

SOBRE O NOVO REGIME DO CONCURSO DE INFRAÇÕES NO CÓDIGO DOS VALORES MOBILIÁRIOS E O PRINCÍPIO *DO NE BIS IN IDEM*

Frederico Machado Simões

No dia 29 de junho de 2017 entrou em vigor a revisão do regime sancionatório do Código dos Valores Mobiliários (CVM), operada pela Lei n.º 28/2017, de 30 de maio. Segundo a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 53/XIII, que esteve na base da revisão, esta intervenção legislativa visava “*o estabelecimento de um regime sancionatório substantivamente mais robusto e proporcional às consequências das infrações cometidas e processualmente mais ágil e eficaz na obtenção de uma decisão.*”

Desta alteração resultaram várias alterações ao Título VIII do CVM, entre as quais destacamos a adição de um n.º 3 ao artigo 420.º, que dispõe: “*Quando o mesmo facto der origem a uma pluralidade de infrações e de processos da competência de entidades diferentes, as sanções já cumpridas ou executadas em algum desses processos podem ser tidas em conta na decisão de processos ulteriores para efeitos de determinação das respetivas sanções, incluindo o desconto da sanção já cumprida e executada, se a natureza das sanções aplicadas for idêntica.*”

Numa primeira leitura deste preceito, retira-se que se um mesmo facto for subsumível a várias normas contraordenacionais e/ou penais e já tiver sido aplicada uma sanção no âmbito de um processo tramitado por uma dada entidade, uma outra entidade que venha a conduzir um novo processo cujo objeto seja o mesmo facto poderá ter em conta a sanção já aplicada no processo anterior na determinação da sanção do processo em curso e, eventualmente, descontar o valor daquela a esta se tiverem a mesma natureza.

Situações destas, na prática, não serão inéditas no Direito Contraordenacional Económico-Financeiro. Atendendo à existência de uma significativa zona de

sobreposição entre as áreas de regulação da Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários (CMVM) e do Banco de Portugal, poderão surgir casos em que, por um único facto, a mesma pessoa é alvo de dois processos sucessivos, por dois reguladores diferentes.

Com efeito, existem vários tipos contraordenacionais previstos no CVM e no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF) que apresentam fortes semelhanças ao nível da sua estrutura típica, especialmente no âmbito da violação de deveres de informação.

Atente-se, por exemplo, ao artigo 389.º, n.º 1, alínea *a*), do CVM, que prevê como contraordenação muito grave “*A comunicação ou divulgação, por qualquer pessoa ou entidade, e através de qualquer meio, de informação que não seja completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita*”, e o artigo 77.º, n.º 1, do RGICSF, que estabelece que “*As instituições de crédito devem informar com clareza os clientes sobre a remuneração que oferecem pelos fundos recebidos e os elementos caracterizadores dos produtos oferecidos, bem como sobre o preço dos serviços prestados e outros encargos a suportar pelos clientes*”, sendo a violação deste dever punida ao abrigo do artigo 210.º, alínea *h*), do RGICSF. Nesta medida, um banco que não divulgue claramente os elementos caracterizadores de um produto qualificado como um valor mobiliário, praticará simultaneamente a contraordenação prevista no artigo 389.º, n.º 1, alínea *a*), do CVM, e a que resulta da conjugação dos artigos 77.º e 210.º, alínea *h*), do RGICSF. No primeiro caso, o banco estará sujeito a uma coima entre € 25.000,00 e € 5.000.000,00; no segundo caso, estará sujeito a uma coima entre € 3.000,00 e € 1.500.000,00.

Nestas situações, ao abrigo do novo regime do artigo 420.º, n.º 3, do CVM, o montante da coima já cumprida ou executada poderia ser descontado ao valor da coima que fosse posteriormente aplicada, ficando o arguido sujeito a pagar apenas a diferença entre primeira e a segunda.

Contudo, esta solução é apenas aparentemente favorável para o arguido. Situações como a descrita pressupõem que dois processos distintos com um objeto idêntico sejam tramitados por entidades diversas, admitindo a possibilidade abstrata de se aplicarem duas sanções ao mesmo facto. Isto é, apenas se pode descontar o valor de uma coima a outra com base na identidade de facto se forem aplicadas duas sanções ao mesmo objeto processual. Porém, tais situações correspondem a violações do *ne bis in idem*.

De acordo com o artigo 29.º, n.º 5, da Constituição, “*Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime*”: trata-se da consagração constitucional do princípio do *ne bis in idem*, que mereceu também acolhimento no

artigo 4.º do Protocolo n.º 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Cumpre notar que, não obstante o referido preceito constitucional se referir a “*crime*”, é pacificamente entendido que este princípio se aplica igualmente ao Direito da Mera Ordenação Social¹.

Apesar da noção de “*mesmo crime*”, ser objeto de discussão doutrinária², a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem entendido que o critério decisivo para a aferição de uma situação de *bis in idem* é o conjunto de factos que sustentam o processo sancionatório, considerando, por isso, irrelevantes a diversidade de normas aplicáveis ou de entidades competentes para a condução do processo.

No acórdão do TEDH 14939/03 *Sergey Zolotukhin c. Rússia*, que representa o atual *leading case* europeu nesta matéria, o Tribunal veio a considerar que “*a abordagem que enfatiza a caracterização legal das duas infrações é demasiado restritiva dos direitos do indivíduo, pois se o Tribunal se limitar a averiguar que a pessoa foi acusada por infrações com uma classificação legal diferente arrisca-se a subverter a garantia consagrada no artigo 4 do Protocolo n.º 7 em vez de a tornar prática e efetiva como exigido pela Convenção*” (tradução nossa do original inglês). Nesta medida, o TEDH acolheu “*a visão de que o artigo 4.º do Protocolo n.º 7 deve ser entendido como proibindo a acusação ou julgamento de uma segunda ‘infração’ na medida em que ela surja de factos idênticos ou factos que sejam substancialmente os mesmos*” (tradução nossa do original inglês).

Em suma, o objeto da proibição de *bis in idem* é um concreto acervo factual espaço-temporalmente limitado e não factos subsumidos a normas sancionatórias.

A circunstância de, num primeiro processo, não terem sido tomadas em conta pelo regulador competente contraordenações que sejam estranhas à sua área de regulação não prejudica a proibição de duplo julgamento, pois esta abrange, além dos ilícitos que foram efetivamente conhecidos num primeiro processo, todos aqueles que poderiam ter sido conhecidos nesse processo.

Logo, as situações descritas são situações de *bis in idem*, não sendo, por isso, lícito ao segundo regulador aplicar qualquer sanção, ainda que descontada, pois o *ius puniendi* que podia ser exercido sobre aqueles factos foi esgotado com o trânsito em julgado do primeiro processo. Portanto, todas as contraordenações

1 Neste sentido, por todos, *vide* Silva Dias, 2018: 194.

2 Para uma análise crítica do atual panorama doutrinário, *vide* Ferreira Leite, 2016: 789-1038.

emergentes daqueles factos tinham de ser conhecidas no primeiro processo, independentemente de serem ou não alheias à área de regulação da entidade por ele responsável.

Neste ponto, cumpre ainda referir que a circunstância de nas situações em causa se verificar uma sobreposição de competências entre reguladores em nada impede uma cabal prossecução da ação sancionatória contra o arguido. Da conjugação dos artigos 36.º, n.º 1, e 34.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações, resultaria um conflito positivo de competências entre os reguladores, que seria resolvido de acordo com os critérios constantes do artigo 37.º do mesmo diploma. Assim, de acordo com o n.º 1 desse preceito, a competência para o processamento das contraordenações seria atribuída à entidade que, por ordem de prioridade, (1) tiver primeiro ouvido o arguido pela prática da contraordenação, (2) tiver primeiro requerido a sua audição pelas autoridades policiais (3) tiver primeiro recebido os autos de que conste a audição do arguido. Em qualquer caso, nos termos do n.º 2, as autoridades em conflito poderão “*por razões de economia, celeridade ou eficácia processuais, acordar em atribuir a competência a autoridade diversa da que resultaria da aplicação do n.º 1.*” Nesta medida, na situação *supra* descrita, tanto a CMVM, como o Banco de Portugal estariam *prima facie* habilitados a exercer a ação sancionatória sobre todas as contraordenações emergentes dos factos que formam o objeto do processo, devendo a entidade competente ser determinada por acordo ou por referência aos critérios legalmente previstos.

Assim, atendendo à existência de dispositivos legais para o suprimento destes conflitos, qualquer omissão sancionatória será o resultado de uma *tunnel vision* da parte do regulador que primeiro processar os factos em causa. Por este motivo, os reguladores deverão ter em atenção a possibilidade de os factos constitutivos do objeto de um determinado processo poderem assumir uma relevância sancionatória que extravasa as suas respetivas áreas de regulação, devendo, conseqüentemente, procurar colaborar com outros reguladores para um exaustivo exercício da ação sancionatória. Em todo o caso, as dificuldades práticas de coordenação dos reguladores em matéria sancionatória nunca poderão ditar uma violação da garantia fundamental dos arguidos contra a dupla punição.

BIBLIOGRAFIA

SILVA DIAS, Augusto

2018 *Direito das Contra-Ordenações*, Coimbra: Almedina.

FERREIRA LEITE, Inês

2016 *Ne (Idem) Bis in Idem – Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público*, vol. I, Lisboa: AAFDL.