concepção, projeto, construção, financiamento, manutenção e exploração dos lanços de autoestrada e conjuntos viários associados, designada por Grande Lisboa.

TRANSPORTES FERROVIÁRIOS

Decreto-Lei n.º 217/2015, de 7 de outubro
Transpõe a Diretiva n.º 2012/34/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de novembro de 2012, que estabelece um espaço ferroviário europeu único.

Decreto-Lei n.º 216/2015, de 7 de outubro
Transpõe a Diretiva n.º 2014/106/UE da Comissão, de 5 de dezembro de 2014, que altera os anexos V e VI da Diretiva 2008/57/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à interoperabilidade do sistema ferroviário na Comunidade.

Decreto-Lei n.º 138/2015, de 30 de julho
Procede à primeira alteração à Lei n.º 16/2011, de 3 de maio, transpondo a Diretiva n.º 2014/82/UE da Comissão, de 24 de junho de 2014, que altera a Diretiva n.º 2007/59/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, no que respeita aos conhecimentos profissionais gerais, aos requisitos médicos e aos requisitos relativos à carta de maquinista.

TRANSPORTES DE PASSAGEIROS

Portaria n.º 251-A/2015, de 18 de agosto

Estabelece os termos da formação inicial e da formação contínua, a organização e a comunicação prévia das ações de formação, as características e procedimentos da avaliação dos formandos e os requisitos específicos de certificação das entidades formadoras de motoristas de táxi.

SECTOR MARÍTIMO-PORTUÁRIO

Decreto-Lei n.º 234/2015, de 13 de outubro

Procede à oitava alteração ao Decreto-Lei n.º 96/89, de 28 de março, que cria o Registo Internacional de Navios da Madeira.

Lei n.º 146/2015, de 9 de setembro

Regula a atividade de marítimos a bordo de navios que arvoram bandeira portuguesa, bem como as responsabilidades do Estado português enquanto Estado de bandeira ou do porto, tendo em vista o cumprimento de disposições obrigatórias da Convenção do Trabalho Marítimo, 2006, da Organização Internacional do Trabalho, transpõe as Diretivas 1999/63/CE, do Conselho, de 21 de junho de 1999, 2009/13/CE, do Conselho, de 16 de fevereiro de 2009, 2012/35/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de novembro de 2012, e 2013/54/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de novembro de 2013, e procede à segunda alteração aos Decretos-Leis n.ºs 274/95, de 23 de outubro, e 260/2009, de 25 de setembro, e à quarta alteração à Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro, e revoga o Decreto-Lei n.º 145/2003, de 2 de julho.

Decreto-Lei n.º 137/2015, de 30 de julho

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 7/2006, de 4 de janeiro, no navios de registo MAR possam beneficiar na íntegra do seu regime legal.

ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS

Decreto-Lei n.º 233/2015, de 13 de outubro

Procede à terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 150/2008, de 30 de julho, que aprova o regulamento do Fundo de Intervenção Ambiental.

Decreto-Lei n.º 218/2015, de 7 de outubro
Procede à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 103/2010, de 24 de setembro, que estabelece as normas de qualidade ambiental no domínio da política da água, transpondo a Diretiva n.º 2013/39/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de agosto de 2013, no que respeita às substâncias prioritárias no domínio da política da água.

Portaria n.º 404-A/2015, de 18 de novembro
Procede à primeira alteração à Portaria n.º 57-B/2015, de 27 de fevereiro, que adota o Regulamento Específico Sustentabilidade e Eficiência no Uso de Recursos.

Portaria n.º 367/2015, de 16 de outubro
Aprova a delimitação do perímetro de proteção das captações SL11 e JK19, localizadas em Reixida, no concelho de Leiria.

Portaria n.º 351/2015, de 13 de outubro
Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas no concelho de Lagos.

Portaria n.º 350/2015, de 13 de outubro
Aprova a delimitação dos perímetros de proteção das captações de água subterrânea, localizadas em Caranguejeira e em Coimbrão, no concelho de Leiria.

Portaria n.º 293/2015, de 18 de setembro
Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de águas subterrâneas localizadas no concelho do Fundão.

Portaria n.º 289/2015, de 17 de setembro
Aprova o Regulamento de Funcionamento do Sistema Integrado de Registo Electrónico de Resíduos (SIRER), que estabelece os procedimentos de inscrição e registo, bem como o regime de acesso e de utilização da plataforma e revoga a Portaria n.º 1408/2006, de 18 de dezembro.

ERSE – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS
Decreto-Lei n.º 244/2015, de 19 de outubro
Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 31/2006, de 15 de fevereiro, que estabelece os princípios gerais relativos à organização e funcionamento

do Sistema Petrolífero Nacional (SPN), bem como ao exercício das atividades de armazenamento, transporte, distribuição, refinação e comercialização e à organização dos mercados de petróleo bruto e de produtos de petróleo.

Decreto-Lei n.º 178/2015, de 27 de agosto
Procede à sexta alteração ao Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 104/2010, de 29 de setembro, 78/2011, de 20 de junho, 75/2012, de 26 de março, 112/2012, de 23 de maio, e 215-A/2012, de 8 de outubro, que estabelece regras comuns para o mercado interno de eletricidade. Altera o regime de regime de transferência intertemporal relativo aos sobrecustos com a produção em regime especial.

Lei n.º 75/2015, de 28 de julho
Aprova o regime de acesso e exercício da atividade de prestação de serviços de auditoria de instalações de produção em cogeração ou de produção a partir de fontes de energia renováveis.

Portaria n.º 420-B/2015, de 31 de dezembro
Identifica os produtos petrolíferos e energéticos sujeitos ao adicionamento sobre as emissões de CO(índice 2), aplicável no continente, estabelece o valor da taxa do adicionamento e fixa o valor do adicionamento resultante da aplicação desta taxa aos fatores de adicionamento relativos a cada produto.

Portaria n.º 359/2015, de 14 de outubro
Procede à terceira alteração da Portaria n.º 332/2012, de 22 de outubro, alterada pelas Portarias n.ºs 212-A/2014, de 14 de outubro, e 251-B/2014, de 28 de novembro, relativas à forma de repartição dos CIEG e à primeira alteração da Portaria n.º 108-A/2015, de 14 de abril, relativa ao mecanismo de agravamento da tarifa transitória estendo ao sector elétrico a sua aplicação.

Portaria n.º 325/2015, de 2 de outubro
Procede à segunda alteração da Portaria n.º 662/96, de 14 de novembro, alterada pela Lei n.º 14/2015, de 16 de fevereiro, que define as regras relativas à seleção e reconhecimento da entidade nacional inspetora de instalações elétricas (ANIIE).

Portaria n.º 263/2015, de 21 de agosto
Estabelece as percentagens das participações sociais das sociedades na empresa MIBGAS, S. A., sociedade autorizada a atuar como entidade gestora do mercado organizado de gás, a contado, no âmbito da criação do Mercado Ibérico do Gás Natural (MIBGAS).

Portaria n.º 241/2015, de 12 de agosto
Estabelece os requisitos técnicos a que fica sujeita a atribuição de licença para o exercício da atividade de operação de pontos de carregamento da rede de mobilidade elétrica, bem como algumas regras procedimentais aplicáveis à instrução do respetivo requerimento.

Portaria n.º 240/2015, de 12 de agosto
Fixa o valor das taxas devidas pela apreciação do pedido, e efetivação, do registo de comercialização de eletricidade para a mobilidade elétrica, pela emissão da licença de operação de pontos de carregamento e pela realização das inspeções periódicas, no âmbito do Decreto-Lei n.º 39/2010, de 26 de abril, alterado pela Lei n.º 64 –B/2011, de 30 de dezembro, e pelos Decretos-Leis n.ºs 170/2012, de 1 de agosto, e 90/2014, de 11 de junho.

Portaria n.º 237/2015, de 12 de agosto
Altera a Portaria n.º 278-C/2014, de 29 de dezembro, que estabelece os procedimentos e as demais condições necessários à atribuição, aplicação e manutenção da tarifa social estabelecida no Decreto –Lei n.º 138-A/2010, de 28 de dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 172/2014, de 14 de novembro. Mantém transitoriamente o pedido de tarifa social por declaração de honra.

Portaria n.º 225/2015, de 30 de julho
Primeira alteração à Portaria n.º 288/2013, de 20 de setembro, que estabelece o procedimento de elaboração do estudo sobre os impactos de medidas e eventos extramercado registados no âmbito da União Europeia e os seus efeitos redistributivos nas diversas rubricas de proveitos que influem nas tarifas de energia elétrica, e o mecanismo de repartição dos custos de interesse económico geral a suportar pelos produtores de energia em regime ordinário e outros produtores não enquadrados no regime de remuneração garantida.

Portaria n.º 221/2015, de 24 de julho
Altera os parâmetros e o limite máximo da remuneração do serviço de interruptibilidade e os requisitos para a prestação do mesmo serviço.

Portaria n.º 202/2015, de 13 de julho
Estabelece o regime remuneratório aplicável à produção de energia renovável de fonte ou localização oceânica por centros electroprodutores com recurso a tecnologias em fase de experimentação ou pré-comercial.

Portaria n.º 196-B/2015, de 2 de julho
Aprova os modelos de vinhetas/dísticos identificadores, bem como anotação da conformidade da instalação, dos veículos que utilizam gás de petróleo liquefeito (GPL) ou gás natural comprimido (GNC) ou gás natural liquefeito (GNL) como combustível.

JURISPRUDÊNCIA

Comentário de Jurisprudência

Jurisprudência Geral

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

O ACÓRDÃO *VINCI CONSTRUCTION* E *GTM GÉNIE CIVIL ET SERVICES C. FRANÇA*, DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH), DE 2 DE ABRIL DE 2015, N.OS 63629/10 E 60567/10*

Eva Lourenço

1. INTRODUÇÃO

O caso *Vinci* versa sobre a realização de diligências de busca dirigidas pela DGCCRF (*Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*), tendo como objectivo a procura de provas sobre a suspeita de práticas anticoncorrenciais, realizadas nas sedes das sociedades (do ramo da construção civil) *Vinci Construction* e *GTM Génie Civil et Services*. A análise do TEDH (ou Tribunal) ao caso centrou-se, sobretudo, na ponderação entre os interesses envolvidos na procura e recolha de provas e o respeito pelos direitos estipulados no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). O Tribunal concluiu pela existência de violação ao artigo 8.º da CEDH.

Por vezes, a prossecução da realização da justiça e a procura da verdade material implicam a colocação em causa de direitos fundamentais[1]. No entanto, há limites inultrapassáveis e, por isso, a verdade material não deve ser "perseguida" a todo o preço, nomeadamente através da utilização de meios processuais inválidos ou inadmissíveis[2]. Pelo que, ao longo do nosso texto, consideraremos questões como a garantia do cumprimento dos limites de um mandado de busca no que concerne ao artigo 8.º da CEDH e a consequência jurídica que

* O texto não está escrito segundo o novo Acordo Ortográfico.

1 Dias, 1988/89: 21 a 23.

2 Dias, 1988/89: 21 a 23.

deve ser retirada quando a extrapolação desses limites tenha determinado apreensões maciças e indiferenciadas de documentos. Consideraremos, também, o facto de as diligências terem sido realizadas em ambiente digital, circunstância que pode acrescentar a dificuldade no cumprimento estrito dos contornos de um mandado de busca.

Na sua abordagem, o TEDH considerou, ainda, questões relativas ao artigo 6.º da CEDH. Todavia, o referido preceito não será alvo da nossa reflexão.

2. O CASO *VINCI CONSTRUCTION* E *GTM GÉNIE CIVIL*[3]

Em Outubro de 2007, a DGCCRF foi autorizada a realizar diligências de busca e apreensão às sedes das sociedades Vinci Construction e GTM Genie et Services, através de despacho do JLD (*juge des libertés et de la détention*), do *tribunal de grande instance* de Paris. Tais medidas foram levadas a cabo no âmbito de uma investigação por suspeita da prática de acordos ilícitos, alegadamente concertados durante procedimento concursal para reforma de hospitais públicos[4].

Foram apreendidos numerosos documentos e ficheiros electrónicos, bem como a totalidade das mensagens de correio electrónico de funcionários das sociedades[5].

A Vinci Construction e a GTM Genie et Services dirigiram-se ao JLD do *tribunal de grande instance* de Paris, requerendo a anulação das buscas e apreensões promovidas e a restituição dos documentos apreendidos indevidamente. Invocaram que as diligências haviam sido realizadas de forma maciça e indiferenciada por terem incidido sobre um número indefinido de documentos electrónicos, muitos dos quais não estavam relacionados com o objecto da investigação e outros estavam protegidos pelo segredo profissional inerente à relação entre advogado e cliente. As sociedades alegaram, também, não lhes terem dado a conhecer o conteúdo dos documentos antes de estes terem sido apreendidos, nem lhes ter sido permitida oposição à execução das medidas[6].

---

3 *Vinci Construction e GTM Génie Civil et Services c. França*, n.os 63629/10 e 60567/10, Acórdão de 2 de Abril de 2015, TEDH, 2015.

4 *Vinci,* cit., §§ 5 e 6.

5 *Vinci* cit., § 10.

6 *Vinci* cit., § 11..

A DGCCRF sustentou que as buscas e as apreensões tinham sido levadas a cabo em conformidade com as disposições legais em vigor, no cumprimento da autorização recebida e tendo em conta o objecto da investigação. A DGCCRF assegurou ter sido entregue às queixosas uma cópia do inventário de todos documentos apreendidos[7].

Em Setembro de 2008, o JLD indeferiu os pedidos das sociedades, afirmando que as diligências tinham sido praticadas em conformidade com o *code de commerce* (artigo L. 450-4), com o *code de procédure pénale* (artigo 56.º) e de acordo com as disposições da CEDH. O JLD considerou que o segredo profissional entre advogado e cliente não impedia a busca e apreensão de documentos por ele cobertos, desde que esse segredo tivesse sido respeitado pelos envolvidos na investigação[8].

Em Abril de 2010, as sociedades recorreram da decisão para a *Cour de Cassation*. A *Cour de Cassation* rejeitou os recursos por ter considerado que as disposições do *code de commerce* (*CC*) aplicadas às diligências em causa (artigo L. 450-4) não desrespeitavam os requisitos impostos pelos arts. 6.º, n.º 1, 8.º e 13.º da CEDH. A *Cour de Cassation* rejeitou, também, o recurso a propósito da violação do sigilo profissional inerente à correspondência entre advogado e cliente[9].

Finalmente, as sociedades recorreram para o TEDH, de forma a que este apreciasse as alegadas violações à CEDH (artigo 8.º), nomeadamente, a violação do seu direito ao respeito do domicílio, ao respeito pela vida privada e familiar e ao respeito da correspondência, bem como a violação de segredo profissional inerente à relação entre advogado e cliente[10].

3. SOBRE AS BUSCAS OU INSPECÇÕES EM FRANÇA

Em França, uma investigação pode desenrolar-se através de buscas ou inspecções em que estejam em causa poderes simples de investigação (quando o artigo L. 450-3 do *CC* seja a base legal) ou poderes mais amplos e complexos (quando a investigação se sustente no artigo L. 450-4 do *CC*[11], situação análoga ao caso

7 *Vinci* cit., § 12.

8 *Vinci* cit., §13.

9 *Vinci* cit., §14.

10 *Vinci* cit., §3.

11 O artigo L. 450-4 do CC estipula que o JLD deve verificar se o requerimento de autorização das diligências está fundamentado; desse fundamento devem constar todas as informações que o requerente possua que

em questão). As primeiras são inspecções conduzidas sem mandado judicial e são utilizadas em operações de inspecção de surpresa, não anunciadas. As segundas dizem respeito às inspecções levadas a cabo mediante a existência de um mandado emitido pelo tribunal ("*dawn raids*")[12]. Uma vez que no caso em análise está em causa o artigo L. 450-4 do *CC,* doravante tomaremos em consideração os procedimentos exigidos para as diligências baseadas neste preceito legal.

Para se iniciar uma operação de busca ou inspecção devem estar presentes elementos reveladores de suspeitas razoáveis[13] e sérias sobre a prática de actos ilícitos. Apesar de não se exigir a abertura prévia de uma investigação, as buscas/inspecções dependem de mandado prévio emitido por um tribunal da área geográfica correspondente à do local em que se encontra a sociedade "suspeita"[14].

O mandado deve apresentar a identificação da entidade que promove as diligências, a base legal que confere poderes para a condução das buscas e deve incluir, também, o objecto sobre o qual versam as buscas[15].

Os poderes aqui em causa possibilitam a realização de cópias dos documentos durante as diligências e, em casos como o nosso, podem, mesmo, apreender-se os documentos originais. Além dos documentos "físicos", podem apreender-se e copiar-se documentos digitais[16]. Contudo, estes poderes de inspecção ou busca encontram limites quando se trate de matéria protegida por privilégio legal profissional, por exemplo, o sigilo profissional inerente à actividade de defesa exercida pelo(s) advogado(s) das sociedades[17].

4. ARGUMENTOS DAS SOCIEDADES PERANTE O TEDH

As sociedades invocaram ter sido alvo de uma ingerência desproporcionada nos seus direitos ao respeito do domicílio, da vida privada, da correspondência e

---

lhe permitam justificar a intromissão (*Vinci* cit., p. 21).

12 ECN, 2012: 7.

13 No artigo 56.º do code de *procédure pénale* não parece estabelecer-se a condição da suspeita razoável. Uma suspeita que deve ser prévia, concreta, específica e articulável de forma a dar conhecimento ao juiz de elementos sólidos e verdadeiros e não apenas informações resultantes da intuição dos autores da intromissão. Porque se o juiz não obtiver estas informações será o órgão de polícia a tomar a decisão de realizar a diligência e a protecção judiciária estará ausente (*Vinci* cit., p. 21).

14 ECN, 2012: 8 a 10 e 12.

15 ECN, 2012: 13.

16 ECN, 2012: 14.

17 ECN, 2012: 18.

no seu direito à confidencialidade inerente à relação entre advogado e cliente[18], pelo facto de as diligências terem decorrido de forma maciça e indiferenciada e por terem sido apreendidos milhares de documentos (incluindo mensagens de correio electrónico de funcionários e responsáveis). Referiram, também, que a grande maioria dos "objectos" apreendidos não tinha qualquer afinidade com a investigação em causa e que interferia na esfera da vida privada dos interessados, no segredo dos negócios e, particularmente, na confidencialidade inerente à relação entre advogado e cliente[19].

As requerentes alegaram que a entidade responsável pela investigação tinha ao seu dispor meios técnicos e legais adequados para efectuar uma triagem e apreender apenas documentos relevantes para a investigação, aludindo ao artigo 56.º, § 4, do *code de procédure pénale* e às boas práticas da Comissão Europeia em âmbito de contencioso europeu da concorrência[20].

As queixosas afirmaram não terem sido capazes de conhecer, com exactidão, dos factos e provas contra elas invocados devido à ausência de um inventário exaustivo que designasse todos os documentos apreendidos. E consideraram que o juiz não apreciou a regularidade das operações, nomeadamente, a adequação e proporcionalidade das diligências, tendo em consideração os contornos do despacho que as autorizou e os documentos efectivamente apreendidos[21].

Referiram, ainda, que, em caso de anulação da investigação, mesmo que a *Autorité de la concurrence* não pudesse contar com a informação recolhida nas buscas, a *Autorité de la concurrence* teria tido oportunidade de ficar a conhecer o conteúdo dos documentos e, assim, formar uma opinião sobre as medidas a adoptar no decorrer da investigação. E, dessa forma, seriam informações susceptíveis de influenciar o caminho da própria investigação ou contribuir para a abertura de outras investigações a partir dos conhecimentos obtidos irregularmente naquela investigação[22].

18 *Vinci* cit., § 48.

19 *Vinci* cit., § 49.

20 *Vinci* cit., § 50.

21 *Vinci* cit., § 53.

22 *Vinci* cit., § 54.

5. DECISÃO DO TEDH SOBRE A ALEGADA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 8.º DA CEDH

No artigo 8.º da CEDH estabelece-se, em matéria de direitos fundamentais, o direito ao respeito pela vida privada e familiar. Apesar de se reconhecer este direito, admite-se a sua restrição em algumas situações, desde que essa ingerência esteja prevista legalmente, seja necessária numa sociedade democrática e proporcional ao fim legitimamente prosseguido[23].

O TEDH considerou que as operações de busca e apreensão realizadas configuravam uma ingerência nos direitos protegidos pelo artigo 8.º da CEDH[24], nomeadamente, no direito ao respeito do domicílio, no direito ao respeito pela vida privada e no direito ao respeito da correspondência[25]. Para o Tribunal, o conceito de domicílio aplicável no presente caso tem uma amplitude maior do que o termo "*home*"[26], donde, no seu entender, em determinadas circunstâncias, pode admitir-se a extensão da protecção conferida pelo artigo 8.º da CEDH, nomeadamente, a protecção domiciliária e da vida privada às sedes sociais e instalações das pessoas colectivas[27], ainda que essa protecção não seja tão intensa nem tão ampla quanto aquela conferida aos particulares.

---

23 Bachmaier Winter, 2010: 166.

24 *Vinci* cit., §§ 63 e 70.

25 *Vinci* cit., § 63.

26 Tal como sucede nos casos *Société Colas Est e outros c. França*, n.º 37971/97, §§ 40 e 41, CEDH 2002-III; e Ernst e outros c. Bélgica, n.º 33400/96, § 109, Acórdão de 15 de Julho de 2003.

27 *Vinci* cit., § 63. Além dos acórdãos Colas e Ernst, sobre o conceito de domicílio e vida privada ver também *Niemietz c. Alemanha*, 16 de Dezembro de 1992, §§ 29, 30 e 31 série A n.º 251-B; *Wieser e Bicos Beteiligungen GmbH c. Áustria*, n.º 74336/01, § 43, ECHR 2007-IV; *Robathin c. Áustria*, n.º 30457/06, § 39, Acórdão de 3 de Julho de 2012. A propósito da análise sobre o direito à inviolabilidade do domicílio (artigo 34.º da CRP), a jurisprudência portuguesa pronuncia-se pela não equiparação do domicílio às sedes das pessoas colectivas, nesse sentido ver Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 02.05.2007, 2.º juízo, Processo n.º 965/06.9TYLS, pp. 21 e ss.; neste mesmo sentido, ver Paulo Pinto de Albuquerque, "A protecção do 'domicílio' nos termos do artigo 34.º da CRP não inclui a sede da pessoa colectiva" (Albuquerque, 2011: 501 e 502); Maria José Costeira, "Tendo em mente a natureza do direito assegurado pela garantia da inviolabilidade do domicílio, teremos de concluir que o mesmo não é compatível com a natureza das pessoas colectivas" (Costeira, 2007: 29); Conde Correia, "em sentido que cremos mais consistente [...] a protecção do domicílio visa antecipar a tutela da intimidade, excluindo-se, portanto, o domicílio profissional e a sede das pessoas colectivas" (Correia, 1999: 51) e Canotilho, "Já é muito duvidoso que a protecção da sede das pessoas colectivas [...] ainda se enquadre no âmbito normativo constitucional da protecção do domicílio" (Canotilho & Moreira, 2007: 540). Em sentido divergente dos anteriores, mas concordante com o TEDH, aponta Paulo Mota Pinto, "Mas as pessoas colectivas podem já ser titulares [...] do direito à inviolabilidade do domicílio" (Pinto, 2000: 185).

5.1. Previsão legal e prossecução de um fim legítimo

Este pressuposto implica que deva existir uma norma habilitadora, por parte do Estado, uma norma habilitadora que justifique a interferência com os direitos estipulados no artigo 8.º da CEDH. Não basta, porém, a mera existência de uma norma, é essencial que seja uma norma capaz de conferir protecção adequada face a possíveis práticas abusivas e que seja explícita para os cidadãos sobre em que situações um Estado pode exercer estas medidas e por causa de que razões poderá fazê-lo[28].

No entendimento do TEDH, a ingerência resultante das buscas estava prevista na lei, uma vez que as diligências estavam reguladas pelas disposições do *code de commerce* (artigo L. 450-4) e do *code de procédure pénale* (artigo 56.º)[29].

O Tribunal afirmou, também, que a intromissão nos direitos ao domicílio e à privacidade de correspondência teve como objectivo a procura de provas e evidências sobre a existência de acordos ilícitos. Por isso, entendeu que as diligências tinham sido operadas em nome de fins legítimos como o bem-estar económico do país e a prevenção de infracções penais na acepção do n.º 2 do artigo 8.º da CEDH[30]. Todavia, as requerentes não colocavam em causa a ausência de previsão legal, nem os fins que se perseguiam, mas queixavam-se da desproporcionalidade e desnecessidade das medidas tomadas no desenrolar da investigação[31].

5.2. Necessidade e proporcionalidade numa sociedade democrática

Para se pronunciar acerca da necessidade de uma ingerência numa sociedade democrática, o Tribunal deve ter em conta a margem de apreciação deixada a cada Estado-Membro. No exercício do seu poder de controlo, o TEDH deve analisar as decisões do Estado à luz da globalidade do caso e determinar se os motivos invocados por esse Estado em abono das ingerências são pertinentes e suficientes[32]. Ora, o Tribunal considerou que as diligências tinham sido levadas

28 Bachmaier Winter, 2010: 166 e 167.

29 Vinci cit., § 71; *Société Canal Plus e outros c. França*, n.º 29408/08, § 52, Acórdão de 21 de Dezembro de 2010.

30 *Vinci* cit., § 72.

31 *Vinci* cit., § 71.

32 *Vinci* cit., § 65; *Société Canal Plus* cit., § 54. O Tribunal já assinalou, no que respeita a buscas domiciliárias e apreensões, que, se um Estado considera necessário recorrer àquelas medidas para obter meio de prova essencial ao processo, então é preciso que a legislação e a prática, desse Estado ofereçam garantias

a cabo com o objectivo de procurar provas sobre a existência de práticas anti-concorrenciais eventualmente imputadas às sociedades visadas[33]. Desta forma, na opinião do TEDH, não parecia existir desproporção entre as medidas tomadas e as exigências impostas pelos requisitos do artigo 8.º da CEDH[34].

O TEDH considerou que na legislação interna francesa (nomeadamente, artigo L. 450-4 do *CC*) estavam previstas garantias atinentes às buscas e apreensões[35]. O TEDH analisou, depois, a hipótese de as diligências terem sido levadas a cabo de forma "maciça e indiferenciada" (relativamente ao objecto que se prosseguia) e considerou que os investigadores tinham procurado circunscrever as buscas ao objecto do mandado, tendo apreendido apenas documentos em conexão com o domínio da investigação. O Tribunal discordou do argumento de que as requerentes não tinham sido capazes de identificar quais os documentos apreendidos no final das operações, pois ter-lhes-á sido disponibilizado um inventário com uma descrição precisa dos documentos e cópia dos mesmos. Por estes factos, o Tribunal estimou que não poderia qualificar como "maciças e indiferenciadas" as operações de busca e apreensão em análise[36].

Por outro lado, o Tribunal evidenciou que, no decurso das operações, as visadas não puderam tomar conhecimento dos documentos apreendidos, nem opor-se à apreensão dos mesmos. Ora, no entendimento do TEDH, competia ao JLD tomar conhecimento das alegações acerca dos documentos que extrapolariam o âmbito da investigação (por não terem ligação com a mesma) ou que recairiam sobre a relação de confidencialidade entre advogado e cliente. Cabia, também, ao JLD averiguar a proporcionalidade das diligências efectuadas e posicionar-se sobre o destino dos documentos em questão, ordenando, se fosse caso disso, a restituição dos documentos mencionados[37].

O TEDH constatou que perante o recurso (concedido pela lei) das requerentes, impunha-se que o JLD apreciasse concretamente os factos apresentados (documentos sujeitos a segredo profissional que foram utilizados pelos

---

suficientes para fazer face a potenciais abusos, ver *Keslassy c. França* (déc.), n.º 51578/99, ECHR 2002-I, Acórdão de 8 de Janeiro de 2002.

33 *Vinci* cit., § 74.

34 *Vinci* cit., § 74.

35 *Vinci* cit., § 74.

36 *Vinci* cit., § 76.

37 *Vinci* cit., § 79.

investigadores), ao invés de ter feito uma apreciação meramente formal da regularidade das diligências[38].

Considerando o exposto, o Tribunal determinou a desproporcionalidade das buscas e apreensões, tendo em consideração o objectivo/fim prosseguido pela investigação. Tendo decidido, unanimemente, pela existência de uma violação do artigo 8.º da CEDH[39].

6. POSIÇÕES CONCORDANTES COM FUNDAMENTAÇÕES DISTINTAS

No entendimento do TEDH, a (in)existência de um mandado judicial que anteceda as operações de busca e apreensão não é fundamental para aferir a legalidade das mesmas[40]. No presente caso, por exemplo, ainda que tenha existido um mandado judicial prévio à realização das diligências, o Tribunal entendeu que se deveria ter examinado se a fundamentação do mandado recaía sobre uma "suspeita fundada" de práticas proibidas da parte das sociedades e se o âmbito do mandado tinha sido suficientemente delimitado, em especial quanto à utilização de documentos abrangidos pelo sigilo profissional[41].

6.1. Questões sobre a delimitação do mandado

No acórdão[42] assistimos a uma descrição do despacho de autorização permitindo a execução das diligências e circunscrevendo o desenrolar das mesmas às sedes das sociedades e à sua actividade no sector da construção e renovação de estabelecimentos de saúde. Porém, o acórdão não elucidou em que medida a autorização delimitava e circunscrevia a amplitude do campo das buscas e apreensões e não especificou os motivos objectivos em que se tinham fundamentado as diligências de recolha de elementos relevantes para a acusação[43]. Ou seja, apesar de se ter verificado que as operações visavam a apreensão de

38 *Vinci* cit., § 79.

39 *Vinci* cit., §§ 80 e 81.

40 Martinho, 2014: 291.

41 Martinho, 2014: 293. Ver o caso *Niemietz* cit., § 37, em que existia mandado, mas tratava-se de um mandado redigido em termos muito amplos, ordenava a busca e apreensão de "documentos" sem limites determinados, por exemplo, através de uma descrição sobre as características desses documentos; além disso, tendo em conta a natureza dos objectos examinados, verificou-se que a busca terá incidido sobre documentos abrangidos pelo sigilo profissional numa tal medida que determinou a desproporção da diligência. Ver também *Wieser e Bicos* cit., § 57.

42 *Vinci* cit., §§ 6, 7 e 8.

43 Neste sentido, *Vinci* cit., p. 20.

documentos que comprovassem a existência de práticas anticoncorrenciais, não se pormenorizou que suspeitas demostravam, sólida e razoavelmente, o cometimento da infracção. A DGCCRF deveria ter enunciado que razões suscitaram a suspeita de práticas anticoncorrenciais, pois o conhecimento prévio desses motivos protegeria e justificaria a intromissão do Estado na esfera da vida privada das queixosas[44]. Isto porque a ausência dessa informação poderia ser vista como uma busca ilimitada, injustificada e não prevista pela lei. Passaríamos a falar de "*fishing expedition*", uma situação clara de incumprimento dos requisitos que impõe o artigo 8.º da CEDH.

6.2. Questões sobre a delimitação do mandado – Teorias "estranhas"[45] ao TEDH

No decorrer de uma busca em que se visa obter elementos de prova específicos, num local em concreto, os investigadores deverão cingir a procura aos locais em que seja susceptível encontrar as provas pretendidas, não devendo ser apreendidos elementos irrelevantes para a investigação do caso. Impondo-se uma decisão sobre se determinado elemento caberá no âmbito específico do mandado e se esse elemento poderá ser apreendido e admitido como prova na investigação para a qual se emitiu aquele mandado[46].

Ora, a ausência de delimitação ou a pouca clareza do mandado transporta-nos para situações dúbias, por exemplo, para situações em que foram recolhidos elementos (susceptíveis de serem usados como prova) em locais que não seriam expectáveis de buscar porque extrapolariam a amplitude do mandado. Nesse momento, a necessidade premente é determinar quais os elementos em conexão com o âmbito da investigação e quais os elementos que não relevam para o caso e, consequentemente, determinar se os elementos recolhidos podem/devem (ou não) ser utilizados como prova no processo que permitiu adquiri-los (por causa do qual foram conhecidos) [47].

Contudo, se durante uma operação de busca legítima, com mandado fundamentado, os investigadores se depararem, inadvertidamente, com elementos

44 *Vinci* cit., p. 20 e 21.

45 No sentido da sua não adopção pelo TEDH.

46 *Vinci* cit., p. 21.

47 *Vinci* cit., p. 21. Se se aplicasse a regra de exclusão (*"exclusionary rule"*), os elementos obtidos através da extrapolação do âmbito do mandado não poderiam ser admitidos como prova no processo em que foram conhecidos.

susceptíveis de provar o cometimento de uma infracção, diferente daquela que motivou a "primeira" busca (em nossa opinião, se essa "segunda" infracção for tida em conta deverá sê-lo em sede de um processo diverso), aplicar-se-ia a "*plain view doctrine*". Segundo esta doutrina, qualquer objecto encontrado inadvertidamente, "bem à vista", deverá ser admitido como prova do delito em questão ou de um outro delito. Sendo necessário que se demonstre que, de facto, a prova foi adquirida inadvertidamente e que resultou de uma "descoberta acidental"[48]. No entanto, no campo dos computadores e arquivos electrónicos, como no caso *Vinci*, é particularmente difícil determinar se se trata de uma descoberta acidental/fortuita, uma vez que nos deparamos com uma área em que é ténue a barreira que separa os elementos que poderão considerar-se prova legítima daqueles que manifestamente excedem os limites[49]. É difícil comprovar que, apesar do cumprimento das normas atinentes à investigação, a DGCCRF tenha seguido estritamente a autorização concedida pelo JLD. Porque estava em causa não apenas a violação do artigo 8.º da CEDH, mas, também, perceber se as buscas e apreensões poderiam circunscrever-se, efectivamente, a determinada área tendo em conta matérias pouco "palpáveis" como as que trata o acórdão[50]. No âmbito das tecnologias de informação deparamo-nos com uma dificuldade acrescida para circunscrever a amplitude das buscas, por exemplo, a existência de quantidade enorme e indiferenciada de dados gravados nos discos rígidos dos computadores. Essa elevada quantidade propicia o aumento do risco de buscas exploratórias ("*fishing expeditions*") que poderão conduzir à procura de *notitiae criminis*, criando problemas delicados de tutela da privacidade e de reserva das comunicações (onde incluímos a correspondência), uma vez que, por um lado, a única forma para avaliar a relevância de um ficheiro electrónico é abrindo-o e, por outro lado, podemos estar a abrir documentos de conteúdo estritamente pessoal[51].

As debilidades de um mandado não estão, apenas, no que concerne à sua elaboração suficientemente específica, mas também no que respeita ao seu cumprimento. Mesmo existindo um mandado redigido de forma bastante pormenorizada, a dificuldade surge no momento em que se realiza a busca, porque é nesse instante que é necessário discernir entre os elementos impor-

48 *Vinci* cit., p. 21.

49 *Vinci* cit., p. 22.

50 *Vinci* cit., p. 22.

51 Iovene, 2012: 1607.

tantes para a investigação e aqueles que são desnecessários para essa investigação. E essa distinção é um obstáculo, primeiro, porque os dados estão gravados de forma aleatória e os documentos que se pretende recolher estão "misturados" com aqueles que não importam à investigação, segundo, porque externamente a aparência dos documentos (relevantes ou irrelevantes) é a mesma[52].

Esta problemática impõe-se, também, ao juiz, uma vez que, não sendo, por norma, um perito informático, a tarefa de detalhar *a priori* os caminhos que uma busca electrónica deve seguir torna-se quase inviável. Pelo que alguns autores defendem que as limitações legais, no plano das buscas digitais, devem ser impostas após a realização das diligências[53]. Numa tentativa de elaborar um mandado o mais detalhado possível (tentando limitar o alcance das buscas a nível de computadores ou aparelhos electrónicos), poderia indicar-se, por exemplo, qual o método de pesquisa a ser utilizado, qual o tipo de ficheiro/documento que se visa adquirir ou, ainda, realizar uma pesquisa através de palavras-chave[54]. Contudo, como referimos anteriormente, estes métodos serão ineficazes, uma vez que será sempre necessário abrir um ficheiro para saber qual o seu conteúdo[55].

Considerando o referido, verificámos, por um lado, a ineficácia das ferramentas desenvolvidas para restringir a amplitude das buscas *ex ante*. Por outro lado, evidenciou-se a urgência em obter um sistema eficaz que exerça um controlo/limitação *ex post* dos elementos probatórios apreendidos, a fim de evitar que, tendo obtido um mandado que visava uma infracção específica, se aproveite esse acesso para procurar evidências de outros e distintos delitos[56].

6.3. *Plain view doctrine*

A *plain view doctrine* constitui uma excepção à IV Emenda da Constituição Norte-Americana[57] porque legitima, mediante certas condições, a busca e a apreensão de provas relevantes em sede de investigações diferentes (e processos)

52 Iovene, 2012: 1609.

53 Kerr, 2005: 571 e Iovene, 2012: 1610.

54 Iovene, 2012: 1609.

55 Iovene, 2012: 1610.

56 Iovene, 2012: 1610.

57 A IV Emenda protege os cidadãos em relação a buscas e apreensões arbitrárias e impõe que a utilização de tais meios de obtenção de prova esteja dependente da existência prévia de um motivo razoável e de

daquelas que constam no mandado e para as quais se realiza a busca. Porém, a apreensão de objectos que ultrapassem o alcance do mandado apenas será legítima se a busca originária for conduzida respeitando a IV Emenda, pelo que deverá ser evidente a natureza incriminatória do objecto encontrado; além disso, quem realizar a investigação deverá ter tido acesso legítimo ao local em que o objecto tenha sido encontrado, ou seja, deve tratar-se de um local onde fosse susceptível encontrar a prova que se pretendia com a busca originária[58]. Todavia, no âmbito de uma busca electrónica, o facto de não ser possível emitir um mandado que distinga os documentos que estarão a coberto dele daqueles documentos que não caberão no alvo desse mandado e o facto de a autorização para uma busca a um disco rígido permitir a abertura de qualquer ficheiro para aferir a sua relevância para investigação promove um amplo conhecimento sobre os documentos que se localizem num computador. Dessa forma, poderá ser apreendido legitimamente qualquer documento, mesmo na ausência de um mandado para tal, frustrando a intenção da *plain view doctrine* e configurando uma violação à IV Emenda.

Uma orientação mais radical prevê a desaplicação da *plain view doctrine* no campo das buscas a computadores. Para esta posição, a descoberta de materiais estranhos ao escopo do mandado será ilegítima, uma vez que violará a IV Emenda, e originará a inutilização desses materiais como prova, apelando à aplicação da *exclusionary rule*. Esta orientação entende que é a melhor solução porque a inutilização probatória daquilo que for encontrado fora do escopo do mandado constitui um dissuasor eficaz relativamente às buscas arbitrárias ("*fishing expeditions*")[59]. E que tal não significará, necessariamente, a perda ou dispersão de informações importantes, nem constituirá um travão à repressão dos crimes[60].

O direito francês e a jurisprudência do Tribunal não aderiram à doutrina da "*plain view*". Pelo contrário, os Norte-Americanos demonstram grande afinidade com esta doutrina, nomeadamente, como "corolário" da protecção constitucional conferida pela IV Emenda à sua Constituição. Pelo facto de haver opiniões díspares é essencial que o TEDH se pronuncie claramente sobre

---

um mandado, justificado numa "causa provável", que descreva de forma detalhada o local da busca e os objectos que se espera apreender.

58 Iovene, 2012: 1611.

59 Iovene, 2012: 1613.

60 Iovene, 2012: 1613.

esta temática, nomeadamente, onde é a fronteira entre uma busca legítima e fundamentada numa autorização e uma perseguição/pesca de informações/factos incerta e imprecisa que já extrapola os limites da violação dos direitos fundamentais[61].

7. JURISPRUDÊNCIA DO TEDH

Na análise do TEDH ao caso observamos que a decisão deste Tribunal está em harmonia, em grande parte da sua análise, com a sua jurisprudência anterior, remetendo por diversas vezes para essas mesmas decisões.

No que diz respeito à análise da previsão legal das medidas tomadas e a prossecução de um fim legítimo das mesmas, o Tribunal tinha já um entendimento paralelo nos casos *Colas*[62] e *Canal Plus*[63]. No entanto, no primeiro não existiu mandado judicial prévio e no segundo, apesar de se ter verificado autorização prévia, o TEDH considerou que não tinha sido realizado um efectivo controlo *a posteriori* das diligências de busca.

Tal como se verificou no presente acórdão, também em casos anteriores (que versavam sobre a problemática de buscas e apreensões) o TEDH procurou saber até que ponto a lei e a prática internas forneciam garantias/salvaguardas adequadas e suficientes para fazer face a eventuais abusos e arbitrariedades cometidos pelos Estados no desenrolar das diligências[64]. Era essencial verificar se se impunha a exigência de um mandado prévio (tal como no presente caso) e em que condições esse mandado deveria ser emitido, nomeadamente, se bastaria que o juiz emitisse um mandado apenas autorizando as diligências ou se se impunha que o mandado fosse justificado à luz de motivos plausíveis. Impunha-se, ainda, que o Tribunal averiguasse a conformidade do alcance do mandado (ou seja, se mediante aquele mandado seria expectável e razoável a apreensão daquela quantidade de documentos e da matéria sobre que versavam). Sobre a exigência de mandado, o TEDH faz referência aos casos *Robathin* e *Wieser e Bicos* em que existia autorização judicial prévia, mas, de acordo com o Tribunal, estava em causa uma fundamentação e delimitação do mandado insuficientes[65]. Mais uma vez, traçando um paralelismo com o caso

61 *Vinci* cit., p. 23.

62 *Société Colas* cit., § 44.

63 *Société Canal Plus* cit., § 53.

64 *Vinci* cit., § 66; ver, por exemplo, *Société Colas* cit., § 48.

65 Ver *Robathin* cit., § 44; *Wieser e Bicos* cit., § 57.

Canal Plus[66], o TEDH considerou estarem previstas garantias suficientes para que se permitisse a ingerência.

8. A PRÁTICA DA COMISSÃO EUROPEIA EM MATÉRIA DE INSPECÇÕES E APREENSÕES COM FUNDAMENTO NO REGULAMENTO N.º 1/2003[67]

Nos termos do Regulamento n.º 1/2003 a Comissão Europeia pode efectuar inspecções e apreensões para fazer face a práticas proibidas pelos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Os poderes da Comissão em matéria de inspecções estão regulados no n.º 4 do artigo 20.º do Regulamento.

Os poderes da Comissão para realizar inspecções possibilitam aos seus funcionários a análise e a cópia (total ou parcial) de qualquer elemento relacionado com o negócio em causa, independentemente do tipo de suporte em que esses dados estejam armazenados (incluindo arquivos electrónicos)[68]. Além dos dispositivos pertencentes à empresa, também poderão ser examinados dispositivos dos funcionários da empresa que sejam utilizados para questões profissionais, desde que esses dispositivos se encontrem nos estabelecimentos inspeccionados. Os investigadores procuram os dados através de palavras-chave ou através de instrumentos de *software* e *hardware* da Comissão que lhes permitem copiar, procurar e recuperar dados sem danificar os sistemas e suportes electrónicos da empresa inspeccionada[69]. Os dados seleccionados são armazenados e realiza-se uma cópia e um inventário detalhado para entregar à empresa. Se a investigação não for finalizada nas instalações da empresa, os investigadores farão uma cópia dos dados que não tenham sido analisados e essa cópia será colocada num envelope selado. Os representantes das empresas

66 O artigo L. 450-4 do *code de commerce* estabelece uma série de garantias: por um lado, prevê uma autorização judicial prévia em que o juiz verifica se há fundamento legítimo para a realização das diligências; por outro lado, as operações de buscas e apreensões efectuam-se sob o controlo desse mesmo juiz, que incumbe aos órgãos de polícia criminal a realização das diligências. O juiz pode, a todo o tempo, determinar a suspensão ou cessação das operações, bem como quem procede às mesmas. Esta disposição prevê, ainda, a possibilidade de contestar a regularidade das operações por parte daqueles que por elas são visados (*Société Canal Plus* cit., §§ 56 e 57).

67 Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (actuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO L1, de 4.1.2003, pp. 1-25.

68 *Vinci* cit., § 26; Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation n.º 1/2003, § 9. Disponível em: <ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf>. [consultado em 15.9.2015].

69 *Vinci* cit., § 26; Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation n.º 1/2003, § 10.

serão informados para presenciarem a abertura desse envelope e para, caso entendam, contestarem as diligências[70]. Quando a investigação se der por terminada os dados serão eliminados[71].

Nos casos do direito europeu da concorrência em que a Comissão Europeia tem competência para efectuar inspecções, a Comissão está obrigada a afastar a prova que não é pertinente para o caso e a limitar-se à prova que seja relevante para a sua decisão naquela matéria[72].

O TJUE pronunciou-se, num acórdão de 14 de Novembro de 2012[73], sobre medidas a tomar durante as inspecções, reforçando o entendimento de que a Comissão, ao inspecionar uma empresa, deve limitar a sua busca às actividades dessa empresa que estejam relacionadas com o tema sobre o qual versa a ordem da inspecção. Assim, se se verificar que determinado documento não releva no âmbito visado, esse documento não deverá utilizar-se na investigação. Pois, caso a Comissão não fosse sujeita a essa limitação inicial, haveria a possibilidade de efectuar uma inspecção, sempre que se suspeitasse que uma empresa desrespeitava as regras de concorrência em determinada área, com o intuito de identificar uma infracção que pudesse, efectivamente, ter sido cometida, sem, porém, existir uma suspeita fundada que justificasse essa ingerência. Situação que seria incompatível com a necessária protecção da esfera da vida privada das pessoas colectivas, garantida enquanto direito fundamental numa sociedade democrática[74].

9. CONCLUSÃO

As diligências de busca levadas a cabo no caso Vinci transmitiam uma aparência de legitimidade por estarem previstas legalmente, por serem um meio adequado à procura de provas sobre possíveis infracções às regras do regime da concorrência e por existirem garantias internas que visavam a protecção das socie-

70 *Vinci* cit., § 26; Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation n.º 1/2003, §§ 14 e 15.

71 Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation n.º 1/2003, § 13; *Vinci* cit., § 26.

72 Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (2011/C 308/06), JO C 308, de 20.10.2011, pp. 6-36, §§ 51 e 52; *Vinci* cit., § 25.

73 Acórdão do Tribunal Geral de 14 de Novembro de 2012, Prysmian e Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Comissão, T-140/09, ECLI:EU:T:2012:597.

74 Acórdão do Tribunal Geral de 14 de Novembro de 2012, Prysmian e Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Comissão, T-140/09, ECLI:EU:T:2012:597; *Vinci* cit., § 27.

dades antes, durante e após as diligências. Todavia, o Tribunal entendeu que, no decorrer das operações de busca, essas garantias não foram aplicadas de forma "concreta e efectiva", uma vez que as queixosas não puderam impedir a apreensão dos documentos, nem tomar conhecimento da informação neles contida. Por este motivo, o TEDH considerou que as medidas eram desproporcionais e promoviam uma violação ao artigo 8.º da CEDH.

Por estarem em causa matérias intangíveis, o caso Vinci alertou-nos para o risco da realização de buscas "exploratórias" ("*fishing expedition*"), uma vez que sem conhecermos o conteúdo de um ficheiro electrónico não conseguiremos aferir a sua relevância para a investigação e, consequentemente, enfrentaremos dificuldades acrescidas na delimitação da informação compreendida no objecto de certo processo.

O Tribunal decidiu por unanimidade a favor das sociedades. Contudo, verificou-se que as opiniões concordantes (no final do acórdão) trouxeram argumentos e teorias que não foram acolhidos pelo TEDH na sua tomada de posição, mas que propõem caminhos favoráveis a investigação mais "controlada", ainda que sem contornos bem definidos desde o início.

BIBLIOGRAFIA

Albuquerque, P. P.

2011 *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem,* 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

Autoridade da Concorrência

2010 *Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos artigos 4.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho* (actuais arts. 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio).

Bachmaier Winter, L.

2010 "Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", in *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, pp. 161-185.

Canotilho, J. J., & Moreira, V.

2007 *CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 1.º a 107.º*, 4.ª ed. revista, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora.

Comissão Europeia

2011 Comunicação da Comissão sobre boas práticas para a instrução de processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (2011/C 308/06), JO C 308, de 20.10.2011.

Correia, J. C.

1999 "Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (artigo 32.º, n.º 8, 2.ª parte da CRP)?", in *Revista do Ministério Público,* ano 20.º, n.º 79, pp. 45-67.

Costeira, M. J.

2007 "As buscas e apreensões nos processos de natureza contra-ordenacional", in *Sub Judice – Justiça e Sociedade*, pp. 27-38.

Dias, J. de F.

1988-9 *Direito Processual Penal – Lições coligidas por Maria João Antunes,* Coimbra: Secção de Textos da FDUC.

ECN (Working Group Cooperation Issues and Due Process)

2012 *Investigative Powers Report,* 31.10.2012, disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/investigative_powers_report_en.pdf>. [consultado em: 12.4.2016].

Kerr, O. S.

2005 "Searches and Seizures in a Digital World", in *Harvard Law Review,* n.º 119, pp. 531-585.

Pinto, P. C.
2000 "A Protecção da Vida Privada e a Constituição", in *Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra*, vol. LXXVI, pp. 153-204, Coimbra.
Iovene, F.
2012 "Perquisizione e sequestro di computer: un'analisi comparatistica", in *Rivista di Diritto Processuale,* ano LXVI, n.º 6, pp. 1607-1616.
Martinho, H. G.
2014 "Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 2 de Outubro de 2014, Petição n.º 97/11, *Delta Pekárny A. S. c. República Checa*" – Comentário de Jurisprudência, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 17, jan./mar., pp. 279-304.

JURISPRUDÊNCIA

André e outros c. França, n.º 18603/03, 24 de julho de 2008.
Acórdão do Tribunal Geral de 14 de novembro de 2012, Prysmian e Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Comissão, T-140/09, ECLI:EU:T:2012:597.
Société Canal Plus e outros c. França, n.º 29408/08, 21 de dezembro de 2010.
Vinci Construction e GTM Génie Civil et Services c. França, n.ºs 63629/10 e 60567/10, 2 de abril de 2015.
Société Colas Est e outros c. França, n.º 37971/97, §§ 40 e 41, CEDH 2002-III.
Ernst e outros c. Bélgica, n.º 33400/96, § 109, Acórdão de 15 de julho de 2003.
Niemietz c. Alemanha, 16 de dezembro de 1992, série A n.º 251-B.
Robathin c. Áustria, n.º 30457/06, § 39, Acórdão de 3 de julho de 2012.
Wiser e Bicos Beteiligungen GmbH c. Áustria, n.º 74336/01, CEDH 2007-IV.

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – JULHO A DEZEMBRO DE 2015

elaborado por Ricardo Bayão Horta

Acórdão do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 01.07.2015, proferida no âmbito do Processo n.º 3/13.5YQSTR (ação administrativa especial).
Recorrentes: *Take Off – Produção e Realização de Espectáculos, Lda e outros.*
Sumário: julga a ação improcedente e, em consequência, absolve-se a entidade demandada e a contrainteressada dos pedidos.
Normas relevantes: arts. 37.º, 41.º, n.º 3, 42.º, 43.º, 47.º, n.ºs 1 e 2, 49.º, n.ºs 1, 3 e 4, 50.º, n.º 1 als. *b)* e *c)* e n.º 2, 51.º, n.ºs 1 e 2, e 53.º, n.º 1 als. *a)* e *b)*, e n.º 3 da LdC; art. 135.º do CPA (1991); Resolução do Conselho de Ministros n.º 21/2012, de 9 de março; Resolução do Conselho de Ministros n.º 65/2012, de 2 de agosto; art. 527.º, n.ºs 1 e 2 do CPC (2015); arts. 1.º e 189.º, n.º 1 do CPTA.

Decisão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8.07.2015, proferido no âmbito do Processo n.º 204/13.6YUSTR.L1-B.S1 (reclamação para o Supremo Tribunal de Justiça, ao abrigo do disposto no art. 405.º do CPP).
Interveniente: *SPORT TV Portugal, S.A.*
Sumário: defere a reclamação, devendo o despacho reclamado ser substituído por outro que admita o recurso.
Normas relevantes: art. 629.˚, n.º s 1 e 2, al. *a)* do CPC (2015); arts. 2.º, 41.º e 75.˚, n.º 1 do RGIMOS (2001), arts. 4.º e 405.º do CPP; art. 32.º CRP; arts. 73.˚, n.º 1, als. *a)*, *b)*, *c)*, *d)* e *e)* e n.ºs 2 e 3, e 75.˚, n.º 1 do RGCOC.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15.07.2015, proferida no âmbito do Processo n.º 350/08.8TYLSB.L3 (Recurso Contraordenação).

Recorrentes: *Abbott Laboratórios, Lda., Bayer Diagnostics Europe Ltd.* e *Bayer Portugal, SA, Johnson & Johnson, Lda.* e *Menarini Diagnósticos, Lda.*
Sumário: rejeita por inadmissibilidade legal o recurso interposto pela firma arguida Laboratórios Abbott, Lda. (arts. 41.º e 73.º, n.ºs 1 e 2 do RGCO; arts. 414.º, n.ºs 2 e 3, 420.º, n.º 1, al. *b)* e n.º 2 do CPP); condena a firma arguida Laboratórios Abbott, Lda. no pagamento das custas que se fixam em 6 UC (art. 420.˚, n.º 3 do CPP e art. 41.º do RGCOC).
Normas relevantes: arts. 69.º, n.º 1, als. *b)*, *c)*, *f)*, *h)* e *i)*, e n.ºs 2 e 8, 73.º, 89.º, n.ºs 1 e 2 e 100.º, n.º 1 al. *a)* da LdC; arts. 4.º, n.º 1, 43.º, 45.º, 47.º e 52.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 3.º, n.º 2, 7.º, 41.º, n.º 1, 63.º, n.º 2, 64.º, 73.º, n.º 1, als. *a)* e *b)* e n.º 2 e 74.º, n.º 4 do RGCOC; arts. 4.º, 113.º, n.º 2, 371.º-A, 374.º, 379.º, n.º 1 als. *b)* e *c)*, 399.º, 400.º, 410.º, n.º 2 als. *a)* e *b)*, 414.º, n.ºs 2 e 3, 416.º, 417.º, n.º 2, 420.º, n.º 1, al. *b)* e n.ºs 2 e 3, 426.º, n.º 1 e 426.º-A do CPP; arts. 2.º, 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 1, 29.º, n.º 4, 32.º, n.ºs 1 e 10, 205.º, n.º 2, 210.º, n.º 1 e 282, n.º 3 da CRP; art. 6.º da CEDH; art. 2.º do Protocolo 7 à CEDH e das Liberdades Fundamentais; art. 71.º, n.º 2 do CP.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15.07.2015, proferida no âmbito do Processo n.º 204/13.6YUSTR.L1-A (recurso independente em separado).
Requerente: *SPORT TV Portugal, S.A.*
Sumário: indefere a arguição de nulidade do acórdão proferido no dia 13 de Maio de 2015. Condena a requerente "SPORT TV Portugal, S.A." no pagamento de taxa de justiça que se fixa em 2 UC.
Normas relevantes: arts. 11.º, 15.º, 30.º a 33.º, 32.º, n.ºs 2, 3, 6 e 7, 68.º 1, al. *a)*, 69.º n.º 2 e 100, n.º 1, al. *a)* da LdC; arts. 18.º, n.º 1 al. *d)* e 26.º, n.º 5 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; art. 45.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro; arts. 32.º, n.º 1 e 206.º da CRP; arts. 70.º, n.º 1, al. *b)*, 75.º, n.º 1, 78.º, n.º 4 e 80.º, n.º 4 da Lei Orgânica n.º 5/2015, de 10 de abril; arts. 152.º, n.º 4, 629.º, n.ºs 1 e 2, al.s *a)* e *c)*, 641.º, n.º 6, 647.º, n.º 4 e 652.º, n.ºs 1, al. *f)* e n.º 3 do CPC (2015); arts. 4.º, 86.º, n.º 7, 87.º, n.º 1, 2 e 5, 321.º, 372.º, n.º 3, 400.º, n.º 1 al. *g)*, 403.º, n.º 1, 405.º, 406.º, n.º 1, 407.º, n.º 2, al. *a)*, 408.º, n.º 1, al. *a),* 425.º, n.º 4, 433.º e 479.º, n.º 1, al. *c)* do CPP.

Decisão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17.11.2015, proferido no âmbito do Processo n.º 204/13.6YUSTR.L1-A.S1 (recurso independente em separado, no âmbito do processo n˚ 204/13.6YUSTR.L1-A do Tribunal da Relação de Lisboa).

Interveniente: *SPORT TV Portugal, S.A.*
Sumário: rejeita o recurso por o mesmo não ser admissível (art. 420.º, n.º 1, al. *b)* do CPP); condena a recorrente em 5 UC de taxa de justiça (art. 420.º, n.º 3 do CPP).
Normas relevantes: art. 629.˚, n.ºs 1, 2, al. *a)* do CPC (2015); arts. 2.º, 41.º e 75.˚, n.º 1 do RGIMOS (2001), arts. 4.º, 399.º, 400.º, 405.º, 416.º, n.º 1, 417.º, n.º 6, al. *b)*, 420.º, n.º 1 al. *b)* e n.º 3 e 432.º do CPP; art. 32.º da CRP; arts. 73.˚, n.º 1, als. *a)*, *b)*, *c)*, *d)* e *e)*, n.ºs 2 e 3, e 75.˚, n.º 1 do RGCOC.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 28.09.2015, proferida no âmbito do Processo n.º 225/15.4YUSTR (recurso das medidas das autoridades administrativas).
Recorrentes: *Banco Espirito Santo, S.A. e outros.*
Sumário: julga os recursos interlocutórios totalmente improcedentes. Condena em custas as visadas, fixando-se a taxa de justiça em 3 UC – art. 93.º, n.ºs 3 e 4 do RGCOC e art. 8.º, n.º 7 e anexo III do Regulamento das Custas Processuais.
Normas relevantes: arts. 15.º, n.º 1, al. *c)* e n.º 3, 18.º, 25.º, n.º 1, 30.º, n.ºs 2 e 3, 31.º, n.ºs 2 e 3, 33.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4, 81.º, n.º 2, 83.º e 85.º, n.º 1 da LdC; arts. 13.º, 16.º, n.º 1, 18.º, n.º 2, 20.º, n.º 4, 32.º, n.ºs 5 e 10 e 81.º, al. *f)* da CRP; arts. 86.º, n.º 7 e 119, al. *c)* do CPP; arts. 41.º, n.º 1, 50.º e 64.º, n.º s 1 e 2 do RGCOC; art. 6.º da CEDH; art. 15.º do Regulamento (CE) N.º 773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 10.11.2015, proferida no âmbito do Processo n.º 774/12.6TYLSB (ação administrativa especial).
Recorrentes: *Automóvel Club de Portugal.*
Sumário: julga a ação procedente e, em consequência, condena a Autoridade da Concorrência a retomar o procedimento no momento da apresentação da queixa datada de 16 de novembro de 2010 formulada pelo Automóvel Club de Portugal e como se esta tivesse sido registada nos termos e para os efeitos do disposto no art. 8.º n.º 1 da Lei n.º 19/2012 de 8 de maio, seguindo-se os ulteriores tramites ai expressamente previstos.
Normas relevantes: art. 8.º da LdC; arts. 6.º, 7.º, 22.º, n.º 1, 24.º e 25.º, n.º 1 als. *a)* e *b)* e n.º 2 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro; arts. 43.º, 62.º, n.º 2 e 65.º-A do RGCOC; arts. 40.º e 46.º, n.º 1 do ETAF; Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro; art. 85.º, n.º 1 do CPTA; art. 266.º, n.º 2 da CRP.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11.11.2015, proferida no âmbito do Processo n.º 350/08.8TYLSB.L3 (recurso penal).
Recorrentes: *Abbott Laboratórios, Lda., Bayer Diagnostics Europe Ltd.* e *Bayer Portugal, SA, Johnson & Johnson, Lda.* e *Menarini Diagnósticos, Lda.*
Sumário: acordam não conhecer da reclamação apresentada pela arguida, a firma Abbott Laboratórios, Lda., por ser legalmente inadmissível; acordam condenar a firma arguida Laboratórios Abbott, Lda. no pagamento das custas que se fixam em 3 UC.
Normas relevantes: art. 49.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 119.º, al. *c)*, 379.º, n.º1 als. *a), c)*, 413.º, n.º 3, 425.º, n.º 4 e 428.º do CPP; arts. 18.º, 20.º, n.º 4 e 32.º, n.ºs 1, 2, 5 e 10 da CPR; art. 41.º, n.º 1 do RGCOC; art. 6.º da CEDH.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 19.11.2015, proferida no âmbito do Processo n.º 3/14.8YQSTR (ação administrativa especial).
Recorrentes: *Lactogal – Produtos Alimentares, S.A.*
Sumário: julga ação não procedente, por não provada e, em consequência, absolve a Autoridade da Concorrência dos pedidos.
Normas relevantes: art. 42.º da LdC; arts. 30,.º 31.º, n.º 1, al. *b)*, 34.º, n.ºs 1 e 3, e 35.º, n.º 1, al. *c)* e n.º 4 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 9.º, 10.º, n.º 1, 38.º, n.º 2, 39.º e 42.º, n.º 1 do CPTA; arts. 591.º, al. *d)*, 593.º, n.º 1, e 595.º, n.º 1, al. *b)* do CPC (2015); art. 1.º dos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro; art. 1.º dos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto; arts. 6.º-A e 72.º do CPA (1991).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.11.2015, proferida no âmbito do Processo n.º 38/13.8YUSTR.L2.
Recorrentes: *Contiforme – Soluções Gráficas Integradas, S.A. e outro(s).*
Sumário: nega provimento aos recursos interpostos pelos recorrentes, mantendo o decidido na sentença recorrida; Condena as recorrentes no pagamento da taxa de justiça individual que se fixa em 4 UC.
Normas relevantes: arts. 3.º, 5.º, 9.º, n.º 1 als. *a)* e *c)*, 18.º, n.º al. *d)*, 26.º, n.º 5, 68.º, n.º 1 al. *a)*, 69.º, n.ºs 1, als. *a)*, *b)*, *e)*, *f), g)*, *h), i)*, e n.ºs 2 e 4, 71.º, n.º 1, al. *a)* e 73.º, n.º 2 e 6 da LdC; arts. 2.º, 4.º, n.º 1, als. *a)* e *d)*, 10.º, 19.º, 22.º, n.º 1, 24.º, n.º 1, 25.º, al. *b)*, 26.º, n.ºs 1 e 3, 43.º, n.º 1 *a)*, 44.º, 45.º, n.º 1, al. *a)* e 47.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; arts. 6.º, 7.º, 9.º e 101.º, n.ºs 1,

2 e 3 do CPA (1991); arts. 127.º, 368.º, n.º 2, 369.º, n.º 2, 374.º, n.ºs 2 e 3, al. *b)*, 375.º, n.º 1, 376.º, 379.º 1, als. *a)* e *c)*, e n.º 2, 410.º n.º 2 e 412.º, n.º 1 do CPP; arts. 13.º, 20.º, n.º 4, 29.º, n.ºs 1 e 3, 30.º, n.º 1, 32.º, n.ºs 2, 5 e 10, 111.º, n.ºs 1 e 2, 204.º, 205.º, n.º 1, 266.º, n.º 2 e 268.º da CPR; arts. 3.º, n.º 2, 17, n.ºs 1, 2, 4 e 5, 18.º, n.ºs 1 e 3, 32.º, 43.º, 50.º, 50.º-A, 55.º, n.º 2, 58.º, 74.º, n.º 4 e 75.º, n.º 1 do RGCOC; arts. 2.º, n.º 4, 40.º, 71.º e 72.º do CP; art. 2.º do Regulamento (CE) 1/2003, de 16 de dezembro de 2002; arts. 342.º, 344.º, n.º 1, 349.º e 350.º, n.º 2 do Código Civil; art. 6.º CEDH; art. 101.º, n.ºs 1 e 3 do TFUE.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 23.11.2015, proferida no âmbito do Processo n.º 5/15.7YQSTR-A (procedimento cautelar).
Recorrentes: *Município da Amadora, Município de Loures, Município de Odivelas, Município de Vila Franca de Xira.*
Sumário: julga o procedimento cautelar totalmente improcedente, absolvendo a requerida e as contrainteressadas do pedido.
Normas relevantes: arts. 37.º, 40.º, n.º 4, al. *a)*, 41.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4 e 53.º, n.º 1, al. *a)* da LdC; arts. 81.º, al. *f)* e 99.º, al. *a)* da CRP; arts. 112.º, n.º 1 e 120.º, n.º 1 al.s *a)*, *b)* e *c)*, e n.ºs 2, 3 e 5 do CPTA; art. 19.º, n.º 1 al. *d)* dos Estatutos, aprovados pelo Decreto-lei n.º 125/2014, de 18 de agosto; arts. 38.º, n.º 1 e 138, n.º 1 do CPA (2015); Lei n.º 13/2013, de 11 de junho; Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho; Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2014, de 8 de abril; Resolução do Conselho de Ministros n.º 55-B/2014, de 19 de setembro; Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 27.11.2015, proferida no âmbito do Processo n.º 8/15.1YQSTR-A (Procedimento Cautelar).
Recorrentes: *Munícipio do Seixal.*
Sumário: julga procedimento cautelar totalmente improcedente, absolvendo a requerida Autoridade da Concorrência e as contrainteressadas do pedido de suspensão de eficácia da decisão da Autoridade da Concorrência proferida no processo Ccent. 37/2014 – SUMA/EGF de não oposição à operação de concentração.
Normas relevantes: arts. 11.º, n.º 2, 12.º, n.º 2, 40.º, n.º 6, 41.º, 50.º, n.º 1, al. *b)*, 52.º, 53.º, n.ºs 1, al. *a)*, e n.º 2 e 68.º, n.º 1, al. *f)* da LdC; art. 266, n.º 2 da CRP; arts. 1.º, 2.º, n.º 2, 112.º, n.º 1, 116.º, n,.º 3, 117.º, n.º 1, 120.º, n.ºs 1, 2 e 5, 128.º, n.ºs 1 e 2 e 131.º, n.ºs 3 e 4 do CPTA; arts. 24.º, n.ºs 1 e 4, 405.º do Código das Sociedades Comerciais; art. 102.º do Código dos Valores Mobiliários;

art. 2.º, n.º 1 al. *b)*, e n.º 2 do Decreto-Lei n.º 92/2013, de 11 de julho; art. 9.º, n.ºs 1 e 3, Base I, al.s *c)* e *j)*, Base VII, n.º 2 e Bases XXI a XXV do Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de junho; arts. 277.º, al. *e)*, 303.º, n.º 1, 304.º, n.º 1, 306.º, 576.º, n.ºs 1 e 2, 578.º (*a contrario*) e 595, n.º 1, al. *a)* do CPC (2013); Lei n.º 35/2013, de 11 de junho; Resolução do Conselho de Ministros n.º 30/2014, de 8 de abril; arts. 10.º, 16.º, 21.º, 22.º, 23.º, 51.º, 60.º, 64.º, 82.º, 83.º, n.º 2, 84.º e 101.º do Regulamento da ERSAR relativo ao tarifário dos serviços de gestão de resíduos; Resolução do Conselho de Ministros n.º 55-B/2014, de 19 de setembro; Decreto-Lei n.º 45/2014 de 20 de março; Diretiva 2008/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 15.12.2015, proferida no âmbito do Processo n.º 276/15.9YUSTR.
Recorrentes: *CP Carga – Logística e Transportes Ferroviários de Mercadorias, S.A.*
Sumário: julga o recurso totalmente procedente, absolvendo-se a recorrente da contraordenação imputada e, nessa medida, revogando-se a decisão da Autoridade da Concorrência.
Normas relevantes: arts. 11.º, 13.º, n.º 1, 15.º, 17.º, n.º 2, 18.º, n.º 1, als. *a)* e *b)*, e n.º 4, 68.º, n.º 1, al. *b)* e 69.º, n.º 3 da LdC; art. 102.º TFUE; arts. 8.º, n.ºs 1 e 2, 32.º, 41.º, n.º 1, 42.º e 64.º, n.ºs 1 e 2 do RGCOC; arts. 26.º a 29.º do Decreto-Lei n.º 231/2007, de 14 de junho; art. 127.º do CPP; arts. 14.º, al. *a)* e 15.º do CP.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA — JULHO 2015

elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abusos de posição dominante

Acórdão do Tribunal Geral de 17 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-486/11.
Partes: *Orange Polska S.A.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2015, proferido no âmbito do Processo C-23/14.
Partes: *Post Danmark A/S/Konkurrencerådet.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo C-170/13.
Partes: *Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. e o.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo C-497/12.
Partes: *Davide Gullotta e o./Ministero della Salute e o.*

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-67/11.
Partes: *Martinair Holland NV/*Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-63/11.
Partes: *Air France*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-62/11.
Partes: *Air France-KLM*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-56/11.
Partes: *SAS Cargo Group e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-48/11.
Partes: *British Airways*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-46/11.
Partes: *Deutsche Lufthansa e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-43/11.
Partes: *Singapore Airlines Ltd e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-40/11.
Partes: Latam Airlines Group SA e o. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-39/11.
Partes: *Cargolux Airlines International SA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-38/11.
Partes: *Cathay Pacific Airways Ltd*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-36/11.
Partes: *Japan Airlines Co. Ltd*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-28/11.
Partes: Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV / Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-9/11.
Partes: *Air Canada*/Comissão

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de novembro de 2015, proferido no âmbito do Processo C-345/14.
Partes: *SIA Maxima Latvija/Konkurences padome.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2015, proferido no âmbito do Processo C-194/14 P.
Partes: *AC-Treuhand AG*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 6 de outubro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-250/12.
Partes: *Corporación Empresarial de Materiales de Construcción, SA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo C-634/13 P.
Partes: *Total Marketing Services SA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo C-597/13 P.
Partes: *Total SA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-67/11.
Partes: *Martinair Holland NV*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-104/13.
Partes: *Toshiba Corp./*Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-92/13.
Partes: *Koninklijke Philips Electronics NV*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-91/13.
Partes: *LG Electronics, Inc./*Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-84/13.
Partes: *Samsung SDI Co. Ltd e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-82/13.
Partes: *Panasonic Corp. e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo C-172/14.
Partes: *ING Pensii – Societate de Administrare a unui Fond de Pensii Administrat Privat SA/Consiliul Concurenței.*

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-485/11.
Partes: *Akzo Nobel NV e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-465/12.
Partes: *AGC Glass Europe SA e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-436/10.
Partes: *HIT Groep*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-423/10.
Partes: *Redaelli Tecna*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-422/10.
Partes: *Trafilerie Meridionali*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-418/10.
Partes: *Voestalpine e Voestalpine Wire Rod Austria*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-413/10.
Partes: *Socitrel*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-406/10.
Partes: *Emesa-Trefilería e Industrias Galycas*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-398/10.
Partes: *Fapricela*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-393/10.
Partes: *Westfälische Drahtindustrie e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-391/10.
Partes: *Nedri Spanstaal*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-389/10.
Partes: *SLM*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-189/10.
Partes: *GEA Group*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-47/10.
Partes: *Akzo Nobel e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-45/10.
Partes: *GEA Group*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo C-231/14 P.
Partes: *InnoLux Corp.*/Comissão.

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal Geral de 17 de dezembro de 2015, proferido no âmbito dos Processos T-515/13 e T-719/13.
Partes: Reino de Espanha e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 17 de dezembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-242/12.
Partes: *Société nationale des chemins de fer français (SNCF)/*França.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de dezembro de 2015, proferido no âmbito dos Processos T-233/11 e T-262/11.
Partes: República Helénica e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de novembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-541/13.
Partes: *Abertis Telecom, S.A. e o*/Comissão

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de novembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-487/13.
Partes: *Navarra de Servicios y Tecnologías, S.A.* /Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de novembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-465/13.
Partes: *Comunidad Autónoma de Cataluña, Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació de la Generalitat de Catalunya (CTTI)/*Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de novembro de 2015, proferido no âmbito dos Processos T-463/13 e T-464/13.
Partes: *Comunidad Autónoma de Galicia, Redes de Telecomunicación Galegas RETEGAL, S.A. (RETEGAL)/*Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de novembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-462/13.
Partes: Comunidad Autónoma del País Vasco, Itelazpi, S.A. / Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de novembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-461/13.
Partes: Reino de Espanha/Comissão.

Acórdão do *Tribunal Geral de 12 de novembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-499/12.*
Partes: HSH Investment Holdings Coinvest-C Sàrl e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 29 de outubro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-110/13.
Partes: República da Lituânia/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 28 de outubro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-253/12.
Partes: *Hammar Nordic Plugg AB*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de outubro de 2015, proferido no âmbito dos Processos C-352/14 e C-353/14.
Partes: *Juan Miguel Iglesias Gutiérrez e o. /Bankia SA e o.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2015, proferido no âmbito do Processo C-303/13 P.
Partes: Comissão/*Jørgen Andersen.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 2015, proferido no âmbito do Processo C-66/14.
Partes: *Finanzamt Linz/Bundesfinanzgericht, Außenstelle Linz.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de outubro de 2015, proferido no âmbito do Processo C-357/14 P.
Partes: *Electrabel SA e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 24 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-674/11.
Partes: *TV2/Danmark A/S*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 24 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-125/12.
Partes: *Viasat Broadcasting UK Ltd*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 18 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-1/08 INTP.
Partes: *Buczek Automotive*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 18 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo T-421/07 RENV.
Partes: *Deutsche Post*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo C-367/14.
Partes: Comissão/Itália.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo C-33/14 P.
Partes: *Mory SA e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo C-105/14 (a título prejudicial).
Partes: *Taricco e o.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo C-89/14.
Partes: *A2A SpA/Agenzia delle Entrate.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo C-39/14 (a título prejudicial).
Partes*: BVVG Bodenverwertungs- und –verwaltungs GmbH.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo C-63/14.
Partes: Comissão / França.

Acórdão do Tribunal Geral de 2 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-425/04 RENV.
Partes: França/Comissão.

Procedimento Administrativo

Acórdão do Tribunal Geral de 15 de julho de 2015, proferido no âmbito do Processo T-462/12.
Partes: *Pilkington Group Ltd*/Comissão.

BIBLIOGRAFIA

Novidades Bibliográficas

NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS

elaborado por Catarina Anastácio

CONCORRÊNCIA – ESTRANGEIRA

Antonio Bavasso/Lousie Tolley (eds.) – *Butterworths Competition Law Handbook*, 26th ed., London: Butterworths Law, 2015.

Calixto Salomão Filho – *Monopolies and Underdevelopment: From Colonial Past to Global Reality,* Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015.

Caron Beaton-Wells/Christopher Tran (eds.) – *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age: Leniency Religion,* Oxford/Portland: Hart Publishing, 2015.

Christopher Bovis – *EU Public Procurement*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2015.

Competition Policy and Consumer Rights of the Committee on the Judiciary United States Senate Subcommittee on Antitrust – *Cartel Prosecution: Stopping Price Fixers and Protecting Consumers*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.

Conor Quigley – *European State Aid Law and Policy*, 3rd ed., Oxford/Portland: Hart Publishing, 2015.

Daniel Gore/Stephen Lewis/Andrea Lofaro/Frances Dethmers – *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Deven R. Desai/Ioannis Lianos/Spencer Weber Waller (eds.) – *Brands, Competition Law and IP Kindle Edition,* Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Eleanor M. Fox/Harry First Nicolas Charbit/Elisa Ramundo (eds.) – *Antitrust in Emerging and Developing Countries,* Institute of Competition Law, 2015.

Eleonora Poli – *Antitrust Institutions and Policies in the Globalising Economy*, London: Palgrave Macmillan, 2015.

Eytan Epstein/Tamar Dolev-Green – *Competition Law in Israel*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015.

Georgeta Dinu/Adelina Roman/Marius Stefana/Radu Tufescu – *Competition Law in Romania*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015.

Herbert Hovenkamp – *Black Letter Outline on Antitrust,* 6th ed., St. Paul Minnesota, West Academic Publishing, 2015.

Herbert Hovenkamp – *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice*, 5th ed., St. Paul Minnesota, West Academic Publishing, 2015.

Ioannis Lianos/Peter Davis/Paolisa Nebbia – *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law,* Oxford: Oxford University Press, 2015.

Jacques Buhart (ed.) – *Leniency Regimes: Jurisdictional and Institutional Comparisons*, 5th ed., The European Lawyer, 2015.

Jacques Derenne/Paul Nihoul/Christophe Verdure/Anne-Marie van den Bossche – Sourcebook on EU Competition Law, Bruxelles: Larcier, 2015.

Josef Drexl/Fabiana Di Porto – *Competition Law as Regulation*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015.

Juan Jorge Piernas Lopez –*The Concept of State Aid Under EU Law: From Internal Market to Competition and Beyond*, Oxford: Oxford University Press, 2015.

Kirsty Middleton – *Blackstone's UK & EU Competition Documents*, 8th ed., Oxford: Oxford University Press, 2015.

Laura Elizabeth John/Jon Turner – *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*: Second Supplement to the Seventh Edition 2 Sup Edition, Oxford: Oxford University Press, 2015.

Lawrence Sullivan/Warren Grimes/Christopher Sagers – *The Law of Antitrust, An Integrated Handbook*, 3rd ed., St. Paul Minnesota, West Academic Publishing, 2015.

Lúcio Tomé Feteira –*The Interplay between European and National Competition Law after Regulation 1/2003: "United (Should) We Stand?"*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015.

Marc van der Woude/Christopher Jones – *EU Competition Law Handbook*, London: Sweet & Maxwell, 2015.

Maria Ioannidou – *Consumer Involvement in Private EU Competition Law Enforcement*, Oxford: Oxford University Press, 2015.

Massimo Merola/Nicolas Petit/Jose Rivas (eds.) – *10 Years of Regulation 1/2003: Challenges and Reform: GCLC Annual Conference Series*, Bruxelles: Bruylant, 2015.

Michal S. Gal/Mor Bakhoum/Josef Drexl/Eleanor M. Fox/David J. Gerber – *Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their Implications for Competition Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015.

Nicolas Charbit/Elisa Ramundo (eds.) – *Competition Case Law Digest – A synthesis of EU and national leading cases*, Institute of Competition Law, 2015.

Paul Nihoul/Tadeusz Skoczny – *Procedural Fairness in Competition Proceedings,* Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015.

Philip Andrews/David McFadden/Paul Gorecki – *Modern Irish Competition Law*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015.

Pradeep S. Mehta – *Evolution of Competition Laws and their Enforcement: A Political Economy Perspective*, London: Routledge, 2015

Sari Hiltunen/Petri Kuoppamaki/Anne Laine – *Competition Law in Finland*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015.

Sinead Eaton/Patrick O'Brian – *Competition Law in Ireland*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015.

Susan M. Hutton – *Competition Law in Canada*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015.

Tiancheng Jiang – *China and EU Antitrust Review of Refusal to License IPR*, Antwerpen: Maklu, 2015.

Valerio Torti – *Intellectual Property Rights and Competition in Standard Setting: Objectives and tensions*, London: Routledge, 2015.

Vivien Rose/David Bailey (eds.) – *Bellamy & Child 2015 Pack*, 9th ed., Oxford: Oxford University Press, 2015.

NOTAS CURRICULARES

ANGÉLICA RODRIGUES DA SILVEIRA
Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (2009), mestranda do curso de mestrado científico em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Defensora Púbica do Estado do Rio de Janeiro (Brasil) desde 2010.

Angélica Rodrigues da Silveira is graduated in Law from the Federal University of Rio de Janeiro Law School (2009), attends the Master in Criminal Law at the University of Lisbon Law Faculty and Public Defender of the Rio de Janeiro State (Brazil) since 2010.

ANTÓNIO FERREIRA GOMES
Presidente da Autoridade da Concorrência desde setembro de 2013. Foi especialista principal de concorrência na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico – OCDE (2013), Diretor do Departamento de Controlo de Concentrações da Autoridade da Concorrência (2007-2013), e Economista Sénior da Autoridade da Concorrência (2005-2007). Professor auxiliar do Departamento de Economia, Gestão e Engenharia Industrial da Universidade de Aveiro, desempenhou ainda as funções de diretor em exercício da licenciatura em Economia (2004) e de vice-diretor da mesma (2001--2005) e foi assistente do Departamento de Economia, Gestão e Engenharia Industrial (1999-2005) naquela universidade. Foi também Assistente do Departamento de Economia (*Graduate Teaching Assistant – Teaching Fellow*) na Universidade de York, no Reino Unido (1997-1998). É licenciado em Economia pela Universidade de Coimbra (1995), *master* (M.Sc.) em Economia pela Universidade de York (1997), Mestre em Economia pela Universidade Nova de Lisboa (1998) e doutorado em Economia pela Universidade de York (2005).

António Ferreira Gomes is President of the Portuguese Competition Authority, having taken office on September 2013. Previously, he was a Senior Competition Expert at the OECD (2013), Director of the Merger Department of the Portuguese Competition Authority, (2007-2013), Senior Economist at the Portuguese Compe-

tition Authority, (2005-2007), Acting Director of the Undergraduate Degree in Economics at the University of Aveiro (2004), as well as its Deputy Director (2001-2005), Lecturer in the Department of Economics, Management and Industrial Engineering of the University of Aveiro (1999-2005) and Graduate Teaching Assistant (Teaching Fellow) in the Economics Department of the University of York (1997-1998). He holds an undergraduate degree in Economics from the University of Coimbra (1995), a MSc. in Economics from the University of York (1997), a Masters in Economics from the Nova University of Lisbon (1998) and a PhD in Economics from the University of York (2005).

DANIEL DIAMANTARAS DE FIGUEIREDO
Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) em 2007. Mestrando em ciências jurídico-criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro (desde 2008).

Daniel Diamantaras de Figueiredo is graduated in Law from the Federal University of Rio de Janeiro Law Faculty (2007), attends the Master in Criminal Law at the University of Lisbon Law Faculty and is a Public Defender of the Rio Janeiro State (Brazil) since 2008.

EVA LOURENÇO
Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2014).

Master's student in Criminal Law at the University of Lisbon School of Law. Graduated in Law from the University of Coimbra Law School (2014).

FELIPE SOARES TAVARES MORAIS
Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (2004), mestrando do curso de mestrado científico em ciências jurídico-criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro (Brasil) desde 2008.

Felipe Soares Tavares Morais is graduated in Law from the Fluminense Federal University Law School (2004), attends the Master in Criminal Law at the University of Lisbon Law Faculty and is a Public Prosecutor of the Rio de Janeiro State (Brazil) since 2008.

INÊS SERRANO DE MATOS

Licenciada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa (2009), instituição pela qual é também Mestre em Direito das Empresas e dos Negócios (2011). Em 2014 iniciou o seu doutoramento em Ciências Jurídico-Empresariais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra ("FDUC"), tendo sido admitida à preparação da dissertação. Iniciou a carreira de advogada em 2010 e é Assistente Convidada da FDUC desde 2013 (Secção de Ciências Jurídico-Económicas). Ao longo do seu percurso académico recebeu vários prémios e bolsas e em 2012 foi-lhe atribuído o prémio "DSR/Almedina", instituído pela "Direito das Sociedades em Revista (DSR)" e pela editora "Almedina". É autora de vários artigos científicos na área do direito das sociedades e dos valores mobiliários, lecionando sobre temas relacionados em instituições públicas e privadas. É membro do Instituto Jurídico da FDUC e bolseira da Fundação Rangel de Sampaio.

Ines Serrano Matos graduated in Law from the Portuguese Catholic University (2009), an institution for which she is also Master in Corporate Law and Business (2011). In 2014 she started her PhD in Corporate Law at the Faculty of Law, University of Coimbra and was admitted to the preparation of the doctoral thesis. She started her career as a lawyer in 2010 and is a Teaching Assistant at the foresaid Faculty of Law since 2013 (Business Law). Throughout her academic career, she received several awards and scholarships and was awarded with the "DSR/Almedina" prize, established by the review "Direito das Sociedades em Revista ("DSR")" and the publisher "Almedina". She is the author of several scientific articles in the area of corporate law and securities law, and has been teaching on related subjects in public and private institutions. She is a member of the University of Coimbra Institute for Legal Research and a grantee of the "Fundação Rangel de Sampaio".

JOÃO ANDRADE NUNES

Militar nos quadros permanentes da Marinha Portuguesa – Banda da Armada. Licenciado em Música pela Escola Superior de Música de Lisboa. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Assistente de investigação no CIDP (Centro de Investigação de Direito Público). Aluno do mestrado científico em História do Direito Português na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

João Andrade Nunes is an officer in the Portuguese Navy – Navy Band. He holds a degree in Music from the Lisbon Music College, and a degree in Law from the University of Lisbon Law School. He is a research assistant at the Centre for

Public Law Research. He is a Masters candidate in History of Portuguese Law at the University of Lisbon Law School.

JOÃO VIEIRA DOS SANTOS
Licenciado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2012), Mestre em Direito e Gestão na Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito – Escola do Porto (2014) e Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Advogado-Estagiário na Pacheco de Amorim, Miranda Blom & Associados, Sociedade de Advogados, RL.

João Vieira dos Santos is graduted in Law at University of Porto Law School (2012), Master in Law and Management at Universidade Católica Portuguesa – Law School of Porto (2014) and Ph.D. Student of Law at University of Porto Law School. Trainee Lawyer at Pacheco de Amorim, Miranda Blom & Associados, Sociedade de Advogados, RL.

LUIS GUILHERME CATARINO
Diretor-Adjunto na Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. É licenciado em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) e Mestre em Ciências do Direito Público e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), com uma tese sobre regulação jurídico-económica. Tem artigos publicados no âmbito da colaboração e lecionação nos seminários de Pós-Graduação do Instituto de Valores Mobiliários da FDUL (mercados financeiros), do CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da FDUC (regulação jurídico-económica), e da UAL – Universidade Autónoma de Lisboa (Direito Constitucional da Economia e das Sanções Administrativas, e Direito Internacional Público).

Luís Guilherme Catarino is Deputy Director at the Portuguese Securities Market Commission. He is graduated in Law from the University of Lisbon Law School (FDUL), and holds a Master in Law and a PhD from the University of Coimbra Law School (FDUC), having defended a thesis on Regulation Law & Economics. He has several papers published in the framework of his collaboration in postgraduate seminars on financial markets with the IVM (FDUL), on Regulation Law & Economics with the CEDIPRE – Center for Studies in Public Law and Regulation (FDUC), and on Constitutional Law of Economic Regulation and Administrative Sanctions and Public International Law with the UAL.

MARGARIDA CALDEIRA
Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada Estagiária na Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.
Margarida Caldeira is graduated in Law at University of Coimbra Law School (FDUC) and is currently undertaking a Master's Degree in Criminal Law at University of Lisbon Law School (FDUL). Trainee Lawyer at Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.

MARGARIDA REIS
Juíza de direito no tribunal tributário de Lisboa, exercendo presentemente as funções de docente de direito tributário do Centro de Estudos Judiciários (CEJ). No Tribunal Tributário de Lisboa integrou a equipa extraordinária de juízes tributários, criada com a missão de movimentar os processos fiscais de valor superior a um milhão de euros (pela Lei n.º 59/2011, de 28 de novembro). Foi juíza de direito no Tribunal Administrativo e Fiscal de Lisboa, na área administrativa, e anteriormente exerceu funções como técnica superior no Grupo de Urbanismo e Planeamento Municipal no Laboratório Nacional de Engenharia Civil (LNEC). Tem artigos publicados sobre temas de direito fiscal e é coautora do livro "Recursos no Contencioso Tributário", publicado pela editora Quid Juris.

Margarida Reis is a judge of Lisbon's Tax Court and a trainer judge at the Centre for Judicial Studies (CEJ). At Lisbon's Tax Court, she was part of the task force of tax judges, entrusted with ruling on tax claims worth more than one million euros (created by Law No. 59/2011, of November). Before that she was a judge at Lisbon's administrative court. Prior to her judicial career she worked in the National Civil Engineering Laboratory's (LNEC) town and country planning research team. She has published papers on tax law topics and is co-author of the book "Appeals in Tax Litigation", published by Quid Juris.

STEPHEN MASON
Advogado e membro associado do *Institute of Advanced Legal Studies* em Londres. É autor e editor de vários livros. Foi o fundador do jornal internacional de acesso livre *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, que se tornou uma referência para juízes, advogados e investigadores.

Stephen Mason is a barrister and an Associate Fellow at the Institute of Advanced Legal Studies in London. He is the author and general editor of several books. He founded the international open source journal Digital Evidence and Electronic Signature Law Review, which has become an international focal point for judges, lawyers and researchers.

Colaboração com a

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos, estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.

2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.

3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em português, espanhol, francês ou inglês, sendo publicados na língua em que foram redigidos. Em casos excecionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo então o Autor indicar onde foram publicados anteriormente.

4. Os textos devem estar formatados em *Word* e não exceder, em regra, 70 mil caracteres (incluindo espaços). Devem também ser acompanhados de um resumo ("*abstract*"), com um máximo de 100 (cem) palavras, em inglês.

5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 carateres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço eletrónico.

6. A informação sobre as normas formais aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico revista@concorrencia.pt.

7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico revista@concorrencia.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Catarina Anastácio.

8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

Collaboration with

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers, studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.

2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.

3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in the original language. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances the Author will be required to indicate where the paper has been published previously.

4. Texts must be processed in Word, should not exceed 70,000 characters (including spaces) and must also be accompanied by an abstract, with a maximum of 100 words, in English.

5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.

6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, by contacting revista@concorrencia.pt.

7. Contributions must be sent in digital format to the email address revista@concorrencia.pt or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Ms. Catarina Anastácio.

8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

ÓRGÃOS SOCIAIS

DIREÇÃO
Paulo de Sousa Mendes/Miguel Sousa Ferro

CONSELHO CIENTÍFICO
Presidentes: António Ferreira Gomes/Eduardo Paz Ferreira

Membros:
António Avelãs Nunes
António Menezes Cordeiro
Augusto Silva Dias
Barry Hawk
Bernardo Feijóo Sánchez
Bo Vesterdorf
Carlos Pinto Correia
David Gerber
Diogo Rosenthal Coutinho
Donald Baker
Douglas Rosenthal
Eleanor Fox
Fernando Borges Araújo
Fernando Herren Aguillar
Francisco Marcos
Floriano Marques
François Souty
Frederic Jenny
Geraldo Prado
Gerhard Dannecker
Germano Marques da Silva
Giorgio Monti
Harry First
Heike Schweitzer
Ioannis Kokkoris
João Ferreira do Amaral
Jorge Braga de Macedo
Jorge de Figueiredo Dias
José António Veloso
José Danilo Lobato
José Luís da Cruz Vilaça
José de Faria Costa
José de Oliveira Ascensão
José Lobo Moutinho
José Manuel Sérvulo Correia
Jürgen Wolter
Keiichi Yamanaka
Klaus Rogall
Laurence Idot
Luís Cabral
Luís Greco
Manuel da Costa Andrade
Manuel Lopes Porto
Marco Bronckers
Maria Fernanda Palma
Mark Zöller
Miguel Moura e Silva
Miguel Nogueira de Brito
Miguel Poiares Maduro
Nicolas Charbit
Oswald Jansen
Patrick Rey
Paulo Câmara
Paulo de Pitta e Cunha
Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos
Pedro Pitta Barros
Peter Freeman CBE, QC
Philip Marsden
Piet Jan Slot
René Smits
Richard Wish
Rosa Greaves
Vasco Pereira da Silva
Vito Tanzi
William Kovacic
Wouter Wils

CONSELHO CONSULTIVO
João E. Gata/Jorge Simões/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO REDATORIAL
Presidente: Catarina Anastácio

Comissão Coordenadora:
Cristina Camacho
Fernando Pereira Ricardo
João Cardoso Pereira
José Renato Gonçalves
Luís Vale Lima
Nazaré da Costa Cabral
Ricardo Bayão Horta
Vítor Miguel Lourenço

Editores:
Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado
Carlos Pinto Correia/João E. Gata

Concorrência – Práticas restritivas
Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

Concorrência – Auxílios de Estado
Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

Concorrência – Concentrações
Margarida Rosado da Fonseca

Autoridades reguladoras
João Miranda

Direito contraordenacional e processual penal
Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Economia
António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

Água e resíduos
João Miranda

Ambiente
Carla Amado Gomes

Aviação civil
António Moura Portugal

Comércio, consumo e concorrência desleal
Teresa Moreira

Contratação pública
Nuno Cunha Rodrigues

Energia
Gonçalo Anastácio

Financeiro
Luís Máximo dos Santos/Rute Saraiva

Transportes terrestres e marítimos
Tânia Cardoso Simões

Saúde
Nuno Castro Marques

Secretariado Executivo:
Manuela Oliveira
Natália Leite

ALMEDINA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

DIREÇÃO:
LUÍS SILVA MORAIS
PAULO DE SOUSA MENDES

CUPÃO DE ASSINATURA

NOME

MORADA

CÓD. POSTAL – LOCALIDADE

TELEFONE Nº CONTRIBUINTE

PROFISSÃO

EMAIL

4 NÚMEROS AVULSO **€100**

ASSINATURA (4 NÚMEROS/ANO) **€90** (DESCONTO DE **10%**)
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLUÍDOS

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA
DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO (4 NÚMEROS) DO ANO 2 0

DATA – –

ASSINATURA

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA
ASSINATURA DA REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO – JOAQUIM MACHADO, S.A.,
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net

ALMEDINA

MULTIBANCO
movimenta a vida

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRECTO (ADC)

ENTIDADE | 1 | 0 | 6 | 4 | 4 | 4 | NÚMERO DE AUTORIZAÇÃO | | | | | | | | | | | | |

Na rede Multibanco poderá definir: A Data de expiração da autorização | O montante máximo de débito autorizado

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO EM CONTA PARA DÉBITOS DIRECTOS

NOME

EMAIL

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES ALMEDINA SA

IBAN/NIB: PT 50

CONTRIBUINTE FISCAL

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

DATA – –

BENS/SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE[1]	INICIA A MÊS	INICIA A ANO	TERMINA A MÊS	TERMINA A ANO

[1] REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

PROCEDIMENTOS

· Preencher completamente e assinar Autorização de Débito, de acordo com a ficha de assinatura de Banco. No caso de ser empresa carimbar ADC com carimbo da empresa.
· Remeter a ADC para:
EDIÇÕES ALMEDINA SA, Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para sdd@almedina.net.
· Qualquer alteração que pretenda efectuar a esta autorização bastará contactar as EDIÇÕES ALMEDINA SA por qualquer forma escrita
· Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradecemos informação escrita sobre as alterações efectuadas.
· Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/serviços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s)
· Dos pagamentos que vierem a ser efectuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

INFORMAÇÕES

Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efectuar as seguintes operações:
· Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
· Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
· Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor, conferir, através de procedimentos electrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: sdd@almedina.net