

**O direito ao silêncio e à não autoincriminação em processo
contraordenacional:**

**O acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia DB v. Commissione
Nazionale per le Società e la Borsa**

de 02 de fevereiro de 2021

por **Tiago da Costa Andrade**

(Associado Auxiliar do Forum Penal e

Associado da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva e Associados)

No passado dia 2 de fevereiro de 2021, a Grande Secção do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) proferiu um importante acórdão sobre a tutela do direito ao silêncio e à não autoincriminação, em sede de processo contraordenacional. Ao longo do texto referir-nos-emos – por comodidade e, em certa medida, por tradição –, ao *direito à não autoincriminação*, ainda que estejamos perante um caso do âmbito contraordenacional. Destarte, encontrando-nos fora do espaço formalmente criminal, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* poderia merecer aqui, também, a fórmula de *direito à não autoinculpação*, mais próxima da formulação italiana que foi, inclusivamente, a língua do processo ⁽¹⁾.

O caso em análise prende-se com uma decisão, de 2 de maio de 2012, do regulador italiano responsável pela supervisão do mercado de valores mobiliários – a *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (“Consob”). Esta, entre outras sanções pecuniárias aplicadas no processo contraordenacional pela prática dos ilícitos administrativos de abuso de informação privilegiada e de divulgação ilícita de informações privilegiadas, aplicou ao visado, pessoa singular, uma sanção pecuniária no montante de € 50.000, com fundamento no facto de aquele, depois de ter pedido o adiamento por várias vezes da data da audição para a qual tinha sido convocado na sua qualidade de pessoa informada sobre os factos, se ter recusado a responder às questões que lhe foram dirigidas pela Consob, quando se apresentou para a audição.

A Consob aplicou a referida sanção, nos termos do disposto no artigo 187.º-*quindecies* do Texto Único das Disposições em Matéria de Intermediação Financeira italiano (“Texto Único”) ⁽²⁾, que, à data dos factos do processo principal, dispunha o seguinte: “*Fora dos casos previstos no artigo 2638.º do Código Civil, qualquer pessoa que não der cumprimento, dentro do prazo, aos pedidos da Consob ou atrasar o exercício das suas funções é punida com uma coima compreendida entre dez mil euros e duzentos mil euros*”. Essa norma foi introduzida no

⁽¹⁾ A versão italiana do acórdão refere-se ao *diritto di mantenere il silenzio e di non contribuire alla propria incolpazione*, a francesa ao *droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination*, a inglesa ao *right to remain silent and to avoid self-incrimination* e a alemã ao *Recht, zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten*.

⁽²⁾ *Decreto legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58 – Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio de 1996, n.º 52.*

ordenamento jurídico italiano por transposição da Diretiva 2003/6/CE, relativa ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado ⁽³⁾, e, posteriormente, nele se manteve – ainda que ligeiramente alterada ⁽⁴⁾ – por força do Regulamento (UE) n.º 596/2014, relativo ao abuso de mercado ⁽⁵⁾. No fundo, equivale aquela norma de direito italiano ao artigo 399.º, n.º 1, do nosso Código de Valores Mobiliários, segundo o qual: “*Constitui contraordenação grave o incumprimento de ordens ou mandados legítimos da CMVM transmitidos por escrito aos seus destinatários*”.

Depois da impugnação da sanção aplicada em várias instâncias, o processo chegou à *Corte Costituzionale*, que observou que a questão da (in)constitucionalidade do artigo 187.º-*quindicies* do Texto Único se colocava por referência ao direito ao silêncio e à não autoincriminação, decorrente de várias disposições constitucionais, de direito da União e de direito internacional. Porém, uma vez que aquela norma de direito italiano deriva de uma obrigação específica imposta pelo direito da União, uma eventual declaração de inconstitucionalidade poderia colidir com o direito da União. Pelo que, antes de se pronunciar, a *Corte Costituzionale* decidiu suspender a instância e submeteu a questão ao TJUE, a título de reenvio prejudicial. O pedido da decisão prejudicial do TJUE apontou, como parâmetros de controlo da norma sancionatória, os artigos 47.º e 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (“Carta”) – respetivamente, o direito à ação e a um tribunal imparcial e a tutela da presunção de inocência e dos direitos de defesa –, não esquecendo, ainda, o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – o direito a um processo equitativo –, como normas de proteção do direito ao silêncio, princípio central do processo equitativo.

No acórdão objeto da presente nota, o TJUE assinalou que, para afirmar-se a vigência do direito ao silêncio e à não autoincriminação em processos contraordenacionais, é necessário que às sanções administrativas seja reconhecida uma natureza penal, segundo 3 critérios: (i) a qualificação jurídica da infração no direito interno, (ii) a própria natureza da infração e (iii) o grau de severidade da sanção suscetível de ser aplicada ao visado. O TJUE nota que algumas das sanções administrativas aplicadas pela Consob parecem prosseguir uma finalidade repressiva e apresentar um grau de severidade elevado que é suscetível de reforçar a análise de que a sanção pela não colaboração tem natureza penal. Além disso, existe o perigo de as informações obtidas sob ameaça de sanção pecuniária poderem vir a ser utilizadas como meios de prova, no âmbito de um processo penal instaurado contra o visado que entregou as informações. Na verdade, no direito italiano, o abuso de informação privilegiada imputado ao visado consubstanciava simultaneamente uma contraordenação e um crime, sendo que os processos conexos poderiam ser instaurados e tramitados paralelamente.

⁽³⁾ Diretiva 2003/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro de 2003.

⁽⁴⁾ Na sua versão atualmente em vigor, dispõe o artigo 187.º-*quindicies* que “1. *Fora dos casos previstos no artigo 2638.º do Código Civil, é punido nos termos do presente artigo quem não der cumprimento, dentro do prazo, aos pedidos do Banco de Itália e da Consob, ou não cooperar com estas autoridades para efeitos do exercício das suas funções de supervisão, ou atrasar o seu exercício. 1-bis. Se a infração for cometida por uma pessoa singular, esta é punida com uma coima compreendida entre 10 mil euros e 5 milhões de euros*”.

⁽⁵⁾ Regulamento (UE) n.º 596/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 abril de 2014, que revoga a Diretiva 2003/6/CE e as Diretivas 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE da Comissão.

De forma categórica, o TJUE julgou que deveria considerar-se que, entre as garantias que decorrem do artigo 47.º, segundo parágrafo, e do artigo 48.º da Carta, e cujo respeito se impõe tanto às instituições da União como aos Estados-Membros quando aplicam o direito da União, figura, nomeadamente, o direito ao silêncio de uma pessoa singular “acusada”, na aceção da segunda destas disposições. Para o TJUE, este direito opõe-se, nomeadamente, a que essa pessoa seja punida pela sua recusa em dar à autoridade competente, ao abrigo da Diretiva 2003/6 ou do Regulamento n.º 596/2014, respostas que a possam fazer incorrer em responsabilidade por um ilícito passível de sanções administrativas de carácter penal ou em responsabilidade penal.

Com efeito, o TJUE sublinhou que, quando se trata de determinar o alcance do direito ao silêncio de pessoas singulares, não pode aplicar-se por analogia a sua jurisprudência *Orkem*. Esta permite que, em investigações em matéria de concorrência, as pessoas coletivas possam ser determinadas a fornecerem todas as informações necessárias e correspondentes documentos pedidos pela autoridade competente, com o único limite de que se não lhes imponha a obrigação de dar respostas através das quais fosse levada a admitir a existência de uma infração, mas será válida apenas para pessoas coletivas. Porém, julgou o TJUE que, mesmo no que respeita às pessoas singulares, o direito ao silêncio não pode justificar a falta de cooperação com as autoridades competentes, no sentido de legitimar uma recusa do visado em apresentar-se a uma audição prevista por estas ou quando aquele promove manobras dilatórias destinadas a adiar a sua realização.

No fim, às questões prejudiciais que lhe foram dirigidas pela *Corte Costituzionale* ⁽⁶⁾, respondeu o TJUE que o artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva 2003/6 e o artigo 30.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 596/2014, lidos à luz dos artigos 47.º e 48.º da Carta, devem ser interpretados no sentido de que permitem aos Estados-Membros não punir uma pessoa singular que, no âmbito de uma investigação efetuada a seu respeito pela autoridade competente, ao abrigo desta diretiva ou desse regulamento, se recusa a dar respostas suscetíveis de a fazer incorrer em responsabilidade por uma infração passível de sanções administrativas de natureza penal ou em responsabilidade penal. Uma via que abre à *Corte Costituzionale* a possibilidade de, se assim o vier a entender, julgar inconstitucional o artigo 187.º-*quindicies* do Texto Único

(6) “1) Devem o artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva [2003/6], na medida em que é aplicável *ratione temporis*, e o artigo 30.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento [n.º 596/2014] ser interpretados no sentido de que permitem aos Estados-Membros não [punir] as pessoas que se recusam a responder a perguntas da autoridade competente das quais possa resultar a sua responsabilidade por uma infração punível com sanções administrativas de natureza “punitiva”? 2) Em caso de resposta negativa à primeira questão, o artigo 14.º, n.º 3, da Diretiva [2003/6], na medida em que é aplicável *ratione temporis*, e o artigo 30.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento [n.º 596/2014] são compatíveis com os artigos 47.º e 48.º da [Carta], também à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos [do Homem] no que respeita ao artigo 6.º [da] CEDH e das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, na medida em que impõem que as pessoas que se recusam a responder a perguntas da autoridade competente[,] das quais possa resultar a sua responsabilidade por uma infração punível com sanções administrativas de natureza “punitiva”[,] sejam [punidas]?”

e a sua imposição de sanções pecuniárias contra a falta de colaboração dos visados pessoas singulares em processos contraordenacionais que invoquem o direito ao silêncio.