

O REGIME DAS AVERIGUAÇÕES PRELIMINARES NO CÓDIGO DOS VALORES MOBILIÁRIOS DE 1999* **

Bruno Vinga Santiago***

I – OBJECTO DE ESTUDO

1. As averiguações preliminares e o Processo Penal.

O regime das averiguações preliminares surge, no figurino do CdVM, como um processo de natureza administrativa, pelo menos de um ponto de vista subjectivo. É o que resulta de uma leitura transversal da secção III, do capítulo II, do título VIII do CdVM e, em especial do seu artigo 384º e do artigo 9º/q) do Estatuto da Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários (aprovado pelo decreto-lei nº 473/99 de 8/11). De um ponto de vista objectivo-material já as dúvidas começam a inundar o espírito do intérprete. Terá este “processo” natureza administrativa? Ou processual penal? Ou, talvez nenhuma das duas? Sem querer antecipar um tópico que será tratado *infra* em capítulo autónomo, sempre direi que, para o que agora nos interessa, estamos numa fase pré-processual penal. Como dispõe o artigo 386º do CdVM “concluído o processo de averiguações preliminares e obtida a notícia de um crime, o conselho directivo da CMVM remete os elementos relevantes à autoridade judicial competente” que – acrescentamos nós – procede à abertura do inquérito.

O inquérito é, em termos estritamente formais, a primeira fase do processo penal, sem obliterar o facto de o processo penal em sentido amplo ter vindo a antecipar a sua entrada em cena a momentos prévios à comissão do delito como atestam as “acções de prevenção” previstas no artigo 1º da Lei 36/94 de 29/9. A sua direcção cabe ao

* Este texto tem por base o trabalho final apresentado na Pós-Graduação em Direito Penal Económico e Europeu na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra orientado pelo Mestre Frederico de Lacerda da Costa Pinto.

** O Código dos Valores Mobiliários (CdVM) foi aprovado pelo artigo 1º do decreto-lei nº 486/99 de 13 de Novembro tendo-se estabelecido uma *vacatio legis* até 1 de Março de 2000 (em relação à maior parte do diploma) conforme dispõe os artigos 2º e seguintes do referido decreto-lei.

O código anterior denominava-se Código do Mercado de Valores Mobiliários (CdMVM) enquanto que o actual adoptou a designação mais genérica de Código dos Valores Mobiliários (CdVM). Esta alteração ficou-se a dever – tal como se explicita no decreto-lei 486/99 – ao facto de o âmbito de aplicação material do código exceder o regime dos mercados de valores mobiliários, para além de se intensificar a relação entre o âmbito de aplicação do código e o conceito de valor mobiliário.

*** Advogado Estagiário na Sociedade de Advogados *Morais Leitão, J. Galvão Teles & Associados*.

Ministério Público¹ que pratica os actos e assegura os meios de prova necessários à investigação da existência de um crime e à determinação dos seus agentes, sem prejuízo dos actos a praticar, ordenar ou autorizar pelo juiz de instrução e dos actos que podem ser delegados nos órgãos de polícia criminal, nos termos dos artigos 268º a 270º do Código de Processo Penal (CPP).

Sendo que as averiguações preliminares visam “apurar a possível existência da notícia de um crime” (artigo 383º/2 do CdVM) como conciliar esta finalidade com a já referida função do inquérito no processo penal? À primeira vista poder-se-ia dizer estarmos aqui perante duas fases substancialmente idênticas e, por isso, desnecessária seria a consagração de uma delas em nome da simplificação processual. Mas as averiguações preliminares não constituem um inquérito com a particularidade de serem dirigidas por um órgão da administração. Elas constituem, isso sim, um *filtro técnico especializado*; permitem “que a investigação criminal posterior se concentre no essencial e evita que sejam remetidos para investigação criminal elementos sem viabilidade técnica no âmbito dos crimes contra o mercado. Nesse sentido, trata-se de uma solução conforme ao princípio da subsidiariedade da intervenção penal (artigo 18º, nº2 da Constituição) que potencia a eficiência da actuação das instâncias de investigação criminal e obsta a que o cidadão seja desnecessariamente objecto de um processo criminal à partida votado ao insucesso por razões técnicas”².

Parafraseando FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO “a figura das “averiguações preliminares” constitui uma especialidade da criminalidade económica e financeira”³. Os crimes contra o mercado não constituem ilícitos facilmente identificáveis, antes requerem uma análise de aspectos jurídico- -económicos, nomeadamente o cruzamento de dados contabilísticos e financeiros, para além de

¹ O Ministério Público é, como resulta do artigo 219º/4 da Constituição da República Portuguesa (CRP), uma magistratura responsável e hierarquicamente subordinada e é considerada uma autoridade judiciária nos termos do artigo 1º/1-b) do CPP.

² Frederico de Lacerda da COSTA PINTO, *A Supervisão no Novo Código dos Valores Mobiliários*, in *Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários*, nº 7, pág. 103. Cfr., também, do mesmo Autor, a recente monografia vinda a lume: *O novo regime dos crimes e contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários*, Almedina, 2000, pág. 106. Esta obra condensa em relação a algumas matérias o pensamento do autor já explanado noutras sedes (sobretudo em conferências proferidas no âmbito da divulgação do novo CdVM) que até aqui encontrava-se disperso.

Na lei italiana o respectivo regime de averiguações é obrigatório e a imagem do filtro é utilizada no sentido de evitar que cheguem ao MP denúncias temerárias ou com o intuito de denegrir a imagem de alguém, v. FRANCESCO MUCCIARELLI, *Speculazione Mobiliare e Diritto Penale*, Milano, Giuffrè, 1995, pág. 252 e Luis ARROYO ZAPATERO *El abuso de informacion privilegiada en el derecho español*, pág. 21, documento sem data e sem local.

³ *A supervisão...*, pág. 102.

conceitos técnicos que integram o tipo-de-ilícito⁴ e que reclamam a intervenção de uma autoridade especializada numa tarefa redutora da complexidade.⁵

Nesta secção avulta ainda referir como ponto de capital importância a necessária e fomentada (já desde o Código do Mercado de Valores Mobiliários de 1991 e agora mais enfatizada e desenvolvida, *vide*, por exemplo, artigos 353º/2; 355º e 373º e sgs. do CdVM e artigo 4º/2 do Estatuto da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários) *cooperação* entre órgãos encarregues de proceder à investigação de ilícitos criminais relacionados com valores mobiliários. De facto, face à complexidade e crescente internacionalização que estes fenómenos têm vindo a assumir, a troca de informações entre as autoridades de supervisão dos diferentes países, por um lado e as autoridades de investigação criminal nacionais e internacionais (a Interpol, por exemplo) por outro, tem-se revelado de uma utilidade extrema para detectar e desmascarar organizações criminosas também elas ultrapassando as mais das vezes as fronteiras territoriais dos estados. Esta é aliás a orientação já estabelecida nos artigos 8º/2 e 10º da Directiva 89/592/CEE de 13 de Novembro relativa à coordenação das regulamentações respeitantes às operações de iniciados⁶.

Exemplificando o que ficou dito vem a talho de foice referenciar uma notícia veiculada no “jornal da noite” da RTP1 no dia 15/6/2000 e relativa à integração das organizações criminosas tradicionais na nova criminalidade económica-financeira: as quatro principais famílias mafiosas de Nova York corromperam quase por completo a bolsa de *Wall Street* manipulando o preço das cotações das acções. No âmbito desta investigação – que envolveu cerca de seiscentos agentes do FBI! – foram detidas mais de cem pessoas, entre advogados, corretores e gestores de empresas.

A criminalidade organizada tem o condão de constantemente se reinventar e adaptar às novas realidades económico-sociais o que dificulta a investigação criminal que,

⁴ Sobre o tipo-de-ilícito, Jorge FIGUEIREDO DIAS e Manuel da COSTA ANDRADE, *Direito Penal. Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, fascículos em curso de publicação, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1996, pág. 259 e sgs. Sobre a construção do tipo-de-ilícito no Direito Penal Económico, José de FARIA COSTA, *Elementos para uma doutrina geral da infracção do direito penal económico, Nótulas pessoais para o 3º Curso de Pós-graduação em Direito Penal Económico e Europeu – ano de 1999*, Secção de textos das Pós-graduações, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, págs. 7 e 8.

⁵ Não obstante o Departamento de Investigação e Acção Penal de Lisboa conter já uma secção especializada para onde são encaminhados os ilícitos contra o mercado dos valores mobiliários. Sobre o que foi dito e outros pontos ligados com a experiência (com dados estatísticos até 1998) da investigação e julgamento destes crimes, PEDRO VERDELHO e PAULA PEDROSO, “Crimes no Mercado de Valores Mobiliários. As primeiras experiências” *in Revista do Ministério Público*, nº 75 (1998), págs. 115 a 137.

⁶ Sobre a referida Directiva, KLAUS HOPT, *The european insider dealing directive 27*, Common Market Law Revue, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, pág. 77. Segundo este reputado Autor a Directiva vai ao ponto de exigir a colaboração entre as entidades supervisoradoras dos diferentes Estados mesmo que no Estado ao qual a informação é requerida o comportamento não seja considerado *insider dealing*.

por sua vez, também tem que adaptar as suas estruturas e metodologias a estas novas e sub-reptícias manifestações criminosas.

A cooperação que temos vindo a aludir não deve operar só a nível internacional, mas sim e sobretudo, dentro das fronteiras de cada território pois o fenómeno que se pretende combater e julgar tem ainda, nos dias de hoje, uma natureza essencialmente doméstica. É no seio de cada país que existem actualmente organismos autónomos com poderes de polícia administrativa e com o poder-dever de supervisionar certas actividades consideradas vitais para a realização do Estado-de-Direito. O surgimento destes organismos deve-se a uma política de desconcentração administrativa que tem por escopo evitar a burocratização, aproximar os serviços das populações e assegurar a participação dos interessados na *res publica*, como estabelece o artigo 267º da Constituição (CRP).

Os poderes de supervisão de índole preventiva que serão tratados *infra* têm que ser compatibilizados com a investigação criminal de natureza repressiva. Este imperativo deve-se, desde logo, para protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos perante intromissões abusivas da administração e, também, por motivos de eficiência e economia de meios de modo a que o trabalho realizado a montante da acção criminosa seja também aproveitado a jusante. É também esta a orientação da directiva já referida que dispõe no seu artigo 8º/2: “Para que possam cumprir a sua missão, as autoridades competentes devem ser dotadas da competência e dos poderes de controlo e averiguação necessários, *se necessário em colaboração com outras autoridades*” (o itálico é nosso).

Como nota COSTA PINTO “entre os factos que podem ter relevância criminal e as autoridades judiciárias que dirigem funcionalmente a investigação encontram-se por vezes autoridades administrativas, com um conjunto de atribuições e competências legais que interferem, entre outros aspectos, com a forma como se conhecem esses factos e se recolhe prova sobre os mesmos, sem que tais entidades sejam, em regra, consideradas órgãos de polícia criminal.”⁷ É esta harmonização e articulação entre a autoridade de supervisão – a CMVM – órgãos de polícia criminal e autoridades judiciárias que, para o Autor por último citado, constitui a pedra angular da consagração do novo regime das averiguações preliminares⁸.

E é também este escopo que NUNO SÁ GOMES visa, se bem que num contexto não inteiramente coincidente, quando diz que “não faria sentido que corressem, concomitantemente, dois processos de investigação preparatória dos mesmos crimes

⁷ Frederico de Lacerda da COSTA PINTO, *O novo regime ...*, pág. 103.

fiscais, conduzidos autonomamente por duas autoridades instrutórias independentes, com a consequente duplicação inútil de provas, conduzindo eventualmente a resultados contraditórios entre si”⁹.

2. As averiguações preliminares dentro dos poderes de supervisão da Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários.

Antes de proceder à compreensão dos poderes de supervisão que a CMVM goza importa atermo-nos, por breves momentos, na indagação do que é a CMVM.

Esta é, segundo o artigo 1º do Estatuto da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, “uma pessoa colectiva de direito público dotada de autonomia administrativa e financeira e de património próprio.” Segue-se o artigo 2º/2 que estipula que a CMVM está sujeita à tutela do Ministro das Finanças e o artigo 4º que fixa as suas atribuições. Através destes artigos podemos já tentar assentar algumas ideias sobre o que seja esta entidade. Na verdade – e apesar dos conceitos operatórios do direito administrativo sofrerem algumas nuances no âmbito do direito administrativo financeiro – a CMVM faz parte da *administração indirecta* do Estado, i. é., uma modalidade de organização do Estado em que o Governo cria certos entes públicos para prosseguirem interesses públicos sob a sua orientação. De acordo com a Lei Fundamental – artigo 199º/d) da CRP - sobre a CMVM, bem como sobre a restante administração indirecta estadual, dispõe o Governo de poderes de superintendência e tutela. Sendo que, abreviadamente, por superintendência entende-se o poder conferido ao Estado de definir os objectivos e guiar a actuação das pessoas colectivas públicas de fins singulares colocadas por lei na sua dependência, enquanto que a tutela, por sua vez, é comumente caracterizada como o poder que permite ao Estado controlar, segundo critérios de legalidade, a actividade dos entes autónomos¹⁰.

Nesta sede – a da natureza jurídica das entidades administrativas – a doutrina tende ainda a debruçar-se sobre a questão de saber se estamos também perante autoridades administrativas autónomas e independentes. Esta averiguação excede manifestamente os objectivos deste trabalho, por isso não a trataremos¹¹.

⁸ *Últ. Ob. Cit.*, pág. 103.

⁹ Nuno SÁ GOMES, *O processo penal fiscal de averiguações como condição de procedibilidade dos actos de inquérito do Ministério Público, relativos a crimes fiscais não aduaneiros* Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais, Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, pág. 9 e ss.

¹⁰ Sobre estes conceitos e sobre a organização da Administração Pública, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, págs. 567 e sgs.

¹¹ No sentido de que a CMVM se pode considerar uma autoridade administrativa autónoma (e ao que parece também independente – cfr. Artigo 267º/3 da CRP) se bem que no enquadramento do código de

Feita uma sumária caracterização do enquadramento da CMVM na organização da Administração Pública, passemos agora ao tratamento específico dos poderes de supervisão.

O conceito de supervisão está longe de lograr uma definição unívoca na doutrina. O facto deve-se à aplicação do conceito a diferentes ramos do direito público financeiro e à constante mutação (num sentido de harmonização, diga-se) que tem vindo a sofrer¹². Nestes termos, os poderes de supervisão exercidos pelo Banco de Portugal em relação às instituições de crédito previstos no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (artigos 116º e sgs) não coincidem com os consagrados no CdVM para a CMVM.

Esta matéria encontra-se disciplinada no capítulo II do título VII do CdVM. O artigo 358º começa por referir os princípios norteadores da actividade de supervisão. Depois os artigos 362º e 363º estabelecem os dois grandes tipos de supervisão exercida pela CMVM: a supervisão contínua em relação às entidades previstas no artigo 359º e cuja actividade se pode sintetizar nas alíneas do nº 1 do artigo 360º¹³. A supervisão prudencial encontra-se condensada no artigo 363º. O nº 1 refere-se às entidades sujeitas a este tipo de supervisão e o nº 2 aos princípios que orientam esta actividade. Da conjugação destes dois números resulta que esta supervisão ocupa-se do controlo da gestão saudável de entidades consideradas fundamentais, quer do ponto de vista da sua função, quer da massa de investidores que mobilizam e da respectiva solvabilidade e liquidez, i. é., da sua estabilidade e consistência financeira. Ou seja, e por outras palavras, visa tomar medidas de natureza preventiva ou profilácticas com o fim de evitar, em último termo, os denominados riscos sistémicos.

1991, veja-se José NUNES PEREIRA, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Valores Mobiliários e das Empresas de Investimento: Alguns Problemas Actuais*, Boletim de Ciências Económicas da FDUC, 1997, Coimbra, pág. 32.

¹² Para uma informação geral sobre a supervisão bancária veja-se, por exemplo, António MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 1998, págs. 126 e sgs. e José SIMÕES PATRÍCIO, *Aspectos Jurídicos da Supervisão Bancária*, Scientia Iuridica, Tomo XLVIII, 1999, nº277/299. Em relação à supervisão da CMVM se bem que no contexto do CdMVM mas com o tratamento dos principais modelos de supervisão e das tendências a nível europeu, José NUNES PEREIRA, *Ob. Cit.*. Já com referência ao CdVM numa abordagem abrangente da supervisão e onde se fala também da regulação (artigos 369º a 372º) e da cooperação (artigos 373º a 377º), Frederico Lacerda da COSTA PINTO, *A supervisão no novo Código dos Valores Mobiliários*, cit..

¹³ Especial referência merece o nº 2 deste artigo que permite a instrução dos processos da sua competência contra quaisquer pessoas e, não somente as referidas no artigo 359º. Parece-nos ser de incluir aqui as averiguações preliminares ainda que a CMVM não tenha o poder de punir os ilícitos criminais. A questão reside em saber se se pode autonomizar a instrução dos processos da punição das infracções ou se, pelo contrário, este nº2 quando remete para a al. e) do nº 1 está-se a referir somente aos processos cuja instrução e punição caiba à CMVM. A admitir a interpretação no sentido do primeiro termo da alternativa está-se a legitimar que a Comissão – no âmbito das averiguações preliminares – goze dos mesmos poderes quer se trate ou não de pessoas sujeitas à sua supervisão, o que parece ser contrariado pelo artigo 383º/3 e 385º/2 2ª parte.

Reportando-nos agora directamente às averiguações preliminares é de afirmar que este processo deriva dos poderes de supervisão conferidos à CMVM. Sendo que as averiguações preliminares têm por escopo a obtenção da notícia de um crime contra o mercado de valores mobiliários, e que estes são susceptíveis de lesar a confiança dos investidores¹⁴ e a regularidade do funcionamento dos mercados, temos que os princípios conformadores da actividade de supervisão consagrados no artigo 358º enquadram-se perfeitamente nos fins das averiguações preliminares.

O artigo 361º refere as prerrogativas que a lei confere à CMVM para a concretização da actividade de supervisão e que se traduzem em poderes claramente de *ius imperii*, o que decorre do facto da CMVM fazer parte da administração indirecta estadual. Estes poderes devem ser analisados numa relação de complementaridade com o artigo 385º. Assim o nº 1 deste artigo deve ser lido à luz das alíneas a) e b) do nº 2 do artigo 361º. Significa isto que a CMVM, no âmbito das averiguações preliminares, pode solicitar a quaisquer pessoas e entidades sujeitas à sua supervisão todos os esclarecimentos e informações intimando-as para o efeito, quando necessário, não podendo as entidades supervisionadas invocar segredo profissional¹⁵.

O mesmo se diga quando se estiver a proceder a apreensão e inspecção de quaisquer documentos nas instalações de um suspeito da prática de uma infracção caso em que o suspeito fica obrigado a colocar à disposição da entidade de supervisão as instalações de que os seus agentes careçam para a execução dessas tarefas, em condições adequadas de dignidade e eficiência, bem como requerer às autoridades policiais a colaboração que se mostre necessária ao exercício das suas funções, designadamente nos casos de resistência a esse exercício¹⁶ (artigos 361º/2 – c) e d) e 385º/2/3).

Ainda no seio da supervisão importa analisar o artigo 364º que especifica os poderes de fiscalização da CMVM com vista ao cumprimento da lei e dos regulamentos (artigo 360º/1-b)). Para tal desiderato a lei confere o poder de efectuar inspecções (artigo 364º/1-a)) e realizar inquéritos (artigo 364º/1-b)). Esta distinção – como nota COSTA

¹⁴ Ponto interessante de referir levantado na doutrina espanhola, por exemplo pela obra de Diego José GÓMEZ INIESTA, *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 460 é o facto de a intervenção do MP antes da CMVM concluir a sua investigação poder ter um efeito na confiança dos investidores no mercado, só por si mais prejudicial do que o concreto abuso de informação privilegiada cometido.

¹⁵ De notar que o artigo 361º/2-a) apenas não permite a invocação do segredo profissional às “entidades supervisionadas”. Esta expressão não abrange o segredo profissional de advogado que pela sua importância (desde logo social) goza de um regime específico consagrado no Código de Processo Penal e no Estatuto da Ordem dos Advogados (decreto-lei nº 84/84 de 16/3). Sobre o segredo profissional de advogado, por todos, RODRIGO SANTIAGO, *Do crime de violação do Segredo Profissional no Código de 1982*, Almedina, Coimbra, 1992.

¹⁶ Esta matéria será tratada mais detalhadamente *infra*.

PINTO – aparentemente nominal tem na realidade alguma projecção material. “A diferença entre as duas figuras traduz-se no facto de o inquérito destinar-se a averiguar infracções, o que não acontece com as inspecções”¹⁷. O que releva na medida em que os inquéritos têm já na mira determinados suspeitos¹⁸, o que pode não acontecer nas inspecções.

3. O regime das averiguações preliminares no CdMVM de 1991 e a transição para a nova regulamentação.

O CdMVM, no artigo 16º n.º2 alínea b), dispunha: “No exercício dos seus poderes de fiscalização, pode ainda a CMVM realizar inquéritos para averiguação de infracções de qualquer natureza cometidas no âmbito dos mercados de valores mobiliários ou que afectem o seu normal funcionamento, incluindo delitos de manipulação do mercado, abuso de informação, violação de segredo profissional e outros de natureza semelhante.”

Era com base neste artigo que se considerava que o código de 91 já consagrava um regime de averiguações preliminares, embora reconhecidamente incipiente¹⁹. No mesmo sentido pode encontrar-se na exposição de motivos relativa à Lei de autorização da Assembleia da República sobre medidas legislativas no âmbito dos mercados de valores mobiliários e outros instrumentos financeiros a ideia subjacente à nova disciplina legal: “Clarificou-se a regulamentação do designado processo de averiguações a desenvolver pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM). Um processo desta natureza já se encontra actualmente previsto no Código do Mercado de Valores Mobiliários em vigor, embora em termos bastante lacónicos. Optou-se por desenvolver esta figura, procurando garantir a direcção funcional das investigações pelo Ministério Público, acautelando devidamente a situação do arguido e potenciar a eficiência da investigação criminal, através de um conjunto de soluções que permitem uma articulação consistente entre o Ministério Público, titular da acção penal e a CMVM, entidade que

¹⁷ Frederico de Lacerda da COSTA PINTO, *Ult. Ob. Cit.*, pág. 10.

¹⁸ Para uma definição de suspeito, se bem que dentro da lógica sistemática do Processo Penal, artigo 1º/1-e) do respectivo diploma.

²² Em termos semelhantes podemos ler AMADEU JOSÉ FERREIRA, *Direito dos Valores Mobiliários*, sumários das lições dadas ao 5º ano, menções de ciências jurídicas e ciências jurídico-económicas, no ano lectivo de 1997/98, 1º e 2º semestres, AAFDL, Lisboa, 1997, pág 117: “Deixa alguma perplexidade, e é de difícil interpretação, o poder de realizar inquéritos que é conferido à CMVM pelo art. 16º/2/a.”

tem a seu cargo em termos imediatos a tutela do regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros.”²⁰

Por sua vez, a Lei nº 106/99 de 26/7 que autoriza o Governo a tomar medidas legislativas no âmbito dos mercados de valores mobiliários e outros instrumentos financeiros, estabelece nos artigos 1º/a); 2º/b) e 5º os limites da respectiva autorização e dos quais resultou o regime actualmente consagrado.

4. Análise do regime das averiguações preliminares consagrado no CdVM.

O artigo 382º²¹ encabeça a secção relativa às averiguações preliminares e estabelece os modos pelos quais a CMVM obtém a suspeita de se ter cometido um ilícito contra o mercado dos valores mobiliários. Em rigor, não é da verdadeira notícia do crime que se ocupa este artigo. Na realidade e muito embora não haja na doutrina e na jurisprudência um conceito estabelecido sobre o que seja “notícia do crime” o CPP tem um capítulo a abrir o livro VI (com o título “Das fases preliminares”) que se denomina: “Da notícia do crime”. A conclusão que somos levados a tirar da leitura do referido capítulo é que, perante o conhecimento da prática de um crime, o MP abre a fase processual do inquérito, onde vai procurar confirmar o facto ilícito de que teve conhecimento mediante a recolha de prova. Posto isto parece-nos que de verdadeira notícia do crime só poderemos falar no âmbito do artigo 386º quando a CMVM, tendo já procedido às averiguações necessárias para poder afirmar fundadamente que estamos perante um ilícito criminal remete os elementos relevantes²² para o MP abrir inquérito pois, antes, o que há é uma actividade desenvolvida no sentido de obter a notícia do crime. O que ficou dito não deixa, no entanto, de merecer uma ressalva que é quando a dita notícia aparece de tal forma evidente e completa que não é necessário proceder a mais averiguações e à CMVM nada mais resta do que encaminhar os factos para o MP.

²⁰ *Trabalhos Preparatórios do Código dos Valores Mobiliários*, Ministério das Finanças, CMVM, pág. 154

²¹ O corpo de texto do presente artigo refere “o mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros”. Avançar na indagação desta expressão extravasaria claramente os propósitos deste trabalho, no entanto veja-se, se bem que no domínio do código anterior, Carlos OSÓRIO DE CASTRO, *Valores Mobiliários: Conceitos e espécies*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1996, págs. 8, n. 2; 51, n. 72; 59. Em sentido não inteiramente coincidente, Amadeu José FERREIRA, *Ob. Cit.*, págs. 125 e sgs.

²² Por elementos relevantes entende MUCCIARELLI em *Ob. Cit.*, pág. 254 constituírem o substracto objectivo em que deve assentar a notícia do crime, i. é., os elementos que podem servir para comprovar, no caso concreto, o preenchimento dos elementos do tipo. A lei alemã, por seu lado, no artigo 18º refere-se expressamente a factos que sustentem a suspeita de crime contra o mercado.

Quando os factos chegam ao conhecimento da CMVM por uma das vias estabelecidas no número 1 do artigo 382º nenhum problema se coloca²³. Cabe só referir que, no tocante à denúncia, o artigo 317º estabelece um verdadeiro dever jurídico de comunicar em relação aos auditores que prestem serviços a intermediários financeiros. Dever este que em caso de incumprimento por parte dos sujeitos a eles obrigados fá-los incorrer em responsabilidade nos termos do nº 2 do mesmo artigo. O artigo 246º/4 do CPP estabelece que o denunciante pode declarar que deseja constituir-se assistente. É o que também pode acontecer no nosso caso. De resto parece-nos ser de aplicar, com as necessárias adaptações, o preceituado no CPP para a denúncia, nomeadamente o artigo 246º, uma vez que esta lei, pelas garantias que oferece, deve ser vista como lei geral a recorrer em tudo o que não esteja especialmente regulado no presente capítulo – artigo 3º CPP.

Alguns problemas podem, no entanto, levantar-se quando a denúncia é feita directamente ao MP. Deve este reencaminhá-la para a CMVM?

Não se foi tão longe quanto, por exemplo, em Itália, país onde se consagrou uma verdadeira fase prejudicial em relação ao inquérito²⁴. Contudo a doutrina não é pacífica no sentido da admissibilidade desta figura prévia ao processo penal com carácter obrigatório. Assim e por exemplo na doutrina espanhola, ARROYO ZAPATERO manifesta-se contra o sistema de prejudicialidade porque este sistema, ao sujeitar a conduta do acusado da prática do facto ilícito a uma investigação administrativa prévia onde se procura indícios do delito, não concede os direitos de defesa penal ordinários.²⁵ A este propósito importa aqui referir o acórdão 7/87, de 7/1/87, em que o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se, em sede de fiscalização preventiva, sobre a constitucionalidade de algumas normas do então novo CPP. E sobre a apreciação da

²³ Pode até acontecer o caso de o facto ilícito ser susceptível de constituir simultaneamente uma contra-ordenação, caso em que se aplica o artigo 420º e 408º/1 do CdVM.

²⁴ Mesmo entre nós não é novidade uma solução deste tipo, como se pode ver no artigo 42º/2 do Regime Jurídico das Infracções Fiscais não Aduaneiras, aprovado pelo Decreto-Lei 20-A/90 de 15/1 e entretanto revogado pela Lei n.º 15/2001 de 5 de Junho que aprova o novo Regime Geral das Infracções Tributárias. Curiosamente neste novo regime assistimos a uma inflexão de sentido nas soluções que têm vindo a ser consagradas na investigação da criminalidade económico-financeira. Nas palavras do Presidente da Comissão de Revisão, o Prof. Germano Marques da Silva, “inovação de muito relevo é a que respeita ao processo penal. Acabou-se com a fase denominada de «averiguações» no processo penal fiscal, fonte de muitas dúvidas quanto à articulação com os poderes constitucionalmente atribuídos ao Ministério Público” *in* Ministério das Finanças, *Anteprojecto do regime geral das infracções tributárias*, Lisboa 1999, pág 21. Muito embora se preveja a extinção formal da fase das averiguações, materialmente, em termos de investigação, com a delegação dos actos de inquérito na administração tributária, a solução encontrada continua a ser semelhante. Não vemos, pois, como é que a subjugação prática da administração fiscal ao MP irá resolver os problemas de articulação de poderes.

²⁵ Apud GÓMEZ INIESTA, *Ob. Cit.*, pág. 460

constitucionalidade do inquérito²⁶ pode ler-se: “A intervenção do juiz justifica-se para salvaguardar a liberdade e a segurança dos cidadãos no decurso do processo-crime e para garantir que a prova canalizada para o processo foi obtida com respeito pelos direitos fundamentais. Se esses valores forem respeitados *não há obstáculo à admissibilidade de uma «fase pré-processual» ou «extraprocessual»*”²⁷ (o itálico é nosso). As mesmas considerações parecem-nos merecer idêntico cabimento, *mutatis mutandis*, para as averiguações preliminares.

Não terá estado, contudo, totalmente alheada do espírito do legislador um outro acórdão do mesmo tribunal em que se levantou a questão da inconstitucionalidade da investigação criminal antes de haver inquérito. A consagração de uma fase pré-processual penal obrigatória levantaria assim o risco de estar a criar uma inconstitucionalidade que sacrificaria o passo em frente que este diploma representa. Estamos-nos a referir a um acórdão em que o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade de dois artigos do que é actualmente a Lei n.º 36/94 de 29/9 – «Medidas de combate à corrupção e à criminalidade económica e financeira» – em sede de fiscalização preventiva²⁸. Os artigos em questão previam a possibilidade da Polícia Judiciária proceder, *motu proprio*, a actos de investigação criminal em sistema de pré-inquérito relativamente a notícias de factos susceptíveis de constituírem ilícito criminal nas áreas da corrupção e da criminalidade económica financeira. Este tribunal considerou que a actividade processual penal começa com a notícia da existência de uma infracção criminal e que, portanto, a actuação tendente a concretizá-la deverá de imediato ser objecto de inquérito. E sendo esta fase é da competência do MP, está o respectivo processo rodeado das garantias consignadas no artigo 32.º da CRP. Relativamente a uma disposição do diploma em apreço que previa a possibilidade de a Polícia Judiciária proceder à recolha de informação susceptível de legitimar a instauração de procedimento criminal, o tribunal considerou que desequilibraria desrazoavelmente a ponderação meio-fim ínsita na vertente apontada do princípio da proporcionalidade e era susceptível de violar o núcleo essencial do direito fundamental que é o da reserva da intimidade da vida privada, consagrado no artigo

²⁶ O artigo 32.º/4 da CRP estabelece que toda a instrução é da competência do juiz. Ora, sendo o inquérito uma actividade materialmente instrutória, levantou-se a questão da sua constitucionalidade uma vez que este é dirigido por uma magistratura dependente.

²⁷ In José LOBO MOUTINHO, *Direito Processual Penal, (textos de apoio às aulas práticas)*, AAFDL, 1989, pág. 78.

²⁸ Acórdão n.º 456/93, publicado no *Diário da República*, I Série-A, de 9/9/1993

26º/1 da CRP, excessivamente exposto na sua esfera pessoal íntima, por tempo indeterminado e à revelia de qualquer controlo judiciário ou jurisdicional²⁹.

Parece-nos, contudo, que o regime consagrado no CdVM está em abstracto salvaguardado de eventuais inconstitucionalidades desde que a CMVM pautar a sua actuação em concreto com respeito pelos direitos fundamentais não se arrogando detentora de mais poderes do que aqueles que a lei lhe confere. Assim e exemplificando, muito embora não se tenha consagrado um prazo máximo de duração das averiguações preliminares³⁰, o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos e pelos princípios mais elementares decorrentes do Estado de Direito democrático impõem à entidade reguladora dos mercados o dever de não prolongar as averiguações para além do constitucionalmente admissível. O Direito vivo não pode ser considerado estanque nem arreigado à estrita interpretação do conteúdo imediato da lei. O dogma do «*quod non est in codice non est in mundo*» deve-se considerar definitivamente ultrapassado uma vez que nos dias de hoje cada vez mais se reconhece o papel nodal da analogia³¹ e da interpretação conforme aos princípios e à Constituição para salvaguardar o sentido e a validade das leis que são inelutavelmente lacunares e insuficientes.

O desejável, do nosso ponto de vista, teria sido chegar um mais além, consagrando uma verdadeira fase prejudicial em relação à intervenção do MP (pelo menos enquanto não se efectuar uma readaptação do funcionamento e orgânica do MP às realidades hodiernas) à semelhança, aliás, da lei italiana sobre insider trading. Lei esta que consagrou um regime de prejudicialidade, estando o MP obrigado a comunicar ao Presidente da Consob qualquer indício da prática de um ilícito contra o mercado assim que dele tenha tomado conhecimento.

O legislador português revelou, neste ponto, bastante parcimónia e mostrou-se sensível a argumentos de peso como são o facto de se estar a criar uma condição de procedibilidade em crimes públicos, o facto de se estar a consagrar uma fase obrigatória

²⁹ Sobre a tutela deste direito de uma perspectiva civilística, Paulo MOTA PINTO, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, separata do BFDUC, VOL. LXIX, Coimbra 1993, onde se pode ler por exemplo, na pág 566 que “exemplo da realização de interesse legítimo que pode limitar o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é o da *realização da justiça*. No interesse desta, é admissível que ocorram limitações à reserva sobre a intimidade da vida privada, designadamente no quadro de testemunhos, peças processuais ou outras diligências de provas como nos exames a pessoas”.

Sobre a tutela penal do bem jurídico intimidade da vida privada, *vide Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Vol. I, Coimbra Editora, 2000, anotação ao artigo 192º, pelo Prof. COSTA ANDRADE.

³⁰ Cfr., no direito comparado, o artigo 185º/3-a) da lei italiana sobre insider trading - Decreto legislativo nº 58 de 24/2/1998: “Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52”, disponível em www.consob.it.

³¹ Ilustrativo desta corrente é a afirmação de Fernando José BRONZE “(...) o discurso judicativo-decisório é *medularmente analógico* (...)” (o *italico* é nosso), in “*O jurista: pessoa ou andróide?*” AB UNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora, pág. 114.

mesmo que o caso não a justifique e a eventualidade de surgirem indesejáveis animosidades com a magistratura que em Portugal dirige a investigação criminal.

Ainda assim estes argumentos não se nos apresentam decisivos em atenção às já mencionadas especificidades deste tipo de criminalidade que requerem ou uma adaptação da estrutura orgânico-funcional do MP e, portanto, a consagração de meios que permitam ao MP inteirar-se cabalmente da realidade dos mercados financeiros ou, em alternativa a interposição de uma entidade intermédia mais próxima dos mercados e mais apta, por isso a perceber a realidade que lhe está subjacente e com a capacidade e responsabilidade de filtrar o que não tem relevo para que o MP se possa concentrar na matéria especificamente jurídico-criminal.³²

Respondida a questão colocada – a da admissibilidade de uma fase prejudicial obrigatória – prosseguimos caminho sem deixar de referir que os casos mais comuns serão, no entanto, os que a CMVM adquire a notícia do crime por conhecimento próprio durante a sua actividade de supervisão³³. Na Grã-Bretanha a bolsa introduziu um sistema informático — IMAS — “integrated monitoring and surveillance system” — que permite ao Departamento de Supervisão acelerar as averiguações quando denotem uma alteração anormal no curso de um valor cotado. Este sistema permite detectar transacções suspeitas em alguns minutos e reenvia-as logo para o Departamento de Supervisão que procede de imediato à procura de elementos e informações sobre os agentes envolvidos na operação e a susceptibilidade de serem portadores de informação privilegiada.³⁴

O artigo 383º n.º 1 estabelece uma solução de oportunidade³⁵. Este tipo de soluções têm vindo a receber uma consagração positiva nos ordenamentos jurídicos continentais denotando assim um avanço de soluções tradicionalmente anglo-saxónicas no foro da legalidade oitocentista. Todavia, soluções como esta não podem ser vistas como a abertura de uma porta à arbitrariedade. A decisão pela não abertura do processo de averiguações deve ser susceptível de fundamentação. Antes de mais, por ser essa uma

³² Para uma análise completa dos argumentos esgrimidos em defesa da solução consagrada na lei portuguesa, fazendo uma análise juscomparatística com os modelos estrangeiros de referência, *v.* COSTA PINTO, *Os crimes...*, *Cit.*, pág. 132 e sgs.

³³ No mesmo sentido GOMEZ INIESTA, *Ob. Cit.*, pág. 461.

³⁴ Tolley's, *Company Law, Insider Dealing*, Issue 37, February 1988, pág. 120/18.

³⁵ Sobre o princípio da oportunidade, COSTA ANDRADE, *Consenso e Oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provi'sora do processo e do processo sumaríssimo)*, in *O novo Código de Processo Penal*, CEJ, Almedina, 1998, págs. 319 e sgs e TERESA BELEZA, *A recepção de regras de oportunidade no direito penal português: resolução processual de problemas substantivos?*, *Revista Jurídica da AAFDL*, n.º 21, Junho de 1997.

das características das decisões jurídicas que arroguem a esse predicado³⁶ e, depois, porque oportunidade e, consequentemente, discricionariedade não é sinónimo de insindicabilidade. A CMVM pode ser chamada, nos termos da legalidade administrativa, a responder pela decisão que tomou.

Com a consagração do n.º 3 do artigo 383º o legislador quis salientar o facto de, a CMVM não estar impedida de recorrer aos demais poderes de supervisão que possui. O que se revela de extrema importância pois, em relação a estes outros poderes, pode existir um dever geral de colaboração (artigo 359º/3) por parte das entidades sujeitas à sua supervisão, o que pode acusar grande utilidade aquando da realização de inspecções, sobretudo por causa das prerrogativas concedidas à CMVM nos termos do artigo 361º.

Por último, e antes de entrarmos na análise da natureza jurídica das averiguações preliminares, vamos deter a nossa atenção na análise do artigo 385º. Este artigo relaciona-se, em primeira linha, com os meios de obtenção da prova e, em segunda linha, com a problemática mais ampla da prova. Na doutrina internacional podemos ver todo o tipo de opiniões sobre o *insider trading*. Desde os que defendem que esta prática nem sequer devia ser punida pois contribui para o desenvolvimento e dinâmica dos mercados, até aos que defendem soluções de carácter meramente civilístico. Nesta última linha (sem dúvida mais moderada e ponderada do que a primeira), o grande argumento apresentado prende-se precisamente com a prova. É que neste tipo de ilícitos o bem jurídico protegido não é, como no direito penal de justiça, um bem jurídico concreto e individualizado. No domínio do direito penal económico os bens jurídicos tornam-se difusos e não palpáveis. Estas incriminações resultam de abstracções de outras abstracções antes realizadas; os factos não são imediatamente apreendíveis, carecem de comparação e *cross-examination* de elementos numéricos. É uma realidade escondida, super-estrutural, que está aqui em causa o que dificulta sobejamente a obtenção de prova que convença o juiz para além da dúvida razoável³⁷. E é por isso que, na medida em que a prova nestes casos se mostra tão difícil de fazer que alguma doutrina, sobretudo de matriz anglo-saxónica, se tem manifestado no sentido da descriminalização, mantendo-se

³⁶ CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos Assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra Editora, 1983, pág. 462 n. 1040.

³⁷ Neste sentido GÓMEZ INIESTA, *Ob. Cit.*, págs. 455 e sgs que considera a prova directa, neste tipo de crimes, impossível e que, portanto, o juiz terá que se valer com prova indiciária que, na prática radica em presunções dificultando, por esta via, a actividade de valoração do julgador exigindo um especial cuidado no seu convencimento para além de toda a dúvida razoável, uma vez que o convencimento radicado numa presunção extraída de uma regra da experiência não pode, em consciência, ser assumido com a mesma tranquilidade que uma prova obtida, por exemplo, através de documento autêntico.

apenas a tutela civilista que, por ser um direito de partes faz incorrer sobre estas o ónus de provar os factos que alegam no processo. Estas posições pretendem desta forma ilusória (e seguindo a velha máxima do «se não os podes vencer, junta-te a eles») pôr cobro ao problema da reconhecida dificuldade de fazer prova dos elementos que constituem os tipos de crime contra o mercado. Invocam ainda os sectários desta posição que, por esta forma, evita-se também a exposição a uma acusação pública com efeitos potencialmente irreparáveis na reputação do arguido dentro da comunidade financeira, mesmo que consiga provar a sua inocência.³⁸

O número 1 apresenta-se como uma cláusula geral de grande abrangência. De facto este artigo autoriza a CMVM a solicitar a quaisquer pessoas e entidades, estejam ou não sujeitas à sua supervisão, todas as informações que necessita para confirmar ou negar a suspeita de crime contra o mercado de valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros. A este propósito refira-se a posição recentemente defendida por LOBO MOUTINHO. Para o autor – que, advirta-se, não aborda directamente o nosso tema – “a prestação de informações deve cingir-se rigorosamente àquilo que a caracteriza e que não é obter a posição do imputado sobre os factos que lhe são imputados, mas antes informações relativas à descoberta e conservação de outros meios de prova”.³⁹

Problema interessante e complexo é o da possibilidade da aplicação do artigo 59º/2 CPP às averiguações preliminares. Por outras palavras: será que um suspeito a quem estejam a ser pedidas informações pode recusar-se a prestá-las e pedir, simultaneamente, para se constituir arguido? Independentemente de uma resposta mais fundamentada que não é possível nesta sede parece-nos que, *de iure constituto*, tal não é possível. O artigo 59º do CPP pressupõe já a existência de um inquérito. Acresce ainda que, nos termos da lei – artigo 262º/2 CPP – só a notícia do crime dá lugar à abertura de inquérito. Quer isto dizer que um suspeito que não esteja sujeito à supervisão da CMVM e a quem estejam a ser pedidas informações no âmbito de um processo de averiguações preliminares pode recusar-se a prestá-las, sendo que à CMVM nada mais resta do que, se assim o entender, remeter o processo para o MP proceder à abertura de inquérito. O mesmo já não vale no caso de se tratar de um suspeito sujeito à supervisão da CMVM que está, por exigência legal, obrigado a prestar as informações solicitadas, uma vez que se não o fizer corre um sério risco de ser acusado da prática do crime de desobediência qualificada (artigos 361º e 381º). Contudo, não podemos deixar de criticar esta solução,

³⁸ Tolley's, *Ob. Cit.*, pág 120/17 e o artigo “Is it insight, or is it illegal” disponível no site <http://www.globeandmail.com/series/rob/tradingsecrets/19991018/RMAIN.html>

pois parece-nos que, num plano do direito a constituir, seria desejável que o suspeito se pudesse constituir arguido gozando então dos direitos que a lei a estes confere. E isto para além do facto de que as averiguações preliminares não devem ser a escapatória legal para se conseguir o que não se conseguiu no CPP: a atribuição de amplos poderes investigatórios sem a mínima protecção dos visados que se encontram assim absolutamente coartados das garantias mínimas que o CPP lhes confere em conformidade com a Constituição (tais como o direito ao silêncio sobre os factos que lhe são imputados, o direito de requerer diligências probatórias e o direito de recurso). Uma solução justa parece-me ser a encontrada pela lei alemã, em que a BAWe deve informar as pessoas em causa que podem recusar a colaboração se suspeitarem que pelas declarações prestadas, elas ou os seus familiares, podem ser alvo de procedimento criminal (§16º/6).

Os poderes da CMVM, como resulta deste artigo, não se resumem à obtenção de informações visto que a lei autoriza ainda a CMVM a requisitar documentos, objectos e demais elementos necessários⁴⁰. Esta última expressão – elementos necessários – é demonstrativa da amplitude de poderes que a lei concede à CMVM para a prossecução da sua actividade de polícia administrativa, pois não é fácil excogitar que outros elementos possam ter interesse e que não coubessem já no conceito de informações, documentos e objectos.

Mas esta amplitude de poderes não pode deixar de se conciliar em concreto com outros dispositivos legais destinados a proteger outros valores como a confiança ou a intimidade da vida privada. Especiais problemas podem surgir quando estejam a ser requisitados documentos a pessoas ou entidades não sujeitas à sua supervisão e, portanto, sem estarem obrigadas ao dever de colaboração consagrado no artigo 359º/3.

Isto leva-nos à análise do número 2 do corrente artigo que distingue os casos em que a investigação está a ser feita a entidades ou pessoas sujeitas à sua supervisão dos casos em que as apreensões estão a ser feitas a terceiros. Por sua vez, o número 5 do mesmo artigo estabelece que aos actos praticados ao abrigo do número 2 aplica-se o regime previsto no CPP, o que nos remete para uma abordagem a este diploma na análise do corrente número. E, muito embora o CdVM só se refira expressamente a apreensões e inspecções o regime a aplicar é o título III do livro III referente aos meios de obtenção

³⁹ José LOBO MOUTINHO, *Arguido e imputado no processo penal português*, Universidade Católica, Lisboa 2000, pág 109.

⁴⁰ A CMVM pode, inclusivé, nos termos do artigo 79º/2-b) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras requisitar informações ao abrigo do segredo bancário, gozando neste campo de poderes superiores aos do próprio MP no inquérito.

da prova. Nesta sede podemos encontrar 5 meios diferentes de obtenção da prova: os exames, as revistas, as buscas, as apreensões e as escutas telefónicas. Os mais correntemente utilizados para a investigação de crimes contra o mercado de valores mobiliários serão os exames, as buscas e as apreensões. As revistas não terão aqui grande aplicabilidade pois este meio de obtenção da prova destina-se aos casos em que se suspeita que alguém detem na sua pessoa objectos relacionados com a prática do crime ou que possam servir de prova. No que toca às escutas telefónicas, estas nem sequer são permitidas, pois a lei estabelece como requisito da sua admissibilidade (artigo 187º/1-a) CPP) que o crime em causa tenha prevista uma moldura legal abstracta superior no seu máximo a 3 anos.

Os exames vêm previstos no artigo 171º e seguintes do CPP e deve estar presente uma autoridade judiciária ou um órgão de polícia criminal nos termos do número 4 do mesmo artigo. Visam os casos em que as pessoas, as coisas e os lugares a inspeccionar estão acessíveis ao público.

As buscas são o meio de obtenção da prova utilizado para os casos em que os objectos ou as pessoas⁴¹ a deter encontram-se em lugares reservados ou não livremente acessível ao público. Têm que ser ordenadas ou autorizadas por uma autoridade judiciária que deve, sempre que possível, presidir à diligência - artigo 174º/3 CPP – seguindo-se as formalidades do artigo 176º do mesmo diploma. Realce merecem aqui as buscas em estabelecimento bancário pelo regime especial consagrado e pela frequência com que podem ocorrer no tipo de criminalidade que estamos a tratar. Este acto tem que ser ordenado e presidido por um juiz nos termos do artigo 268º/1-c) CPP⁴².

Por fim temos as apreensões que aparecem reguladas nos artigos 178º e seguintes do CPP. Referência especial merecem aqui, também, as apreensões em estabelecimento bancário ou outras instituições de crédito⁴³ uma vez que também têm que ser feitas por

⁴¹ Juntamente com a busca pode-se proceder à revista de pessoas que se encontrem no lugar sempre que houver razões para presumir que se verificam indícios de que alguém oculta na sua pessoa objectos relacionados com o crime ou que possam servir de prova – é o que estabelece o artigo 176º/3 CPP.

⁴² Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, RODRIGO SANTIAGO, *Sobre o segredo bancário – uma perspectiva jurídico criminal e processual penal*” Revista da Banca, nº 42 Abril /Junho 1997 pág. 23 e sgs. Se bem que o artigo 268º se refira a actos a praticar pelo juiz de instrução durante o inquérito, julgamos que o regime deve valer também para as averiguações preliminares como forma de legitimar a prova obtida e de não deixar entrar pela janela aquilo que se visou proibir pela porta. No mesmo sentido, *Ult. Autor e Ob. Cit.*, pág 69 se bem que referindo-se às medidas cautelares e de polícia.

⁴³ E, parece-nos ser de acrescentar, embora a lei não o diga expressamente: sociedades financeiras. Não vemos razões para não aplicar este regime a este tipo de sociedades e cremos que a omissão do legislador se ficou a dever ao facto de à época de elaboração do CPP este tipo de sociedades ainda não estava enraizado. Recorde-se que o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras só apareceu em 31/12/92. O que acabou de ser dito vale para o inquérito, já não para as averiguações

um juiz – artigo 181º CPP. Curiosa é a posição de RODRIGO SANTIAGO que, na análise deste artigo em contraposição ao regime de apreensão de correspondência do artigo 179º, diz: “Avulta (...) a referência feita ao arguido o que parece pressupor – embora o ponto não seja inteiramente líquido – que só na recorrência deste sujeito processual poderá proceder-se à diligência. A ser assim, antes da existência de um arguido formalmente constituído como tal, não poderia haver lugar a apreensões.”⁴⁴

Quando as apreensões estiverem a ser feitas em instalações de pessoas ou entidades que não estejam sujeitas à supervisão da CMVM, esta deve proceder à sua selagem nos termos da segunda parte do artigo em análise e seguindo o disposto no artigo 184º CPP, para depois requisitar a colaboração das autoridades competentes.

A distinção aqui feita deve-se ao facto de as entidades sujeitas à supervisão da CMVM sofrem uma ingerência contínua e têm que se sujeitar à actividade de supervisão nos termos dos artigos 358º e seguintes, o que não acontece com outras pessoas e entidades e que, como tal, não tendo que colaborar com a Comissão por imposição legal – artigo 359º/3 – requerem uma forma de agir mais cuidadosa para evitar dissabores aquando da apreciação da prova em juízo.

Pelo que ficou dito torna-se facilmente perceptível que a CMVM só pode executar esta sua missão com sucesso se contar com a colaboração das autoridades judiciais, entidades policiais e órgãos de polícia criminal. É o que é enfatizado pelo número 3 do artigo em análise.

O número 4 é de aplicar em casos excepcionalíssimos e tem que haver urgência e um perigo fundado de demora devido, por exemplo, à natureza perecível de certos meios de prova: exame ao local, recolha de vestígios do crime, identificação de suspeitos e testemunhas. Corresponde aos artigos 248º e seguintes do CPP e, embora a lei não o diga expressamente, também aqui e por identidade de razão é de aplicar o regime previsto no Código de Processo Penal⁴⁵.

No nosso caso, há que reconhecê-lo com frontalidade, a CMVM quando age no seio de um processo de averiguações preliminares está a agir, na prática, como se de um

preliminares pois, nesta fase as instituições de crédito e as sociedades financeiras, na medida em que caibam na alínea b) do nº 1 do artigo 359º do CdVM ficam sujeitas à supervisão da CMVM.

⁴⁴ *Ult. Autor e Ob. Cit.*, pág 73

⁴⁵ Podemos ler em ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O inquérito no novo Código de Processo Penal*, Jornadas de direito processual penal, in *O novo Código de Processo Penal*, CEJ, Almedina, 1998, pág. 71: “a sua consagração [das medidas cautelares e de polícia] representa um risco assumido pelo Código, de utilização abusiva dessas medidas, levou a apertar os *critérios* que legitimam a intervenção das polícias nesses

órgão de polícia criminal se tratasse (ainda que com poderes mais limitados do que os que vêm reconhecidos a estes últimos no CPP).

Admitindo isto importa aqui referir a nova lei sobre organização da investigação criminal – Lei nº 21/2000 de 10/8⁴⁶ – que vem introduzir algumas alterações que diríamos, no mínimo, perturbantes; e isto para não dizer que, pelo menos à primeira vista, vem alterar o mapa das já complexas relações entre os órgãos de polícia criminal e o ministério público, O artigo 3º/2/3 do referido normativo vem precisamente ao encontro da asserção com que iniciámos o parágrafo anterior quando dispõe:

“2 – São órgãos de polícia criminal de competência específica todos aqueles a quem a lei confira esse estatuto.

3 – Compete aos órgãos de polícia criminal:

a) ...

b) Desenvolver as acções de prevenção e investigação da sua competência ou que lhe sejam cometidas pelas autoridades judiciárias competentes”.

Ainda com interesse nesta sede temos o artigo 6º da mesma lei fala do tão propalado e por nós já referido dever de cooperação. Simplesmente temos para nós que pelo menos nesta fase – a das averiguações preliminares – a CMVM não deseja mais colaboração do que aquela estritamente necessária para que a prova recolhida seja processualmente válida e essa é a que já resulta do artigo 385º. Mais colaboração pode significar e julgo mesmo que significa um aumento de dificuldades e um retardamento das investigações pois a Comissão passa a ter que lidar com estruturas pesadas e burocráticas como é o ministério público e isto numa fase em que se requer celeridade e autonomia⁴⁷. Uma autonomia em que CMVM e ministério público “trabalham separadamente e com círculos diversos de competência, apenas tangentes no momento de transmissão de dossiers”, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS⁴⁸.

casos – restringe-se a tomada de medidas a “actos urgentes” (artigo 251º/1 e 251º/2) – e a introduzir o *limite* da intervenção homologadora da autoridade judiciária (art. 251º/2 e 252º/3).”

⁴⁶ Para uma primeira abordagem (crítica) ao presente diploma, RODRIGO SANTIAGO, *Breves reflexões sobre a novíssima revisão do Código de Processo Penal Agosto RPCC*, Ano 10, Fasc. 4.º.

⁴⁷ Sobre uma análise juscomparativa sobre os três modelos de relacionamento com o ministério público à partida configuráveis – subordinação, autonomia técnica e investigação preliminar autónoma – de uma perspectiva juscomparativista, advertindo para o facto de a adopção por um destes modelos implicar soluções diferentes para três problemas fundamentais da matéria que estamos a tratar: extensão dos poderes da autoridade do mercado, constituição de arguido e articulação com outras entidades, Cfr. COSTA PINTO, *Os crimes contra os mercados de valores mobiliários: averiguações preliminares e investigação criminal (modelos de articulação entre a CMVM, as autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal)*, pág. 147.

⁴⁸ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, in *O novo Código de Processo Penal*, CEJ, Almedina, 1998, pág. 12 em que o Autor analisa os três sistemas possíveis de relacionamento entre a polícia criminal e as autoridades judiciárias. Em comentário a este sistema (o da

Avulta ainda referir o artigo 4º/z) da mencionada lei que estabelece ser da *competência reservada* da Polícia Judiciária a investigação dos crimes relativos ao mercado de valores mobiliários, sendo que o artigo 2º/3 da mesma lei dispõe: “Os órgãos de polícia criminal, logo que tomem conhecimento de qualquer crime, comunicam o facto ao Ministério Público no mais curto prazo, sem prejuízo de, no âmbito do despacho de natureza genérica previsto no nº 4 do artigo 270º do Código de Processo Penal, deverem iniciar de imediato a investigação e, *em todos os casos, praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova*” (o itálico é nosso). É a consagração de uma competência concorrente entre a CMVM e a Polícia Judiciária na mesma fase mas, mais do que isso, é a confusão reinante consequência dos tempos de *turbolegislação* em que vivemos, na impressiva expressão de Vieira de Andrade.

Apesar do exposto, temos para nós, em sede de princípio que, na medida em que sejam respeitados os direitos liberdades e garantias e aplicando-se o regime consagrado no CPP que constitui verdadeiro direito adquirido, não há que reccar a consagração destas especialidades próprias da investigação criminal económica financeira e que, nosso caso em concreto, na medida em que o artigo 385º remete para o disposto no CPP, eventuais receios ficam salvaguardados.

II – NATUREZA JURÍDICA

Nas palavras de COSTA PINTO “Algumas das investigações preliminares analisadas encontram-se numa zona de fronteira entre as actividades de prevenção de natureza administrativa ou a actividade de supervisão levada a cabo por entidades com essa natureza e o início da investigação criminal”⁴⁹.

autonomia orgânica e funcional) o Autor tece algumas críticas, nomeadamente fala da “necessidade de se fazer anteceder o processo penal de inquérito policial, ou de começar por ele, com a insanável contradição, todavia, de se não poder democraticamente conceder para o efeito às polícias poderes de autoridade ou de coacção processuais, risco de grave descoordenação entre as actividades das polícias e das autoridades judiciárias que, tendo de intervir em momento processualmente posterior, ou se subordinam à actividade desenvolvida pelas polícias ou a desautorizam repetindo-a (por esta via ressurgindo, se bem que de forma retardada, os conflitos de competência e institucionais que este sistema visa, em primeira linha, eliminar)”.

⁴⁹ *Os Crimes...*, cit.

O tema de que nos ocupamos agora, aparentemente teórico, tem uma importância não dispicienda. Na realidade, estando definida a natureza jurídica de um instituto, mais facilmente o podemos interpretar e até estabelecer analogias legítimas com outros já existentes e mais desenvolvidamente tratados.

Pela análise do regime versado na lei somos levados intuitivamente a concluir que se trata de direito adjectivo. Se tem um cariz mais administrativo ou, antes, processual penal é a questão com que nos temos que debater.

Relevado o artigo 385º/2, que por remissão do número 4 do mesmo artigo, a lei manda aplicar expressamente o regime do Código de Processo Penal e que assume inequivocamente esta natureza, importa em relação ao restante indagar sob que veste a Comissão actua. E isto desde logo porque os princípios conformadores da actividade administrativa não são os mesmos da actividade de investigação criminal. Diferenças de princípios estas que, em termos concretos, se traduzem em tratamentos diferentes em questões pontualizadas e que salientamos, para ilustrar o que vimos dizendo, a questão dos tribunais competentes em razão da matéria ou o direito à informação sobre o modo como estão a decorrer as averiguações (artigo 61º e seguintes do Código de Procedimento Administrativo – CPA).

Uma conclusão podemos já avançar na argumentação que vimos expandido: não está em causa uma actividade puramente administrativa nem assumidamente processual penal. Trata-se, portanto, de uma zona cinzenta, de contornos não totalmente definidos e que seria bom se recebessem um tratamento legal mais completo, pela frequência com que o legislador tem vindo a socorrer-se de soluções deste tipo.

Não é um procedimento administrativo, *stricto sensu*, desde logo porque nos termos do artigo 1º do CPA não é da “formação e manifestação de vontade da Administração” que se trata mas sim, do apuramento da existência da notícia de um crime. Por isso também o acto de comunicação da notícia do crime com que se encerra as averiguações é, não um acto administrativo, mas sim o primeiro acto de inquérito, não havendo assim fundamento para qualquer pretensão de recurso contencioso. O que não quer dizer que o CPA não mereça uma aplicação residual nomeadamente no que toca aos princípios por que se deve pautar a CMVM na sua actuação bem como, ainda que a título meramente exemplificativo, o artigo 89º do último diploma referido em relação a pessoas a quem são solicitadas informações no âmbito do artigo 385º /1 CdVM.

Mas também não é rigorosamente de direito processual penal que se trata, pois a CMVM age no exercício de poderes de supervisão que são poderes de direito

administrativo, denotando-se ainda algumas fricções com o regime do processo penal tais como o facto de quando uma pessoa a quem sejam pedidas informações não poder requerer a sua constituição como arguido, continuando a correr o processo de averiguações.

Como vimos não é clara e evidente a natureza jurídica deste instituto. Por nós, propendemos para o aproximar do processo penal tendo em conta a sua dimensão funcional, ou seja, a função de contribuir para a descoberta da verdade material e a realização da justiça. O que não quer dizer, como também já dissemos, que não se aplique o Código de Procedimento Administrativo em tudo o que não esteja expressamente previsto no CdVM e se revelar teleologicamente adequado.

Assim, considerando uma questão muito concreta – o pedido de informação sobre o andamento do processo e as diligências que nele se estão a efectuar – não é de aplicar o artigo 61º/1 do CPA que estabelece que os particulares têm o direito a ser informados pela Administração sobre o andamento dos processos, mas sim o regime do segredo de justiça consagrado no CPP. E isto vale por argumento de identidade de razão pois se não há publicidade durante o inquérito uma vez que poderia comprometer gravemente as diligências probatórias a realizar, também nas averiguações preliminares a não deve haver porque existindo esta fase é aí que, na prática, se realizarão o grosso das diligências probatórias.

Tudo dito, colimitamo-nos, por fim, a fazer um balanço positivo deste novo regime não prescindindo, contudo, de uma leitura inteligente que o permita enquadrar convenientemente no sistema jurídico pelo *instrumentarium* posto ao dispor através da interpretação jurídica, de forma a suprir alguns aspectos menos tratados.

A última frase do artigo 9º da Directiva dispõe que “as informações cobertas pelo segredo profissional apenas podem ser divulgadas a qualquer pessoa ou autoridade por força das disposições legislativas”. HOPT em *Ob. Cit.* comentando esta asserção entende que as leis gerais sobre cooperação e troca de informações entre autoridades públicas não são de aplicar neste caso sendo necessário criar leis específicas que versem sobre esta matéria. É o que sucede com os artigos 335º e 336º do CdVM. Ainda sobre este ponto é importante referir que a informação trocada só pode ser utilizada para os fins do artigo

356º/1 do CdVM (e artigo 10º/3 da Directiva) e não pode ser aproveitada para outros fins (como, por ex., fins fiscais).

Bibliografia

AMARAL, Diogo FREITAS DO — *Curso de Direito Administrativo*, 2ª Edição, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1996.

ANDRADE, Manuel da COSTA — *Consenso e Oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)*, in *O novo Código de Processo Penal*, CEJ, Almedina, 1998.

— anotação ao artigo 192º, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*.

— V. DIAS, Jorge FIGUEIREDO.

BELEZA, TERESA — *A recepção de regras de oportunidade no direito penal português: resolução processual de problemas substantivos?*, Revista Jurídica da AAFDL, nº 21, Junho de 1997.

BRONZE, Fernando José — “*O jurista: pessoa ou andróide?*” AB UNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora.

CASTRO, Carlos OSÓRIO DE — *Valores Mobiliários: Conceitos e espécies*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1996.

COSTA, José de FARIA — *Elementos para uma doutrina geral da infração do direito penal económico, Nótulas pessoais para o 3º Curso de Pós-graduação em Direito Penal Económico e Europeu – ano de 1999*, Secção de textos das Pós-graduações, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

DIAS, Jorge FIGUEIREDO DIAS / ANDRADE, Manuel da COSTA — *Direito Penal. Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, fascículos em curso de publicação, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, 1996.

DIAS, Jorge FIGUEIREDO — *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra Editora.

— *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, in *O novo Código de Processo Penal*, CEJ, Almedina, 1998.

FERREIRA, AMADEU JOSÉ — *Direito dos Valores Mobiliários*, sumários das lições dadas ao 5º ano, menções de ciências jurídicas e ciências jurídico-económicas, no ano lectivo de 1997/98, 1º e 2º semestres, AAFDL, Lisboa, 1997.

GOMES, Nuno SÁ — *O processo penal fiscal de averiguações como condição de procedibilidade dos actos de inquérito do Ministério Público, relativos a crimes fiscais não aduaneiros*, in CTF.

HENRIQUES, LEAL — v. SANTOS, SIMAS.

HOPT, KLAUS — *The european insider dealing directive 27*, Common Market Law Revue, Martinus Nijhoff Publishers, 1990.

INIESTA, Diego José GÓMEZ — *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

MOUTINHO, José LOBO — *Direito Processual Penal, (textos de apoio às aulas práticas)*, AAFDL, 1989.

— *Arguido e imputado no processo penal português*, Universidade Católica, Lisboa 2000.

MUCCIARELLI, FRANCESCO — *Speculazione Mobiliare e Diritto Penale*, Milano, Giuffrè, 1995.

NEVES, A. CASTANHEIRA — *O Instituto dos Assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra Editora, 1983

PATRÍCIO, José SIMÕES — *Aspectos Jurídicos da Supervisão Bancária*, Scientia Iuridica, Tomo XLVIII, 1999, nº277/299.

PEDROSO, PAULA — v. VERDELHO, PEDRO.

PEREIRA, José NUNES — *Regulação e Supervisão dos Mercados de Valores Mobiliários e das Empresas de Investimento: Alguns Problemas Actuais*, Boletim de Ciências Económicas da FDUC, 1997, Coimbra.

PINTO, Frederico de Lacerda da COSTA — *A Supervisão no Novo Código dos Valores Mobiliários*, in Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários, nº 7.

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

— *Os crimes contra os mercados de valores mobiliários: averiguações preliminares e investigação criminal (modelos de articulação entre a CMVM, as autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal)*, em curso de publicação.

— *Direito Processual Penal, Curso Semestral*, A.A.F.DL., Lisboa, 1998

PINTO, Paulo MOTA — *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, separata do BFDUC, VOL. LXIX, Coimbra 1993.

RODRIGUES, ANABELA MIRANDA — *O inquérito no novo Código de Processo Penal*, Jornadas de direito processual penal, in O novo Código de Processo Penal, CEJ, Almedina, 1998.

SANTOS, SIMAS / HENRIQUES, LEAL — *Código de Processo Penal Anotado*, II Vol., 2ª ed., 2000.

SANTIAGO, RODRIGO — *Do crime de violação do Segredo Profissional no Código de 1982*, Almedina, Coimbra, 1992.

— *Sobre o segredo bancário – uma perspectiva jurídico criminal e processual penal*” Revista da Banca, nº 42 Abril /Junho 1997.

— *Breves reflexões sobre a novíssima revisão do Código de Processo Penal Agosto RPCC*, Ano 10, Fasc. 4.º.

SILVA, Germano MARQUES DA — *Do Processo Preliminar*, Lisboa 1990.

Trabalhos Preparatórios do Código dos Valores Mobiliários, Ministério das Finanças, CMVM.

VELOZO, JOSÉ ANTÓNIO — *Boas Intenções, maus resultados: notas soltas sobre a investigação e processo na supervisão financeira*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, Janeiro de 2000, Lisboa.

VERDELHO, PEDRO / PEDROSO, PAULA — *“Crimes no Mercado de Valores Mobiliários. As primeiras experiências”* in Revista do Ministério Público, nº 75 (1998).

ZAPATERO, Luis ARROYO — *El abuso de informacion privilegiada en el derecho español*, documento sem data e sem local.