

COMENTÁRIOS DA ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BANCOS AO PROJETO DE TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA N.º 2014/57/U.E., DO PARLAMENTO E DO CONSELHO, DE 16 DE ABRIL DE 2014, E DE ADAPTAÇÃO DO DIREITO INTERNO AO REGULAMENTO (UE) N.º 596/2014 DO PARLAMENTO E DO CONSELHO, DE 16 DE ABRIL DE 2014

Artigo 379º-E

A APB considera que o objetivo da norma poderá ser comprometido pelo extensíssimo espectro do novo tipo criminal, pela reunião no mesmo de situações muito distintas e pela imprecisão e inexatidão dos conceitos utilizados, deficiências que, para além de prejudicarem a eficácia da norma, são suscetíveis de originar consequências não desejadas pelo legislador.

Ainda como comentário de ordem geral, mas na perspetiva específica dos intermediários financeiros na qualidade de entidades colocadoras, deve referir-se que a imputação de responsabilidade criminal a estas entidades em termos genéricos e mesmo em caso de mera negligência, com base na falsidade da informação, ignora por completo que essa atividade é exercida utilizando informação, designadamente financeira, prestada pelos clientes auditada, certificada e publicada, em cuja veracidade os bancos têm de confiar, não tendo, por norma, meios e motivos para efetuar a respetiva validação.

Concretizando apenas no que respeita aos aspetos mais relevantes, verifica-se que o preceito:

- Aglutina, indistintamente, situações e posições muito diversas, no plano subjetivo, que incluem administradores ou diretores (a) de intermediários financeiros, (b) de entidades titulares de participações em intermediários financeiros, (c) de qualquer entidade emitente de valores mobiliários ou de instrumentos financeiros, circunstância que suscita naturais problemas na configuração unitária da infração e na configuração da própria ação em que a mesma se materializa; Esta construção rigidamente unitária reflete-se, ainda, na definição da moldura penal onde não se estabelece uma diferenciação da multiplicidade das situações previstas e dos inerentes graus de gravidade.
- Por outro lado, ao colocar o alvo punitivo principalmente no momento precoce e ainda interno da deliberação ou decisão, sem que ainda se tenha verificado qualquer prejuízo para os investidores – como se pode ver pelo confronto com o nº 2, em que a subscrição ou comercialização surge como circunstância agravante – ou para a própria integridade do mercado, o preceito desfoca o objeto da censura penal (que claramente se centra no momento na subscrição ou comercialização de instrumentos financeiros com base em informação falsa).

- No que se refere à punição em caso de negligência, expressamente prevista no n.º 3 do preceito, consideramos que a definição dos seus contornos se apresenta muito problemática em infrações desta natureza – nomeadamente quando o agente não é o detentor originário ou o responsável pela informação - parecendo contraditória com a noção (em si mesma suscetível de objeções) de “informação falsa ou enganosa”, contida no n.º 4, na medida em que os qualificativos “favoráveis” ou “desfavoráveis” aí utilizados, parecem pressupor a consciência da falsidade. Em conformidade, sugerimos a eliminação deste preceito (pressupondo-se assim que só existiria crime no caso de o agente conhecer a falsidade da informação em causa), ou, no limite, e com sérias reservas, ser apenas admissível a punição em caso de negligência grave.
- Por último, na determinação das atividades objeto da deliberação ou decisão, são utilizados conceitos muito amplos e imprecisos como “captação de investimentos” ou “captação de financiamento por qualquer outro meio”, a par de um outro mais preciso, mas de uma natureza muito diferente, o de “colocação de valores mobiliários”; a referência à captação de financiamento por qualquer meio é tão imprecisa que na mesma se poderia incluir o recurso a financiamento bancário, parecendo-nos que, em qualquer caso, a previsão da norma deveria estar limitada às situações que envolvam operações com instrumentos financeiros, à semelhança do que acontece com o regulamento europeu e a diretiva em transposição; já no tocante à colocação parece que, de novo, se quer sujeitar à mesma disciplina situações tão diferentes como as de oferta pública, oferta particular dirigida a um conjunto restrito de investidores qualificados, com intervenção ou não de intermediário financeiro, em mercado primário ou em mercado secundário, etc.

Como nota genérica e final deve, ainda, referir-se a circunstância da disposição projetada incorrer numa pecha no plano sistemático de não procurar interagir de um modo expresso e claro com a legislação preexistente, introduzindo uma nova “camada” normativa sobre esses anteriores preceitos originando, assim, não poucas dificuldades de interpretação e aplicação. Apenas a título de exemplo, refira-se que a legislação em vigor contempla já regras precisas sobre a responsabilidade pelo conteúdo do prospeto ou sobre os deveres de informação dos intermediários financeiros, existindo também já disposições penais de âmbito genérico que poderão naturalmente ser aperfeiçoadas ou adaptadas em função da experiência de aplicação, mas cuja análise não deverá ser desconsiderada na configuração de novas sanções.

Em suma, a redação carece, em nosso entender, de uma reformulação, manifestando desde já a APB a sua total disponibilidade para participar nesse processo.

Artigo 378.º n.º 3

A redação proposta para este artigo não transpõe convenientemente o critério previsto no artigo 3.º n.º2 *in fine*, da Diretiva 2014/57/U.E.. Nesta está plasmado um critério subjetivo de punibilidade do *insider*, que é o facto do sujeito ter de saber que a informação que está a transmitir, a aconselhar ou a utilizar para negociar ser privilegiada.

A redação proposta, na qual se indica que *“Qualquer pessoa... tendo conhecimento de uma informação privilegiada a transmita a outrem ou negocie ou aconselhe...”*, não cumpre com esse critério, exigindo apenas que ele tenha utilizado essa informação, a transmita, ou aconselhe a negociar com base nela.

Até podem existir leituras deste preceito, nas quais se considere que apenas nos casos em que ele sabe que a informação é privilegiada é que poderá ser crime. Considerando que estamos no âmbito do direito penal, em que se exige uma particular precisão nos termos da imputação, e não deve existir insegurança jurídica nos conceitos utilizados, bem como também tendo em conta a letra e o espírito da Diretiva 2014/57/U.E., sugerimos que o artigo seja alterado da seguinte forma:

“Qualquer pessoa, não abrangida pelo n.º 1 que tendo obtido uma informação e saiba que a mesma se trata de informação privilegiada, (...)”.

Artigo 378.º n.º 5

A redação proposta para este artigo é divergente daquela presente no artigo 7.º n.º1 d) do Regulamento de abuso de mercado (MAR). Conforme se pode ver *infra*, o regulamento refere-se à informação que é veiculada por clientes, relativa a ordens pendentes dos próprios clientes.

“No caso das pessoas encarregadas da execução de ordens relativas a instrumentos financeiros, a expressão «informação privilegiada» significa também a informação veiculada por clientes e relativa a ordens pendentes dos mesmos respeitantes a instrumentos financeiros, de carácter preciso, (...)”.

Já a redação proposta não só parece mais confusa, como não se refere especificamente à informação veiculada pelos clientes relativamente às suas próprias ordens pendentes, mas sim a qualquer ordem pendente, por parte de qualquer cliente.

“Constitui igualmente informação privilegiada a informação relativa a ordens pendentes sobre valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros transmitidas por clientes de intermediários financeiros(...)”.

Tendo em conta que o MAR tem aplicabilidade direta no ordenamento jurídico português, a adoção de uma redação diversa daquela presente nele poderá levantar dúvidas sobre o âmbito e alcance do artigo 378.º n.º 5. Nesse sentido, de forma a evitar quaisquer conflitos interpretativos, e de acordo com as boas práticas na técnica legislativa, sugeríamos que a redação do artigo 378.º n.º 5 fosse substituída pela transcrição integral da alínea d) n.º 1 do artigo 7.º da MAR.

Artigo 378.º n.º 6

A redação do n.º 6 não corresponde à definição da alínea b) do n.º 1 do art. 7.º do MAR.

“Em relação aos instrumentos derivados sobre mercadorias, toda a informação com carácter preciso que não tenha sido tornada pública e diga respeito, direta ou indiretamente, a um ou mais desses instrumentos derivados ou diga respeito diretamente ao contrato de mercadorias à vista com eles relacionado e que, caso fosse tornada pública, seria idónea para influenciar de maneira sensível o preço desses instrumentos derivados ou contratos de mercadorias à vista e se trate de informação que deveria normalmente ser divulgada ou que deve ser divulgada por força das disposições jurídicas ou regulamentares a nível da União ou a nível nacional, das regras do mercado, dos contratos, das práticas ou dos usos existentes nos mercados de derivados sobre mercadorias ou nos mercados à vista em causa (artigo 7.º n.º1 al b)).

“Em relação aos instrumentos derivados sobre mercadorias, entende-se por informação privilegiada toda a informação com carácter preciso que não tenha sido tornada pública e respeite, direta ou indiretamente, a um ou mais desses instrumentos derivados ou a contratos de mercadorias à vista e que os utilizadores dos mercados em que aqueles são negociados esperariam receber ou teriam direito a receber em conformidade, respetivamente, com as práticas de mercado aceites ou com o regime de divulgação de informação nesses mercados”.(proposta do artigo 378.º n.º 6 do CVM).

Esta diferença poderá criar dificuldades na aplicação deste preceito dado que não se deve ter duas fontes distintas que delimitem o que se considera informação privilegiada relativa a instrumentos derivados sobre mercadorias, a que acresce o facto do MAR ter aplicabilidade direta.

Assim, sugere-se a transcrição integral do artigo 7.º n.º1, al b) do MAR, em substituição do artigo 378.ºnº.6 do CVM.

Artigo 305.º-F n.º 5

No que diz respeito ao n.º 5 deste artigo importa salientar que esta disposição tem que ser clara e forçosamente limitada às comunicações cujo autor não tenha optado pelo anonimato (caso esta possibilidade tenha sido adotada pelo intermediário financeiro na implementação dos meios e procedimentos específicos para comunicação interna de factos, provas e informações). Assim, não pode esta disposição ser entendida como existindo a obrigatoriedade de fornecer informações sobre uma comunicação a alguém que atua sob anonimato, pelo que propomos a seguinte redação:

“Caso o autor da comunicação o tenha requerido, e não tenha optado pelo anonimato, os intermediários financeiros comunicam-lhe o resultado da análise efetuada, no prazo de 15 dias após a respetiva conclusão”.

Observamos, por último, que o texto da transposição, contém os seguintes erros ou imprecisões:

Artigo 10.º n.º 2

A data de 2 de janeiro de 2018 deve ser retificada para 3 de janeiro de 2018, pois é esta a data do início de obrigatoriedade de aplicação pelos Estados Membros das disposições da Diretiva 2014/65/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa aos mercados de instrumentos financeiros (DMIF II) [JO L 173 de 12.6.2014], em virtude do adiamento operado pela Diretiva (UE) 2016/1034 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de junho de 2016 [JO L 175, de 30.6.2016].

Artigo 248.º n.º 2 alínea d)

A menção ao *Fundo de Estabilidade Financeira* deve ser substituída pela menção ao *Fundo Europeu de Estabilidade Financeira*, bem como a referência ao *Mecanismo de Estabilidade Financeira* deve ser substituída por *Mecanismo Europeu de Estabilidade* conforme a Retificação ao Regulamento (UE) n.º 596/2014 (MAR) que foi publicada no passado dia 28 de junho (JO L 169).

Artigo 422.º n.º 1

Contém a seguinte gralha *“Decorrido o prazo de impugnação judicial, a decisão da CMVM que condene o agente pela prática de uma ou mais contraordenações graves(e) ou muito graves (...)”*.