

ACERCA DA RELEVÂNCIA DO CONCURSO PENAL EM SEDE DE ESPECULAÇÃO ILÍCITA DE PREÇOS

Especulação de preços *versus* outras formas de ilícito penal

Pelo Dr. Marcelino António Abreu(*)

SUMÁRIO:

1. Especulação de preços versus outras formas de ilícito penal (açambarcamento, falsificação, abuso de confiança, burla, fraude de mercadorias, abuso de informação privilegiada, ou manipulação do mercado) **visto à luz do ordenamento jurídico português vigente.**
1.1. Colocação do problema. **2. Especulação de preços versus outras formas de ilícito penal.** **2.1.** Especulação de preços versus açambarcamento. **2.1.1.** A (aparente) confusão entre especulação e açambarcamento. O açambarcamento como forma de comissão da especulação. **2.2.** Especulação de preços versus ilícito de falsificação (de documento ou de peso ou medida). **2.3.** Especulação de preços versus abuso de confiança. **2.4.** Especulação de preços versus burla. **2.5.** Especulação de preços versus fraude e mercadorias. **2.6.** Especulação de preços versus abuso de informação privilegiada. **2.7.** Especulação de preços versus manipulação do mercado. **Bibliografia.**

(*) Advogado, Mestre em Direito pela Universidade Lusíada do Porto; Pós-graduado em Direito Penal Económico e Europeu; Direito do Consumo e Direito do Ambiente, Urbanismo e Ordenamento do Território, tudo pela Universidade de Coimbra.

1. **Especulação de preços versus outras formas de ilícito penal** (açambarcamento, falsificação, abuso de confiança, burla, fraude de mercadorias, abuso de informação privilegiada, ou manipulação do mercado) **visto à luz do ordenamento jurídico português vigente**

1.1. **Colocação do problema**

O problema do concurso em matéria penal é, atrevo-me a dizê-lo, um, se não o maior, dos problemas que se coloca, ou pode colocar, em matéria penal.

Mais importante que saber se deve ou não criminalizar-se um dado comportamento por atentatório de um dado bem jurídico, ou saber se um bem jurídico tem, ou não, dignidade jurídico-penal, é saber, no caso concreto submetido a julgamento (e este problema surge sempre que a conduta do agente preenche diversos tipos legais) que norma ou normas aplicar. É este o problema que surge e se resolve em sede de concurso penal.

Não se pode sancionar um indivíduo por um crime que ele não cometeu ou por crime diverso daquele que praticou, sob pena de se violar o princípio da presunção de inocência do arguido, nem se pode punir diversas vezes um indivíduo pela prática dos mesmos factos, sob pena de se violar o princípio constitucional *ne bis in idem*.

Saber que norma ou normas se devem aplicar ao caso concreto é um problema que se coloca ao julgador a cada momento que é chamado a decidir. Resolver esse problema de escolha da lei a aplicar significa respeitar a lei, a constituição e os direitos de defesa do arguido.

Dentro do concurso em matéria penal, o concurso de normas (também conhecido por concurso aparente) é aquele que mais problemas de resolução levanta, o qual, como refere TERESA BELEZA⁽¹⁾,

⁽¹⁾ BELEZA, TERESA PIZARRO, 1984, Direito Penal, I Vol., 2.^a ed. revista e actualizada, AAFDL, p. 517.

“tem sobretudo que ver com problemas de interpretação e aplicação da lei penal”.

Ainda segundo esta professora da Escola de Lisboa, “no concurso de normas há várias normas que se podem aplicar ou são aplicáveis, e no entanto, por (ou devido a) um certo tipo de relação em que essas normas se encontram entre si, uma delas é excluída pela outra, ou algumas das normas são excluídas por uma outra”.

Por sua vez, e segundo EDUARDO CORREIA⁽²⁾ “se a actividade do agente preencher diversos tipos legais de crime, necessariamente se negam diversos valores jurídico-criminais e estamos, por conseguinte, perante uma pluralidade de infracções”. Contudo, ainda segundo o mesmo autor⁽³⁾, “a violação de várias disposições legais pode só aparentemente indicar o preenchimento de vários tipos e a correspondente existência de uma pluralidade de infracções”. É o caso, por exemplo, de um homicídio praticado por um dado indivíduo, cuja sua conduta atenta não só contra o bem jurídico vida, mas também contra o bem jurídico integridade física, sendo que o indivíduo, apesar de ofender com a sua conduta diversos bens jurídicos, devido à relação que existe entre as norma que tutelam tais bens (no caso concreto uma relação de consunção), não poderá ser punido pela violação dos “diversos valores jurídico-criminais” negados, mas somente pela ofensa ao bem jurídico vida, por essa ofensa consumir já a ofensa ao bem jurídico integridade física.

É, pois, possível que uma mesma acção delituosa, um mesmo comportamento, contenda com diversas previsões legais, mas que dessas várias normas violadas, a final, nem todas sejam passíveis de aplicação com vista à salvaguarda dos bens jurídicos lesados e à sanção do comportamento ofensivo.

⁽²⁾ In CORREIA, EDUARDO, 1996, *Unidade e Pluralidade de Infracções: Caso Julgado em Poderes de Cognição do Juiz: A Teoria do Concurso em Direito Penal* (reimpressão), Coimbra, Almedina, apud. D'ALMEIDA, LUÍS DUARTE, 2004, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, p. 10.

⁽³⁾ In CORREIA, EDUARDO, 1996, *Unidade e Pluralidade de Infracções: Caso Julgado em Poderes de Cognição do Juiz: A Teoria do Concurso em Direito Penal* (reimpressão), Coimbra, Almedina, apud. D'ALMEIDA, LUÍS DUARTE, 2004, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, p. 10.

Por outro lado, pode, também, acontecer que a actuação do agente viole diversos valores (bens) jurídicos, ou várias vezes um mesmo bem jurídico, sendo aplicáveis as diversas normas que tutelam, ou salvaguardam tais valores. É o caso, por exemplo, de um indivíduo matar uma determinada pessoa e seguidamente furtar um veículo pondo-se em fuga, ou então o indivíduo que viola outrem e, seguidamente, mata-o e oculta o seu cadáver.

Se no primeiro caso estamos perante uma situação de concurso legal, ou aparente, em que, como refere FIGUEIREDO DIAS⁽⁴⁾, existe uma “unidade criminosa”, pelo que “a única operação que tem que ser levada a cabo é a de estabelecer qual o crime pelo qual o agente deve ser efectivamente punido” — do que se cuida é, pois, saber qual a norma a aplicar de entre várias abstractamente aplicáveis —, no segundo, estamos perante uma situação de concurso real ou efectivo de ilícitos em que “o comportamento do agente preenche *vários* tipos de crime e constitui, *neste sentido* um concurso (não uma unidade) de crimes”⁽⁵⁾. Aqui não se procura encontrar qual de entre as várias normas abstractamente aplicáveis aquela que, em concreto, deve ser aplicada, aplicando-se, ao contrário disso, as diversas normas, porque diversos são os bens jurídicos violados, não se podendo estabelecer entre as normas que os salvaguardam uma qualquer relação de consunção, especialidade ou subsidiariedade, no sentido de que as normas que salvaguardem uns salvaguardem os outros, pelo que a violação dos vários bens jurídicos não constitui uma “unidade criminosa”.

Assim, se no primeiro caso o problema que se coloca é o de escolha de norma a aplicar, aqui coloca-se o da punibilidade de infracções praticadas, e conseqüentemente o problema de que pena aplicar e qual o limite dessa pena⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*, 1993, Aequitas e Editorial Notícias, p. 277.

⁽⁵⁾ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Sumários e notas das lições ao 1º ano do curso complementar de ciências jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976 (polic.)*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1976, p. 102, *apud*. D'ALMEIDA, LUÍS DUARTE, 2004, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, p. 11.

⁽⁶⁾ Como ensina FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*, 1993, Aequitas e Editorial Notícias, p. 279, Perante um concurso efec-

Da cabal resposta às questões suscitadas pelo concurso de normas em matéria penal, se consegue o respeito pelo princípio constitucional *ne bis in idem*. Princípio este que (tenho que o dizer) nem sempre foi respeitado em decisões proferidas pelos tribunais nacionais, nomeadamente (o que é de estranhar) pelos tribunais superiores.

Senão veja-se: o Assento n.º 8/2000, proferido pelo STJ⁽⁷⁾, ao ter fixado jurisprudência segundo a qual “No caso de a conduta do agente preencher as previsões de falsificação e de burla do art. 256.º, n.º 1, alínea *a*), e do art. 217.º, n.º 1, respectivamente, do Código Penal, revisto pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, verifica-se concurso real ou efectivo de crimes” e o acórdão do mesmo Tribunal, de 19-02-1992⁽⁸⁾, ao ter decidido que “No caso de a conduta do agente preencher as previsões de falsificação e de burla do art. 228.º, n.º 1, alínea *a*) e do art. 313.º, n.º 1, respectivamente, do Código Penal, verifica-se concurso real ou efectivo de crimes”, são, quanto a nós, dois exemplos de erradas decisões proferidas em matéria de concurso penal e que, de resto, mereceu, no caso do referido assento, votos de vencido com o fundamento (quanto a nós acertadíssimo) de que “a falsificação (...), faz parte do tipo legal da burla e não pode ser autonomizada, em relação à burla de que faz parte, sob pena de violação do princípio constitucional de *ne bis in idem*”. Mal decidiu, pois, assim entendemos, o Tribunal.

Não podemos, ao contrário, deixar de reconhecer inteira razão ao Tribunal da Relação de Lisboa, no seu Acórdão de 20-11-2003⁽⁹⁾, que, discordando da posição adoptada naquele Assento e acórdão,

tivo de crimes, suscita-se imediatamente a questão de saber se devem ser ou não integralmente respeitados os princípios gerais ou normas de determinação da pena”.

(7) Assento n.º 8/2000, proferido pelo STJ, publicada no DR. n.º 119, I Série A, de 23 de Maio.

(8) Acórdão acessível na internet, no endereço electrónico: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/859c5169d1d1049e802568fc003a00c0?OpenDocument&Highlight=0,burla,falsifica%C3%A7%C3%A3o,concurso>>.

(9) Acórdão acessível na internet, no endereço electrónico: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/386f82a0cabc13fb80256e3c005266c6?OpenDocument>>.

refere: “não concordamos com uma tal doutrina, quer porque não se nos afigura a dogmaticamente mais acertada, quer, sobretudo, porque é susceptível de menoscabar princípio de dignidade constitucional”. E continua mais adiante o mesmo acórdão: “aquele que agride outrem até matá-lo não comete, em concurso efectivo, um crime de ofensas à integridade física e um crime de homicídio; aquele que agride outrem para obrigá-lo a uma conduta não comete, em princípio, um crime de ofensas à integridade física e um crime de coacção; aquele que, violentamente, subtrai a outrem um objecto não comete, em princípio, um crime contra a integridade física e outro de roubo, etc. Em todos os casos apontados os bens jurídicos são distintos e nem por isso haverá concurso efectivo”.

Segundo este Tribunal da Relação (e bem) a resolução do problema de saber se estamos perante uma situação de concurso efectivo ou aparente não está na “similitude ou diferença dos bens jurídicos protegidos”, mas antes “em saber se uma determinada conduta, melhor, um “pedaço de vida” que integra uma determinada conduta criminalmente relevante, está ou não contida em outro comportamento típico mais abrangente. E, no caso de concurso entre burla e falsificação, suposta a unicidade de resolução criminosa (evidente na espécie em causa, mas não tida em conta em ambos os aludidos acórdãos do STJ), afigura-se-nos inequívoco que o “crime-meio” está contido no “crime-fim”. A falsificação é tão só um meio, aliás em consonância com o elemento subjectivo especial da ilicitude que comporta (não se olvidará que devido à incongruência entre o tipo objectivo e a intenção requerida pela lei, que vai mais além daquele elemento objectivo, o crime de falsificação é um caso arquetípico de um crime de “resultado cortado” ou, como outros preferem, de “tendência interna transcendente”), de atingir um determinado fim”.

É verdade que o art. 30.º, n.º 1, do nosso Código Penal vigente prevê que “o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente”. Contudo, tal norma não pode ser entendida à letra, sob pena de, se assim for, nunca se poder admitir que as situações de concurso aparente (tais como aquelas em que alguém agride outrem até à morte,

ou então alguém, violentamente, subtrai a outrem um objecto (em qualquer dos casos estamos perante uma situação de concurso aparente — no primeiro caso, concurso aparente entre as normas do arts. 131.º e 143.º e, no segundo, entre as normas do arts. 203.º e 210.º, todos do Código Penal) sejam tratadas como tal e, ao contrário disso (porque efectivamente estão em causa, em cada uma das normas violadas diversos bens jurídicos), se tenha que admitir a punibilidade do agente pela prática dos diferentes ilícitos previstos em todos esses preceitos legais, o que redundaria numa violação clara do princípio constitucional *ne bis in idem*.

Não se pode considerar existir uma relação de concurso efectivo quando entre as várias normas existe uma relação de especialidade, subsidiariedade consunção.

Ora, no caso em que a violação de um bem jurídico faz parte do *modus operandi* do agente para a prática de um outro ilícito e esse *modus operandi* cabe, de alguma forma, dentro dos modos de comissão do delito-fim, do delito que o agente teve em mente e para o qual dirigiu o seu dolo, não podemos deixar de reconhecer que, nesses casos, estamos perante uma situação de concurso aparente, existindo, como refere FIGUEIREDO DIAS, uma “unidade criminosa”.

Não é pois pacífica a resolução dos problemas suscitados pelo concurso em matéria penal.

Feitas estas considerações gerais, propomo-nos fazer aqui uma abordagem à temática do concurso, tendo por base (por figura central), o bem jurídico estabilidade dos preços, tutelado com a criminalização da especulação de preços ocorrida no art. 35.º, do Decreto-lei 28/84 de 20 de Janeiro, face a diversos outros tipos de ilícitos penais.

Da análise da temática do concurso de normas, e, neste particular, tendo por base a criminalização da especulação de preços face a diversos outros tipos de ilícitos penais, poderemos, também (abro um parêntesis), daí retirar elações que contribuem para responder a uma outra questão, que não cuidaremos, é certo, aqui, qual seja a de saber de que forma a problemática do concurso em matéria penal tem relevância para aquilatar da dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços.

É certo que, a esse nível (ao nível da questão da dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços), poder-se-ia, à primeira vista, dizer que não existe qualquer relação, pelo menos directa, entre ambas as questões. A questão da dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços coloca-se essencialmente no plano axiológico e dogmático, já a questão do concurso (seja ele aparente ou efectivo) surge essencialmente, como refere TERESA BELEZA⁽¹⁰⁾, no plano da aplicabilidade e interpretação da norma jurídico-penal. Contudo, desde já digo que entendo não ser inteiramente assim e que do concurso de normas penais também se pode retirar contributos válidos (visto pelo prisma do princípio da necessidade) para aquilatar da referida dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços.

Feito este parêntesis, e podendo o ilícito de especulação de preços ser praticado por diversas formas de actuação, será pois essencialmente a este nível (comissão do ilícito e sua sanção) que a problemática do concurso em matéria penal mais relevará, pelo que será, então, a esse nível que iremos, aqui, abordar a questão do concurso em matéria penal.

Por outro lado, a abordagem que vamos fazer à problemática do concurso contribuirá para responder a duas questões relacionadas com a proibição das práticas especulativas. A primeira será a de saber se esta proibição das condutas especulativas visa somente a salvaguarda do bem jurídico estabilidade dos preços ou, concomitantemente, a protecção de outros bens jurídicos. A segunda prende-se com saber se a salvaguarda do bem jurídico — estabilidade dos preços — é conseguida somente através da proibição das condutas tidas na lei como especulativas, ou, ao contrário disso, poderá ser conseguida, também, através da proibição de outros comportamentos, ainda que não directamente, ou principalmente, perpetrados com vista a atentar contra a estabilidade dos preços. Haverá, numa situação de concurso entre as normas que punem a especulação de preços e as que punem outros comportamentos atentatórios de outros bens jurídicos, alguma relação de “crime-

⁽¹⁰⁾ BELEZA, TERESA PIZARRO, 1984, *Direito Penal*, I Vol., 2.ª ed. revista e actualizada, AAFDL, p. 517.

-meio” contido ou com visa a um “crime-fim”, como é referido naquele citado acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa?

Também a resposta a estas questões contribuirá para se perceber da necessidade, ou não, de recurso a normas penais para sancionar as práticas especulativas ilícitas, nomeadamente saber se estas já se encontram, ou não, sancionadas por outras proibições legais (ainda que não destinadas directamente a reprimi-las). O que permitirá, em função das respostas a dar, averiguar-se, também por aí, da relevância jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços, nomeadamente no sentido de se saber se se justifica a existência do tipo autónomo de ilícito de especulação de preços tal como é previsto no nosso ordenamento jurídico.

É pois manifesto que a análise da questão do concurso em matéria penal pode de alguma forma relevar e contribuir para a resposta a dar à questão da dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços — vista essa questão pelo lado da necessidade, ou não, de tutela do bem jurídico estabilidade dos preços com recurso ao Direito Penal.

Na esteira de FIGUEIREDO DIAS⁽¹¹⁾, entre especulação de preços e açambarcamento “podem parcialmente coincidir os modos de comissão”, mas as coincidências ficam por aí, já que, quanto ao essencial, os bens jurídicos tutelados são diversos. Contudo, também sabemos que a diversidade dos bens jurídicos só por si não é suficiente para que se afirme a existência de uma relação de concurso efectivo, sendo que para que tal exista não pode existir uma “unidade criminosa”, uma relação de especialidade, subsidiariedade ou consunção entre as normas que tutelam os vários bens jurídicos ofendidos.

Por outro lado, entre a manipulação dos preços e a violação da concorrência pode, em certos casos (como seja a do abuso de posição dominante, ou o caso das práticas concertadas de empresas), existir uma relação de causa e efeito, sendo que o dumping em particular (um comportamento anti-concorrencial por natureza) não

⁽¹¹⁾ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, 1999, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, p. 71.

deixa de, paralelamente, atentar contra a estabilidade dos preços e, nessa medida, consubstanciar uma prática especulativa.

Se é certo que a questão do concurso em Direito Penal só se coloca quando está em causa a aplicação de várias normas criminais, ou quando estão em causa vários ilícitos criminais e não a aplicação de normas dos diferentes ramos do direito (por isso, a questão do concurso penal não se coloca quando está em causa a aplicação das normas que proíbem as práticas especulativas face às que proíbem as práticas restritivas da concorrência) poder-se-á, contudo, colocar essa questão quando esteja em causa a aplicação das normas que proíbem as práticas especulativas face às que proíbem o açambarcamento, ou, então, quando está em causa a aplicabilidade das normas que proíbem as práticas especulativas e as normas que sancionam a fraude de mercadorias, a falsificação de documento, a burla, o abuso de informação privilegiada, ou a manipulação do mercado, quer porque, em termos abstractos, várias delas possam ser chamadas para a resolução da questão *decidendi* (por a conduta do agente preencher diversas previsões normativas), quer porque em causa está a violação de diversos bens jurídicos no sentido de saber se a aplicação das normas que tutelam alguns deles salvaguardem os demais.

Iremos, pois, de seguida abordar a questão do concurso penal tendo em conta aquelas diversas figuras jurídicas, tentando assim contribuir para responder àquelas questões acima suscitadas.

2. Especulação de preços versus outras formas de ilícito penal

2.1. Especulação de preços versus açambarcamento

Ficou dito atrás, na esteira de FIGUEIREDO DIAS⁽¹²⁾, que entre especulação e açambarcamento “podem parcialmente coincidir os

(12) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime anti-económico de açambarcamento por recurso de venda*, in “Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários,” Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

modos de comissão” dos ilícitos, sendo, contudo, diversos os bens jurídicos tutelados em ambas as figuras.

No seguimento disso, diremos também que o açambarcamento (o açambarcamento por recusa de venda) é, muitas vezes, a antecâmara ou uma forma de chegar à prática da especulação de preços.

Assim sendo, e embora no plano dos bens jurídicos tutelados estes sejam diversos (a proibição da especulação de preços visa a salvaguarda da estabilidade dos preços, ao passo que a proibição do açambarcamento visa a salvaguarda do regular abastecimento do mercado), no plano da comissão dos ilícitos, pode, em certos casos, nomeadamente em face de uma situação de recusa de venda (tenha ela em vista simplesmente o açambarcamento, tenha ela em vista a especulação ilícita de preços) estar-se perante uma situação em que, como refere EDUARDO CORREIA⁽¹³⁾ a actividade do agente preenche “diversos tipos legais de crime”, tendo-se, por isso, na esteira do mesmo autor negado “diversos valores jurídico-criminais”.

Ora, se assim é, cabe, desde logo, perguntar porque ilícito deverá ou poderá ser responsabilizado o agente: pela prática de açambarcamento? Pela prática de especulação de preços? Ou por ambos?

Desde já cabe referir que restringirei esta minha análise à situação em que esteja em causa, apenas, a recusa de venda, pois nas demais situações (por exemplo, quando esteja em causa uma actuação de manipulação dos preços e, simultaneamente, de ocultação de existências ou de armazenamento de bens em locais não indicados às autoridades de fiscalização, quando essa indicação seja exigida) não haverá dúvidas de que estaremos perante uma situação de concurso efectivo de ilícitos.

Feita esta salvaguarda, não raras vezes, deparamos, então, com situações de inexplicável carestia (quando não somente aparente carestia) de determinados bens no mercado que gera o seu consequente aumento de preço, para, mais tarde, essa carestia desaparecer, sem que, contudo, os preços desses bens voltem a bai-

⁽¹³⁾ CORREIA, EDUARDO, 1996, *Unidade e Pluralidade de Infracções: Caso Julgado em Poderes de Cognição do Juiz: A Teoria do Concurso em Direito Penal (reimpresão)*, Coimbra, Almedina, *apud* D’ALMEIDA, LUÍS DUARTE, 2004, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, p. 10.

xar para os níveis praticados anteriormente à situação de carestia. Não vai muito tempo, vivemos uma situação deste género provocada por empresas petrolíferas quando essas empresas provocaram diminuição (ou aparente diminuição) da quantidade de crude disponível no mercado, o que gerou a sua subida vertiginosa de preço, especialmente no consumidor final, para, mais tarde, essa escassez (ou pelo menos aparente escassez) desaparecer sem que, contudo, os preços regressassem aos níveis anteriormente praticados. O mesmo se diga relativamente ao que se verificou quanto aos cereais no mercado internacional.

Sendo o açambarcamento um comportamento antieconómico que se traduz na diminuição intencional das existências de determinado bem ou bens no mercado com prejuízo do seu regular abastecimento, em termos económicos e doutrinários o problema do açambarcamento pode colocar-se quer esteja, ou não, em causa bens essenciais ao indivíduo, nomeadamente bem de primeira necessidade, como sejam os bens alimentares.

Da nossa parte, e apesar de aceitarmos que a questão do açambarcamento (pelo menos em sede de ordenamento jurídico português) só tem sido colocada quando estão em causa os bens essenciais ao indivíduo, como sejam os bens alimentares, entendemos que, se este podia ser um entendimento aceitável em outras épocas, ou em economias planificadas, ou pouco desenvolvidas e onde o sector primário tem grande peso, tal entendimento não poderá, contudo, ser perfilhado numa economia global de cariz industrial e desenvolvida em que a falta ou carestia de um dado bem essencial à indústria (por exemplo, o crude) consegue causar tanto, ou mais, dano que a escassez de um dado produto agrícola de primeira necessidade.

Este entendimento foi, de resto, estamos em crer, perfilhado pelo legislador nacional, no Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, no seu art. 31.º, al. a), quando refere que comete o ilícito aí tipificado “Quem, com prejuízo do abastecimento do mercado destruir bens e matérias-primas referidas no art. 28.º”, não se restringindo aqui a previsão normativa aos bens e matérias-primas essenciais ou de primeira necessidade.

Posto isto, e numa primeira análise, partindo do pressuposto que o crude seja, neste momento e na sociedade industrializada em

que vivemos, um bem essencial à economia mundial do qual dependem todos os sistemas económicos (na medida em que é, desde logo, matéria-prima essencial para a produção de muitos outros bens necessários à actual forma de vida humana e social) poder-se-á dizer que teremos estado perante uma situação que poderemos considerar como açambarcamento, uma vez que alguém provocou, intencionalmente, uma anormal situação de escassez no mercado de um bem essencial à economia (neste caso o crude). Mas se se entender que a questão do açambarcamento não se pode colocar relativamente ao crude, então coloquemo-la relativamente aos cereais.

Contudo, não poderemos reduzir o problema das situações de recusa de venda a uma mera recusa de venda, tendo antes que se ver o que está para além dessa recusa.

Salvo os casos extremos, como sejam situações de conflito armado ou de catástrofe económica, ou ambiental, em que os bens essenciais escasseiam por haver falta deles e, por isso, quer os indivíduos, quer os operadores económicos procuram munir-se a todo o momento da maior quantidade possível desses bens, quer para seu consumo próprio, quer para garantirem o exercício futuro da sua actividade (terem stock disponível para comercialização durante o maior tempo possível), o que agrava ainda mais a sua escassez no mercado, na maioria das outras situações de açambarcamento haverá uma razão, que não a escassez do bem, que explica essa carestia, ou, melhor dizendo, essa recusa de venda e, consequente açambarcamento.

Numa época de estabilidade, ou de relativa estabilidade económica, estamos em crer que a principal razão que está por detrás das situações de recusa de venda, com o consequente prejuízo do normal abastecimento do mercado, será a intenção de fazer os preços desses bens subirem de uma forma generalizada com vista a obterem-se maiores lucros que de outro modo (de acordo com o normal funcionamento do mercado) não se obteriam. Ou seja, a razão que está por detrás destas situações de recusa de venda é um objectivo especulativo. Ora, se assim é, estamos em crer que devemos caracterizar estas situações de recusa de venda não como

situações de açambarcamento, mas como situações de verdadeira especulação ilegítima de preços.

É a finalidade ou objectivo do açambarcador que merece, ou deve merecer, uma especial atenção, não fosse aí que se encontra o móbil da sua actuação. Que outro interesse plausível existe por parte do açambarcador que seja um agente económico em recusar, em período de estabilidade, ou relativa estabilidade económica, abastecer normalmente o mercado dos bens que comercializa que não seja fazer subir os seus preços à custa dessa carestia infligida ao mercado? Podendo o açambarcamento traduzir-se numa recusa de venda de bens, se essa recusa em lançar os bens no mercado tiver por detrás o objectivo de os colocar mais tarde à venda a um preço mais elevado, tal conduta, embora se traduza materialmente numa recusa de venda, estamos em crer que, na sua essência, deve ser tida como especulação ilegítima de preços.

De acordo com a nossa legislação nacional vigente (Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, art. 28.º, n.º 1, al. b)) pratica o ilícito de açambarcamento *quem, em situação de notória escassez ou com prejuízo do abastecimento regular do mercado de bens essenciais ou de primeira necessidade ou ainda de matérias-primas utilizáveis na produção destes recusar a sua venda segundo os usos normais da respectiva actividade*⁽¹⁴⁾. Caberá pois na previsão deste normativo a situação em que, por exemplo, o agente económico, comerciante de trigo, numa época de notória escassez do mesmo no mercado, se recusa em lançar neste as reservas que detém em armazém. E a situação em que o estado de escassez é criada através de uma recusa de venda com o objectivo de, mais tarde, os bens serem lançados no mercado a preços superiores caberá aqui? Estou certo que caberá, também, dentro da previsão normativa. No entanto, nesta situação última estamos, por certo, perante um caso

⁽¹⁴⁾ Art. 28.º, n.º 1, al. b), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Segundo este normativo legal pratica o ilícito de açambarcamento “quem, em situação de notória escassez ou com prejuízo do abastecimento regular do mercado de bens essenciais ou de primeira necessidade ou ainda de matérias-primas utilizáveis na produção destes:

b) Recusar a sua venda segundo os usos normais da respectiva actividade ou condicionar a sua venda à aquisição de outros, do próprio ou de terceiro.

de especulação ilícita de preços, disfarçada por uma, diga-se, deliberada e, por isso, anómala situação de escassez.

2.1.1. A (aparente) confusão entre especulação e açambarcamento. O açambarcamento como forma de comissão da especulação

Açambarcamento e especulação de preços sempre atraíram sobre si os olhares atentos dos governos, sendo essa atenção redobrada em épocas conturbadas a nível económico. Se em épocas de estabilidade ou prosperidade económica, comportamentos típicos de açambarcamento ou especulação poderão até, conforme os casos, ser tolerados, já em épocas de crise, não o serão. Como se alcança do parecer da nossa então Câmara Corporativa n.º 46/VI⁽¹⁵⁾ “a liberdade de preços é de lei geral em regime de mercado como aquele em que vivemos e, dentro deste, os preços variam segundo a acção das leis económicas, entre as quais a da oferta e da procura. A este regime pode o Estado pôr limites por motivos de interesse público e assim faz quando tabela os preços, ou condiciona a venda ou determina o máximo dos lucros. Mas se não impõe concretamente nenhuma destas restrições não é de admitir que por meio de uma norma punitiva introduza um condicionamento indirecto, mas geral que só tem lugar em regime socialista”.

No plano factual, açambarcamento e especulação de preços sempre viveram paredes-meias, quando não até entre tocando-se ou confundindo-se. Dos exemplos deixados atrás, constatamos que, não raras vezes, um determinado comportamento que aparenta ser típico de açambarcamento, após uma análise mais cuidada do mesmo, se conclui consubstanciar, isso sim, uma actuação especulativa e não de açambarcamento, tendo apenas de comum o modo de comissão, ou então até é subsumível em termos normativos à previsão típica de ambos os ilícitos.

⁽¹⁵⁾ Parecer da Câmara Corporativa n.º 46/VI, *apud* DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, 1999, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*, In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II. Coimbra, Coimbra Editora.

A própria Câmara Corporativa em parecer por si emitido confundiu ambos os comportamentos ao referir que “o açambarcamento caracteriza-se essencialmente pela retenção de mercadorias, impedindo o seu lançamento no comércio em certo momento, com o fim de mais tarde se procurar melhor preço e venda⁽¹⁶⁾”, fazendo assim do açambarcamento uma forma de comissão da especulação.

Mas, se a confusão existiu, e pode existir no plano factual, não deverá ela passar para o plano legislativo ou axiológico. Sem querer fazer aqui uma análise da evolução histórica das duas figuras, temos que admitir que, por vezes, entre ambas existiram situações de confusão. Confusão esta que levou FIGUEIREDO DIAS⁽¹⁷⁾, a sugerir que “«de jure condendo» pode pôr-se a questão de saber se deve manter-se uma incriminação autónoma de açambarcamento ao lado da de especulação, ou se diferentemente não será preferível — seguindo a que foi desde muito cedo a orientação francesa — considerar o açambarcamento só na medida em que ele possa constituir uma manobra fraudulenta atinente à manipulação dos preços e, assim, na medida em que caiba na punição prevista na especulação.”

Na nossa legislação vigente (Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro), quer o açambarcamento (art. 28.º), quer a especulação de preços (art. 35.º) são tuteladas e de modo autónomo. No entanto, se fizermos uma retrospectiva legislativa às duas figuras, nem sempre essa distinção foi tão nítida.

Mas..., confundir-se-ão ambas as figuras?

Como bem refere FIGUEIREDO DIAS⁽¹⁸⁾, especulação de preços e açambarcamento são coisas diversas. Segundo este professor da escola de Coimbra, em um e outro ilícito “podem parcialmente

(16) Parecer da Câmara Corporativa, in *Pareceres*, (n.º 2), pp. 117 ss., apud DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 75, nota 18.

(17) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, 1999, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 72, nota 14.

(18) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, 1999, Coimbra, Coimbra Editora, p. 75.

coincidir os modos de comissão”(19), mas as coincidências ficam por aí, já que, quanto ao essencial, os bens jurídicos tutelados são diversos. Assim, enquanto no ilícito de açambarcamento (numa visão restritiva da figura) se visa obstar à escassez anormal de géneros de primeira necessidade, no ilícito de especulação de preços visa-se salvaguardar a estabilidade dos preços. É pois o bem jurídico e não a conduta do agente a pedra de toque que deve permitir e permite distinguir as várias figuras e, neste particular, o açambarcamento face à especulação de preços. Contudo será já a conduta do agente, especialmente a sua vontade (o seu dolo) que nos vai permitir saber se estamos perante uma ou outra forma de actuação antieconómica.

Visto o problema por aqui, pelo prisma do bem jurídico lesado, diremos que não há confusão entre ambas as figuras. Contudo, não será tão líquida essa inconfundibilidade se com a recusa de venda o agente económico visar atingir o objectivo da subida dos preços praticados no mercado, de modo a obter lucros que doutro modo não obteria. Neste caso, entendemos que estamos face a uma situação de especulação ilegítima, embora possa, em termos de forma de comissão, caber dentro da previsão normativa do açambarcamento. É que, o que o agente económico visou com a sua actuação foi a alteração de preços, com vista à obtenção de lucros ilegítimos. Já assim não será se o agente económico retém os bens não os lançando no mercado, mas com isso não visar uma qualquer alteração de preços.

Quando os modos de comissão do ilícito coincidirem, será apenas o elemento volitivo da actuação do agente que nos permitirá distinguir em presença de que figura estaremos, não se podendo esquecer que é o objectivo, a intenção do agente, que deve merecer uma especial atenção, não fosse aí que se encontra o móbil da sua actuação.

Do que fica dito, podemos retirar uma outra conclusão, a de que, não raras vezes, o açambarcamento é a antecâmara, ou uma

(19) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, 1999, Coimbra, Coimbra Editora, p. 71.

forma de atingir a especulação ilegítima de preços. Daí que na esteira de FIGUEIREDO DIAS⁽²⁰⁾, “«de jure condendo» pode pôr-se a questão de saber se deve manter-se uma incriminação autónoma de açambarcamento ao lado da de especulação, ou se diferentemente não será preferível — seguindo a que foi desde muito cedo a orientação francesa — considerar o açambarcamento só na medida em que ele possa constituir uma manobra fraudulenta atinente à manipulação dos preços e, assim, na medida em que caiba na punição prevista na especulação.”

Da nossa parte entendemos que não foi descabida a posição defendida pela então Câmara Corporativa⁽²¹⁾ quando referiu que “o açambarcamento caracteriza-se essencialmente pela retenção de mercadorias, impedindo o seu lançamento no comércio em certo momento, com o fim de mais tarde se procurar melhor preço e venda”, pelo que não será de rejeitar aquela solução apresentada por aquele professor da Escola de Coimbra, tanto mais que, não raro, por detrás do açambarcamento está um objectivo especulativo e, se assim é, o que está em causa é especulação e não açambarcamento.

Aqui chegados, e sem prejuízo de tudo que atrás ficou dito acerca do açambarcamento, uma situação de recusa de venda pode ocorrer quer estejam, ou não, em causa bens essenciais ou de primeira necessidade. Contudo, fazendo apelo ao que acontece em sede de ordenamento jurídico nacional, o ilícito de açambarcamento aí previsto, nomeadamente através da recusa de venda, só se verifica quando esteja em causa, como refere, e bem, o texto legal, uma “situação de notória escassez” ou de “prejuízo do abastecimento regular do mercado de bens essenciais ou de primeira necessidade ou ainda de matérias-primas utilizáveis na produção destes”. Deste modo, sem cuidar aqui do que se possa, ou deva,

(20) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, 1999, Coimbra: Coimbra Editora, p. 72, nota 14.

(21) Parecer da Câmara Corporativa, in *Pareceres*, (n.º 2), p. 117 ss., *apud* DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, 1999, Coimbra: Coimbra Editora, p. 75, nota 18.

entender por bens essenciais ou de primeira necessidade, tenhamos, no entanto, em atenção duas situações: a primeira será aquela em que com a recusa de venda não estão em causa bens essenciais ou de primeira necessidade e, a segunda, a inversa, ou seja, em causa estão bens essenciais ou de primeira necessidade.

Na primeira situação não haverá uma qualquer situação de concurso até porque a previsão típica do ilícito de açambarcamento não se encontra preenchido. Teremos, por isso (se o agente com a recusa de venda tiver em vista a alteração dos preços desses bens no mercado, e tiver conseguido tal ensejo), tão-somente uma situação de especulação ilícita de preços.

Na segunda situação (quando em causa está a recusa de venda de bens essenciais ou de primeira necessidade), teremos que ter em conta se o agente com a sua conduta visa, ou não, a alteração dos preços desses bens no mercado.

Se ele não visa essa alteração dos preços, também não estaremos perante uma situação de concurso, pois não se encontrará preenchida a previsão típica do ilícito de especulação.

Diferente será se o agente com a sua conduta visa a alteração dos preços.

Dissemos atrás que numa situação de recusa de venda em que o agente económico, com tal recusa, tenha por objectivo alterar os preços desse bem no mercado, estaremos perante uma situação de especulação ilícita de preços. Contudo, não deixará de ser verdade que o agente com a sua conduta terá negado como refere EDUARDO CORREIA⁽²²⁾ “diversos valores jurídico-criminais” — a estabilidade dos preços e o regula abastecimento do mercado. Se assim é, por que ilícitos poderá ser punido?

Entendemos haver aqui uma situação de concurso aparente de normas, devendo o agente ser punido tão-somente por especulação ilícita de preços, já que a recusa de venda é tão-somente a forma de comissão do ilícito. É só o *corpus* da actuação do agente. Se olhar-

⁽²²⁾ CORREIA, EDUARDO, *Unidade e Pluralidade de Infracções: Caso Julgado em Poderes de Cognição do Juiz: A Teoria do Concurso em Direito Penal (reimpressão)*, 1996, Coimbra, Almedina, *apud* D'ALMEIDA, LUÍS DUARTE, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, 2004, Coimbra, Almedina, p. 10.

mos ao *animus*, ao dolo, à intenção do agente, percebe-se que o que ele teve em mente foi a alteração dos preços. Será uma situação idêntica àquela em que *A* pega numa arma e mata *B*. Não há dúvida que com a sua actuação ele, além de ofender o bem jurídico vida, atentou, também, contra a integridade física da vítima. Contudo, será punido tão-somente pelo crime de homicídio e não por homicídio e ofensa à integridade física, sob pena de se violar o princípio constitucional do *ne bis in idem*.

No caso vertente será idêntico o que acontece, já que a sua conduta de recurso de venda não visou isso mesmo, mas algo mais — a alteração dos preços. A recusa de venda é só a parte visível da conduta do agente, já que por detrás dela há uma outra parte invisível, a sua intenção, o objectivo para o qual a actuação do agente foi pré ordenada e que, caso não consiga alterar os preços, pelo menos faz com que o tenha tentado.

Não podemos esquecer que o art. 35.º, do Decreto-lei n.º 28/84 de 20 de Janeiro, que no nosso ordenamento jurídico prevê o ilícito de especulação de preços, refere na al. b), do seu n.º 1 que pratica o ilícito de especulação de preços aquele que “alterar, sob qualquer pretexto ou por qualquer meio e com intenção de obter lucro ilegítimo, os preços que do regular exercício da actividade resultariam para os bens ou serviços”, sendo pois um ilícito de forma livre quanto ao modo de execução. Ora, a recusa de venda cabe dentro desses *quaisquer meios* de comissão do ilícito.

Estaremos, pois, aqui perante uma situação de concurso aparente de normas, onde existirá uma relação de consunção.

Assim sendo, mais uma vez, assista razão a FIGUEIREDO DIAS⁽²³⁾ quando refere que “«de jure condendo» pode pôr-se a questão de saber se deve manter-se uma incriminação autónoma de açambarcamento ao lado da de especulação, ou se diferentemente não será preferível — seguindo a que foi desde muito cedo a orientação francesa — considerar o açambarcamento só na medida em que ele possa constituir uma manobra fraudulenta atinente à manipulação

(23) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, 1999, Coimbra: Coimbra Editora, p. 72, nota 14.

dos preços e, assim, na medida em que caiba na punição prevista na especulação.”

2.2. Especulação de preços *versus* ilícito de falsificação (de documento ou de peso ou medida)

Que o ilícito de falsificação (seja ele de falsificação de documento, de peso, ou medidas) atenta contra bens jurídicos próprios da vida em sociedade, pondo em causa a fé pública que deve existir quanto às medidas e ao efeito probatório dos documentos, é algo que é pacífico.

Nenhuma relação (seja ela social, familiar ou de outra natureza) subsiste no tempo, sem um suporte de verdade, transparência e objectividade. O mesmo acontece nas relações económicas. Nenhuma relação a este nível subsistirá se não houver certeza, verdade, objectividade e transparência. E para essa certeza, verdade, objectividade e transparência contribui e muito a integridade dos documentos, bem como a verdade dos pesos e medidas. Alguém aceitará entrar ou permanecer num mercado em que não se pode confiar nos documentos que aí circulam e que documentam as relações económicas que aí se estabelecem ou que servem de veículo às propostas negociais que aí se façam? Alguém aceitará entrar ou permanecer num mercado em que não se pode confiar nos pesos e medidas que aí são praticados? A resposta é óbvia: não!

A confiança que deve existir quanto aos pesos, às medidas e ao efeito probatório dos documentos contribui para a existência de tal certeza, verdade, objectividade e transparência — valores estes essenciais para a prosperidade dos mercados.

Se no ilícito de falsificação de documento estamos perante um ilícito que, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS⁽²⁴⁾, se situa a “meio caminho entre os crimes contra os bens colectivos e os crimes patrimoniais”, sendo, nessa medida, “por vezes, visto como um

(24) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, actas 1993, 297, *apud* MONIZ, HELENA ISABEL, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, Coimbra, p. 675.

acto preparatório de um crime patrimonial”⁽²⁵⁾ e em que se visa proteger a verdade intrínseca do documento enquanto tal”⁽²⁶⁾, no ilícito de falsificação de pesos e medidas, visa-se, por seu turno, proteger a “intangibilidade ou integridade do sistema legal de operações de medição”⁽²⁷⁾, sendo este um «um bem jurídico-meio, instrumental ou de perigo»⁽²⁸⁾ na medida em que através da sua salvaguarda se visa a integridade de outros, como seja o património.

Ora, são cada vez mais diversas as formas e tipos de negócio ou investimento em que o documento desempenha um papel preponderante, seja para efeitos de prova, negociação (transmissão das declarações negociais), ou celebração do negócio. Veja-se a título de exemplo, o mercado de capitais em que as acções transaccionadas materialmente não são mais que meros títulos, documentos, que sem os quais o mercado accionista não existiria.

Por outro lado, são cada vez mais diversos os fenómenos especulativos e com origem em fontes, também elas, cada vez mais dispares. Assim, pode acontecer, por exemplo (o que não deixará, é certo, de ser difícil de acontecer) que uma actuação especulativa (ou como actualmente está em voga dizer-se, uma bolha especulativa) tenha origem numa emissão abusiva ou falsificação de títulos, ou acções, que injectados no mercado façam alterar toda a cotação daquelas que são verdadeiras ou que foram emitidas regularmente. Ou então, pode até acontecer que a bolha especulativa tenha origem em notícias falsas que foram difundidas com o intuito de criar especulação num determinado sector económico. Veja-se, a título de exemplo, a difusão de uma notícia falsa onde conste que um dado banco vai fundir-se com um outro dando origem a uma

(25) ARTZ/WEBER, *Strafrecht* BT LH 4 130-131 e 133, *apud* MONIZ, HELENA ISABEL, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, Coimbra, p. 675.

(26) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO/ANDRADE MANUEL DA COSTA, *apud* MONIZ, HELENA ISABEL, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, Coimbra, p. 679.

(27) MONTEIRO CRISTINA LÍBANO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, Coimbra, p. 848.

(28) MONTEIRO CRISTINA LÍBANO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, Coimbra, p. 848.

grande instituição financeira, desencadeando com isso uma maior procura das acções dessas instituições e o seu consequente aumento de preço. Ou então a notícia falsa que anuncia a eminente falência de um banco fazendo ‘cair’ a cotação as suas acções.

Por outro lado, olhando para o nosso ordenamento jurídico e de acordo com o que aí vigora (veja-se a este propósito, sem querer aqui deter-me acerca da natureza de tal comportamento, o que previu o legislador português no art. 35.º, n.º 1, al. c), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) é proibida a venda de bens “por preço superior ao que conste de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas elaboradas pela própria entidade vendedora ou prestadora dos serviços” ou, então, a “venda de bens que por unidade devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida ou contido em embalagens ou recipientes cujas quantidades foram inferiores às nestes mencionadas”. Dito de uma forma simplista, não se pode comercializar bens faltando à verdade quer quanto ao preço, quer quanto às medidas e pesos anunciados.

É, pois, manifesta a importância que a verdade e integridade dos pesos, medidas e documentos⁽²⁹⁾ têm para o sistema económico, para o funcionamento dos mercados.

Por outro lado, um acto especulativo (e pondo aqui de parte a questão de saber se o que prevê o art. 35.º, n.º 1, al. c) do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, é realmente um fenómeno especulativo ou de outra natureza — a fraude de mercadorias) pode ter na sua origem o uso de documentos falsos ou de medidas, ou pesos adulterados, ou então, pode (como prevê este normativo legal acabado de citar), traduzir-se na venda de bens “por preço superior ao que conste de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas elaboradas pela própria entidade vendedora ou prestadora dos serviços” ou, então, na “venda de bens que por unidade devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida ou contido em embalagens ou recipientes cujas quantidades foram inferiores às nestes mencionadas”.

⁽²⁹⁾ Entendendo-se aqui por documento, a definição que nos é dada pelo art. 255.º, al. a) do Código Penal.

Assim, a questão que se coloca é a de saber porque ilícito, ou ilícitos, deverá ser punido o agente que, com vista à adulteração dos preços no mercado, ou à prática de preços diferentes daqueles que deveria praticar, falsificou documentos (por ex. preçários), pesos ou medidas.

Não se poderá também aqui esquecer que o ilícito de especulação de preços, nomeadamente em sede de ordenamento jurídico nacional, quanto à forma de comissão, é, em certos casos, de forma livre, na medida em que a lei prevê como ilícita a alteração “sob qualquer pretexto ou por qualquer meio” dos preços, pelo que a viciação, adulteração, ou falsificação de documentos, pesos ou medidas pode ser um meio de atingir tal resultado.

Pode pois acontecer que o agente económico, que pretende praticar preços diversos daqueles que são praticados pelos demais agentes a operar no mercado em que está inserido, como forma de ocultar tal acto, adultere documentos (por exemplo: etiquetas, letreiros, rótulos ou listas onde tem afixados os preços ou onde estes foram definidos), fazendo deles constar preço superior àquele que nesse mercado são praticados, ou, então, pode acontecer que faça constar preços diferentes daqueles que lhe é permitido praticar (o caso dos preços determinados administrativamente). Ou então, ainda, pode acontecer que faça constar nos bens indicação de peso ou medida diferente da que efectivamente têm, ou reduza, em termos de existências, às quantidades ou medidas indicadas, mantendo ou ajustando, por sua vez, o preço praticado à errada informação de quantidade ou medida.

Esquecendo aqui a questão da fraude de mercadorias, vamos ater, apenas, sobre a questão da adulteração efectuada. Deste modo, porque ilícito deveria ser punido o agente que, com vista à adulteração dos preços no mercado, ou à prática de preços diferentes daqueles que deveria praticar, falsificou documentos, pesos ou medidas?

Não esqueçamos, também, que o art. 256.º do nosso Código Penal em vigor prevê o crime de falsificação ou contrafacção de documentos e o art. 269.º, do mesmo diploma legal, o crime de contrafacção de selos, cunhos, marcas ou chancelas e o 270.º, também do mesmo diploma legal, o crime de falsificação de pesos e

medidas, pelo que existem diversas normas legais a proibir actos que se traduzam na falsificação de documentos, medidas ou pesos.

Posto isto, se estivermos perante um domínio em que vigore o regime de preços livres, o agente económico é livre de fixar os seus preços. Por isso, se ele altera as suas tabelas e passa a praticar novos preços (os aí agora anunciados), fá-lo no domínio de um poder que lhe assiste — fixar livremente os seus preços. Ora, se assim é, estamos certos de que nenhum ilícito comete se alterar as tabelas de preços e passar a praticar o novo preço daí constante. Contudo, partindo do pressuposto que não se está nessa zona de liberdade do agente económico (se estivermos no domínio dos preços fixados ou aprovados administrativamente), temos então que ver qual o intuito do agente e o que este conseguiu com a sua actuação. De facto, ninguém falsifica um documento, peso, ou medida sem ter uma intenção. E na temática que vimos abordando essa intenção assume grande relevo. Porquê determinada pessoa ou indivíduo adulterou documentos (por exemplo: tabelas) ou porquê adulterou pesos ou medidas? O que pretendia o agente com isso? A resposta a isto não é irrelevante e permitirá resolver problemas de concurso com vista a saber-se se foi cometido algum ilícito e qual. Embora, segundo CONCEIÇÃO VALDAGUA⁽³⁰⁾, “A relação de consunção verifica-se quando um tipo legal de crime inclui a realização de um outro tipo menos grave, não por necessidade lógico-conceptual, mas sim de um modo típico”, pelo que (do que discordamos) “se o agente como meio de realizar a burla simples praticar um crime de falsificação de documento simples, a que é aplicável a mesma pena que à burla simples (art. 256.º, n.º 1) verificar-se-á uma situação de consunção pura em que a burla (crime fim) consumirá a falsificação de documento (crime meio). Mas se o meio de realizar a burla simples, a que é aplicável pena de prisão até 3 anos ou multa (art. 217.º), for a falsificação de documento agravada, cuja pena, nos termos do art. 256.º, n.º 3, é de prisão de 6 meses a 5 anos ou multa de 60 a 600 dias, dar-se-á uma situação de consun-

⁽³⁰⁾ Neste sentido VALDAGUA, MARIA DA CONCEIÇÃO, *Síntese do Concurso*. Disponível na internet em <http://www.lis.ulsiada.pt/old/auditor/seguero/documentos/bib_7/2006/sinteseconcurso_341_347.pdf>, p. 343.

ção impura, devendo o agente ser punido apenas pela falsificação agravada, cuja pena é superior à da burla simples”, discordamos desta posição e argumentação, pelo facto de que entendemos que não deve ser a moldura da pena a definir porque ilícito o agente deve ser punido, mas antes e, exclusivamente, seu dolo, elemento subjectivo do tipo.

Assim sendo, se a actuação do agente foi com vista a atingir como resultado final a adulteração dos preços, estou certo que só por especulação de preços deverá ser punido o agente, estabelecendo-se entre as normas que punem o respectivo ilícito de falsificação e a que pune a especulação uma relação de concurso aparente de normas, através de uma relação de consunção.

É essa intencionalidade do agente, que não podendo ser autonomizada relativamente à sua actuação desencadeada, de modo a autonomizar ali um ilícito face aos demais, que não permite sequer punir o agente em termos de concurso efectivo, por exemplo, por crime de falsificação de documento e por crime de especulação de preços. Apesar de o agente infractor no seu *iter criminis* e antes de atingir o resultado final pretendido ter violado diversos bens jurídicos susceptíveis, abstractamente, de serem valorados de forma autónoma ente si, certo é que, em concerto, a adulteração ou falsificação de documentos, pesos, ou medidas foi somente um meio, uma forma, de atingir um resultado final — a adulteração dos preços. Por via disso, entendemos que não deverá o agente ser punido em termos de concurso efectivo, mas somente pelo ilícito de especulação de preços.

Diferente de tudo isto será a situação de “vender bens ou prestar serviços por preço superior ao que conste de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas elaborados pela própria entidade vendedora ou prestadora do serviço” (art. 35.º, n.º 1, al. c), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro), ou, então, a situação típica prevista na al. d), do mesmo normativo legal, que prevê verificar-se o ilícito de especulação quando o agente “vender bens que, por unidade, devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida, ou contidos em embalagens ou recipientes cujas quantidades forem inferiores às nestes mencionadas”. Nestes casos, não existe qualquer adulteração de etiquetas, rótulos,

letreiros ou listas, ou ainda, de pesos ou medidas. O que existe é, isso sim, uma actuação do agente contrária àquela que lhe é imposta quer pelas etiquetas, rótulos, letreiros ou listas de preços anunciadas, quer pela informação de peso ou medidas anunciadas, devendo, por isso, porque a lei assim o prevê, ser punido somente por especulação ilícita de preços.

2.3. Especulação de preços *versus* abuso de confiança

Sendo o ilícito de abuso de confiança um comportamento que atenta contra o bem jurídico propriedade, na medida em que se traduz, como refere FIGUEIREDO DIAS⁽³¹⁾, na “apropriação ilegítima de coisa móvel alheia que o agente detém ou possui em nome alheio”, que lhe foi entregue, como refere a previsão normativa do art. 205.º, n.º 1, do nosso Código Penal, “por título não translativo”, pode perguntar-se em que é que isso releva relativamente à especulação de preços.

Socorrendo-nos de uma situação prática, pode, pois, suceder que o titular de um elevado número de acções de um grande grupo económico, por exemplo, o titular de acções correspondentes a 3% ou 5% do capital de um grande banco as tenha confiado à guarda de alguém e que esse alguém, sabendo que a cotação dessas acções vai cair no mercado, ou então, sabendo que se alienar tais acções de uma só vez fará a sua cotação cair, vende de imediato tais acções, arrecadando, com isso, uma elevada quantia monetária e, posteriormente, volta a adquirir outras em número idêntico no mercado, agora a um preço inferior àquele pelo qual as vendeu, por forma a poder entrega-las a quem lhas confiou, mas reservando para si o lucro proporcionado por aquela transacção.

Efectivamente, estaremos, por certo, perante um abuso de confiança⁽³²⁾, na medida em que alguém utiliza o património de

⁽³¹⁾ Neste sentido DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, Coimbra, p. 94.

⁽³²⁾ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, p. 104.

outrem, sem o seu consentimento, como se de seu património se tratasse, fazendo-o gerar frutos dos quais se apropria. Em sentido contrário, veja-se FIGUEIREDO DIAS, quando refere que “não falta hoje quem defenda que aquela confusão ou simples uso são, em si mesmos, insuficientes para integrar o elemento *objectivo da apropriação* (assim ente nós EDUARDO CORREIA, *RDES* 1945 65 s.; e depois na doutrina alemã, sobretudo Roxin, *H Mayer — FS* 1966 467 ss. e TIEDEMANN, *JUS* 70 110). Esta parece ser a doutrina mais correcta e mais próxima da realidade da vida”. De facto, no caso em análise, não fosse por outro motivo, o agente sempre se apropriou dos frutos, os lucros, gerados com a operação, ou negócio ocorrido. Por outro lado, se o agente com aquela actuação teve em mente provocar uma queda na cotação de tais acções, fazendo, por isso, alterar o seu valor (preço) no mercado, de modo a, com isso, obter lucro, ele praticou especulação de preços. Ora, se assim é, porque ilícito, ou ilícitos, poderá ele ser punido?

Pelas mesmas razões já atrás referidas, entendo que se o abuso de confiança foi um meio de conseguir adulterar o preço das acções no mercado, ele deverá ser punido apenas por especulação de preços, existindo entre as normas que punem os diversos ilícitos uma relação de consunção. Diferente será se esse não foi o seu objectivo. Nesse caso deve ser punido por abuso de confiança.

Como se disse já atrás, não deixa de ser verdade que o agente no seu *iter criminis* e antes de atingir o seu resultado final violou outro bem jurídico — o bem jurídico propriedade —, contudo o abuso de confiança foi apenas um meio para conseguir ofender o bem jurídico estabilidade dos preços, pelo que, por isso, não deverá ser punido em termos de concurso efectivo por ambos os ilícitos, mas somente por especulação de preços⁽³³⁾.

⁽³³⁾ Neste sentido, embora relativamente a crimes diversos, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, acessível na internet, no endereço electrónico: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/386f82a0cabc13fb80256e3c005266c6?OpenDocument>>.

2.4. Especulação de preços *versus* burla

Se nos termos atrás vistos entre especulação de preços e abuso de confiança pode haver, não só, relação de concurso efectivo de ilícitos mas, também, de concurso aparente, o que dizer relativamente à burla por contraposição à especulação de preços?

Considerando-se burla como o acto através do qual o agente, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determina outrem à prática de actos que lhe causem a si, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial (art. 217.º, do nosso código penal), então o que dizer da actuação do indivíduo que adultera os preços com intenção de obter lucros que de outro modo não obteria? É que este comportamento também causa prejuízos patrimoniais a quem deles é vítima!

Se a burla se verifica quando o agente, com vista a obter enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que provocou, determina outrem à prática de acto que lhe causem prejuízos, na actuação em que o agente económico adultera os preços fazendo crer que a sua subida se deve a variações do mercado e que os preços agora praticados são legítimos, poder-se-á dizer que estamos, também, perante uma actuação enganosa que causa prejuízos a outrem — os que pagaram esse preço adulterado. Alguém paga um preço pensando que é o correcto, quando, de facto, não o é, e, com isso, está a ser prejudicado, e alguém engana outrem cobrando-lhe um preço que não deveria cobrar e com isso causa-lhe prejuízos.

Em ambas as situações é posto em causa o bem jurídico patrimonial (este o bem jurídico especificamente tutelado com a criminalização dos actos de burla). *Quid juris* então?

Não tenho dúvidas que burla e especulação de preços são actos lesivos de bens jurídicos diversos e que situações existem que não causam qualquer dúvida ao julgador quanto a saber porque ilícito punir o infractor. Já assim não será quanto às situações, comumente apeladas de zonas de fronteira, como seja, no caso do nosso ordenamento jurídico, a situação específica prevista na al. c) do art. 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro — as

situações em que o agente económico, por exemplo, altera os preços constantes em etiquetas, rótulos, letreiros ou listas e faz crer aos adquirentes de tais bens que o preço certo é o ali apostado (o preço adulterado).

Nesta situação, se estivermos perante um domínio em que vigore o regime de preços livres, o agente económico é livre de fixar os seus preços. Por isso, se ele altera as suas tabelas, fá-lo no domínio de um poder que lhe assiste — fixar livremente os seus preços. Ora se assim é, nenhum ilícito comete se alterar as tabelas de preços e passar a praticar o novo preço daí constante. Contudo, não foi a pensar nisto que o legislador criou aquela norma legal, nem é aqui que as dúvidas surgem. O problema surge no domínio dos preços fixados administrativamente, vg. preços legais. Aqui, o preço afixado ou anunciado terá que ser aquele que é permitido ao agente económico praticar e não outro. Ora, se o agente económico adultera os preços constantes de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas fazendo crer aos adquirentes de tais bens que o preço ali apostado (o preço adulterado) é o correcto, poder-se-á dizer, que estamos, aqui, perante uma actuação enganosa que causa prejuízos a outrem.

Perante esta situação, o que foi posto em causa? O bem jurídico *património*, o bem jurídico *estabilidade dos preços*, ou os dois?

Cabe aqui chamar atenção para o seguinte: Na concreta situação prevista na al. c), do art. 35.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, em bom rigor, quem foi lesado foi aquele concreto adquirente, que pagou um preço viciado, naquele concreto negócio que celebrou. Desta actuação do agente infractor não ficou (e dificilmente ficará) em causa o bem jurídico estabilidade dos preços. Estes continuam, ou continuarão, estáveis. Não é um acto isolado de venda de um dado bem ou até a alteração de preços por parte de um agente económico (falando de um agente económico de reduzida ou nula expressão no mercado, por exemplo um café de bairro) no seu estabelecimento comercial que tem capacidade de alterar os preços do mercado (já assim não será tão liquido se estivermos a falar de um agente económico que age em regime de monopólio — por exemplo um concessionário prestador de servi-

ços públicos essenciais — ou um grande grupo económico cuja actuação, não ao nível de um acto económico isolado, mas ao nível de uma actuação duradoura, altera os preços).

A vítima, muito provavelmente, apenas dirá: ‘olha, agora é mais caro!’, ou ‘aqui é mais caro!’ Aquela concreta actuação não teve em vista qualquer adulteração dos preços do mercado, mas apenas dos preços praticados naquele estabelecimento, ou naquele concreto negócio.

Posto isto, estou certo que poderemos, pois, dizer que entre a norma da al. c), do art. 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, e a norma do n.º 1, do art. 217.º do código penal, existe uma situação de concurso aparente, com a norma do art. 217.º, através de uma relação de consunção, a esgotar a protecção conferida pelo ordenamento jurídico-penal ao bem jurídico colocado em crise⁽³⁴⁾.

2.5. Especulação de preços *versus* fraude e mercadorias

Prevê o art. 23.º, n.º 1, al. b), do Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro que quem, com intenção de enganar outrem nas relações negociais, fabricar, transformar, importar, exportar, tiver em depósito ou em exposição para venda, vender ou puser em circulação por qualquer outro modo mercadorias de natureza diferente ou de qualidade e quantidade inferiores às que afirmar possuírem ou aparentarem, será punido com prisão até 1 ano e multa até 100 dias, salvo se o facto estiver previsto em tipo legal de crime que comine para mais grave.

Visa este normativo legal a tutela do bem jurídico que, nas palavras de SILVA DIAS⁽³⁵⁾, se traduz no “direito a uma informação

⁽³⁴⁾ Neste sentido DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, 1999, Coimbra, p. 287, referindo-se desta feita ao crime de publicidade fraudulenta previsto no art. 40.º, n.º 2 do Decreto-lei n.º 28/84 em confronto com a norma do art. 217.º do Código Penal.

⁽³⁵⁾ DIAS, AUGUSTO SILVA, in *Protecção Jurídico Penal de Interesses dos Consumidores*, Edição policopiada, das “lições” ao curso de pós-graduação em direito penal económico e europeu, Faculdade de Direito de Coimbra, 2001, Coimbra, p. 91.

veraz sobre a natureza e características das mercadorias postas no mercado e pelos interesses económicos dos adquirentes”.

Ainda de acordo com este autor, visa-se a “protecção dos interesses económicos dos consumidores (e dos adquirentes em geral, mesmo fora das relações de consumo) respaldado pela veracidade e lealdade na produção, distribuição e venda de mercadorias”⁽³⁶⁾.

Pretende-se, pois, por um lado, evitar situações de fraude, de indução dos consumidores em engano e, por outro, garantir a “qualidade e genuinidade dos géneros”⁽³⁷⁾ colocados no mercado.

Ora, uma das formas de atentar contra o bem, ou bens jurídicos tutelados é a colocação à venda, ou a efectiva venda, ou colocação em circulação de bens de qualidade e quantidade inferiores às que afirmar possuírem ou aparentarem.

Por outro lado, numa situação de venda de bens com peso, ou quantidade inferior àquela que deveria ter, ou aparenta ter, há, também, como atrás se disse, um engano e um consequente prejuízo para os consumidores ou adquirente dos bens.

Ora, se este comportamento consubstancia uma fraude de mercadorias, também não deixará de ser, como se viu atrás, uma situação de burla. Contudo, o art. 35.º, n.º 1, al. d), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro (dispositivo legal que, como sabemos, no nosso ordenamento jurídico vigente criminaliza diversas actuações, ou comportamento no mercado que qualifica como comportamentos especulativos) pune, por o considerar um comportamento especulativo, a venda de bens “que, por unidade, devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida, ou contidos em embalagens ou recipientes cujas quantidades forem inferiores às nestes mencionadas”.

Estamos, pois, perante mais um normativo legal que regula a mesma matéria.

(36) DIAS, AUGUSTO SILVA, in *Protecção Jurídico Penal de Interesses dos Consumidores*, Edição policopiada, das “lições” ao curso de pós-graduação em direito penal económico e europeu, Faculdade de Direito de Coimbra, 2001, Coimbra, p. 93.

(37) DIAS, AUGUSTO SILVA, in *Protecção Jurídico Penal de Interesses dos Consumidores*, Edição policopiada, das “lições” ao curso de pós-graduação em direito penal económico e europeu, Faculdade de Direito de Coimbra, 2001, Coimbra, p. 94.

Ora, penso não restar dúvidas de que este comportamento terá tudo a ver com fraude de mercadorias, mas não terá, por certo, nada a ver, com especulação de preços. Daí que assista razão a COSTA ANDRADE⁽³⁸⁾ quando refere que “nem todas as condutas incriminadas e punidas como especulação nos vários números e alíneas do art. 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84 resultarão num atentado directo á estabilidade dos preços. Tal só sucederá de forma mediata com as práticas previstas na al. d) do n.º 1: «Vender bens que, por unidade, devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida, ou contidos em embalagens ou recipientes cujas quantidades forem inferiores às nestes mencionadas». Práticas que mais não são, aliás, do que casos especiais de fraude de mercadorias e que como tais já seriam punidas”. O que nos leva, também, a concordar com este autor e com SILVA DIAS⁽³⁹⁾ no sentido de que “«de jure condendo» o tipo da al. d) do n.º 1 do art. 35.º devia ser incluído no art. 23.º ou simplesmente suprimido por se considerar que a conduta já se encontra prevista na al. b) o n.º 1 do art. 23.º”.

É pois manifesto que numa situação de colocação à venda, ou de efectiva venda, ou colocação em circulação de bens de qualidade e quantidade inferiores às que afirmar ou aparentarem possuírem, há uma situação de concurso aparente, ou de normas, entre, não só, como se disse atrás, a norma do n.º 1, do art. 217.º, do Código Penal, e a do art. 35.º, n.º 1, al. d), do Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, mas também uma situação de concurso aparente com a norma da al. b), do art. 23.º, deste mesmo decreto-lei, sendo que, neste caso, a norma da al. b), do art. 23.º, esgota a protecção conferida pelo ordenamento jurídico-penal ao bem jurídico colocado em crise.

(38) Neste sentido ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *A nova lei dos crimes contra a economia* (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «bem jurídico». In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. I, Problemas gerais, 1998, Coimbra, Coimbra Editora, p. 409.

(39) DIAS, AUGUSTO SILVA, in *Protecção Jurídico Penal de Interesses dos Consumidores*, Edição policopiada, das “lições” ao curso de pós-graduação em direito penal económico e europeu, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2001, nota 185, p. 94.

2.6. Especulação de preços *versus* abuso de informação privilegiada

Segundo o art. 378.º, n.º 3, do Código de Valores Mobiliários, entende-se por informação privilegiada “toda a informação não tornada pública que, sendo precisa e dizendo respeito, directa ou indirectamente, a qualquer emitente ou a valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros, seria idónea, se lhe fosse dada publicidade, para influenciar de maneira sensível o seu preço no mercado”.

Com a proibição do abuso de informação privilegiada (*insider trading*) procura-se impedir que aqueles que detêm informação privilegiada que não seja pública, e, desse modo, têm uma posição mais vantajosa no mercado face aos demais que não detêm tal conhecimento, possam usar tal informação em seu proveito ou em proveito de alguém. Pretendeu-se, como referem FARIA COSTA e ELISABETE RAMOS⁽⁴⁰⁾, “por um lado, tutelar a confiança dos investidores no correcto funcionamento do mercado e, por outro, proteger a decisão económica individual no sentido de que esta seja tomada em situação de igualdade de informação para todos os potenciais intervenientes o mercado. Criando-se, assim, as condições de livre concorrência entre os investidores”.

Por outras palavras, procura-se evitar posições de vantagem entre concorrentes no mercado. Todos devem estar em pé de igualdade e com as mesmas oportunidades de negócio, de investimento. O mercado tem que ser transparente, para que todos os seus intervenientes sintam confiança. Como referem aqueles autores atrás citados, “a falta de confiança dos investidores — gera-se a suspeita de que aquele título é alvo de *insider trading* — pode conduzir à depreciação do seu valor de mercado”⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ COSTA, JOSÉ DE FARIA/RAMOS, MARIA ELISABETE, O crime de abuso de informação privilegiada (Insider Trading) A informação Enquanto Problema Jurídico-Penal, 2006, Coimbra, pp. 37 e 38.

⁽⁴¹⁾ COSTA, JOSÉ DE FARIA/RAMOS, MARIA ELISABETE, O crime de abuso de informação privilegiada (Insider Trading) A informação Enquanto Problema Jurídico-Penal, 2006, Coimbra, p. 36.

Recorrendo ainda às palavras de FARIA COSTA e ELISABETE RAMOS (com os quais concordados integralmente), com a proibição do *insider trading* “o que está em causa é, justamente, a existência do próprio mercado de valores mobiliários enquanto «connected system» e não o mercado enquanto justaposição de posições individuais”⁽⁴²⁾. Ainda segundo estes autores “Quando é cometido o crime de abuso de informação privilegiada, é possível que uma ou várias pessoas possam ter sido lesadas. É mesmo natural que tudo se desenvolva a partir de uma queixa de tais pessoas. Todavia, a infracção existe não para proteger o direito daquela concreta pessoa a comprar os bens a um preço justo e não especulativo, mas antes para proteger o bem jurídico supra-individual expresso no valor que a *livre concorrência* de mercado representa”. A proibição da *insider trading* consagra, nas palavras de ALEXANDRE BRANDÃO DA VEIGA⁽⁴³⁾ “a informação como uma das pedras fundamentais do mercado”.

Se fosse admissível a intervenção no mercado a coberto de informações privilegiadas, o que não faria, por exemplo, um especulador bolsista, na posse de uma dessas informações!? Com certeza que procuraria agir em função das informações de que dispunha (e que lhe proporcionavam uma posição mais vantajosa relativamente aos demais em termos de conhecimento das condições do mercado) tirando daí os maiores benefícios possíveis, provavelmente e com alguma frequência recorreria a comportamentos tidos como *short sale*⁽⁴⁴⁾, o que, se por um lado, poderia, inicial-

(42) COSTA, JOSÉ DE FARIA/RAMOS, MARIA ELISABETE, O crime de abuso de informação privilegiada (Insider Trading) A informação Enquanto Problema Jurídico-Penal, 2006, Coimbra, p. 37.

(43) VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados, 2001, Almedina, p. 154.

(44) Quanto a este fenómeno veja-se, entre outros, REIS CÉLIA/SOUSA RITA DUARTE/VIDAL ISABEL/WILTON PEDRO, Operações de Short Selling, in Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários: <http://www.cmvm.pt/CMVM/Publicacoes/Cadernos/Documents/c4147258a9f84d17a0b37465f7df68b9short_selling.pdf>, p. 160. Segundo estes autores, pronunciando-se acerca do conceito: “Quando alguém faz uma *short sale*, tal significa que vende valores mobiliários cuja titularidade não detém ou cuja titularidade detém mas de forma financiada. No âmbito do mercado a contado, o vendedor fica, portanto, em dívida (assume uma *posição curta*) quanto ao activo objecto da venda, porquanto i) deu

mente, gerar elevadíssimos lucros para o detentor de tais informações, acabaria inevitavelmente, por outro, por causar de forma generalizada instabilidade e insegurança nos preços e por minar a confiança e estabilidade que deve existir no mercado, o que acarretaria o fim do mesmo e prejuízos não só para os investidores, como para a própria economia.

É pois de concluir que o abuso de informação privilegiada é mais um meio capaz (idóneo) para adulterar (viciar) o normal funcionamento do mercado (que deve funcionar em obediência à regra do livre jogo da oferta e da procura) e, em consequência disso, viciar os seus preços, podendo ser, nessa medida, mais uma forma de se fazer especulação ilegítima de preços⁽⁴⁵⁾.

Assim, se um dado agente do mercado detiver uma dada informação privilegiada (não públicas) e fizer uso dela, negociando, ou aconselhando alguém a negociar de acordo com essa informação que detém, deverá ser punido porque delito? Não esqueçamos, como atrás se referiu, que informação privilegiada será “toda a informação não tornada pública que, sendo precisa e dizendo respeito, directa ou indirectamente, a qualquer emitente ou a valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros, seria idónea, se lhe fosse dada publicidade, para influenciar de maneira sensível o seu preço no mercado”. Estamos, pois, em face de informação capaz de causar alterações anormais nos preços. Por outro lado, especulação será “o comportamento ou actuação do agente económico que, por qualquer meio, ainda que limitando-se a aproveitar as condições favoráveis e transitórias do mercado, nele ou

uma ordem de venda de valores mobiliários sem ser titular dos mesmos, tendo de os obter para os entregar ao respectivo comprador, ou ii) deu uma ordem de venda de valores mobiliários de que é titular, mas obteve essa titularidade em consequência da celebração de um empréstimo, pelo que terá de obter os valores para os *devolver* a quem lhos emprestou”. Ainda segundo Eles “a noção de *short selling* não é determinada pelo critério, jurídico, da titularidade dos valores mobiliários, porque, tal como acabou de se expor, alguém pode ser *titular* dos valores mobiliários cuja venda ordena e, não obstante, estar a actuar em *short selling*”.

⁽⁴⁵⁾ Neste sentido VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, *Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados*, 2001, Almedina, p. 154, nomeadamente quando refere “nada impede que alguém associe a manipulação ao *insider trading*”.

fora dele, com vista a obter, mediata ou imediatamente lucros que de outro modo não obteria, provoque a alteração, ou o receio de alteração dos preços que, por decisão administrativa ou do normal funcionamento do mercado, resultam para os bens ou serviços”⁽⁴⁶⁾.

Entendo, e volto a referi-lo, que teremos que ter sempre em atenção duas questões: uma, aquela que se traduz no acto em si mesmo, visto em termos de factualidade objectiva; a outra, à intenção do agente, os efeitos do acto praticado e a sua aptidão para gerar efeitos nefastos à economia ou ao mercado. Dito de outro modo: o que pretendeu o agente e quais as consequências do seu acto?

Mais uma vez, volto a dizê-lo, o agente teve em mente uma finalidade última. Se a sua finalidade foi apenas actuar em função de uma informação privilegiada, mas daí nenhum efeito resultou para o mercado em termos de alteração dos seus preços, entendo que não estaremos perante qualquer ilícito de especulação. Contudo, se o agente teve em vista a adulteração (manipulação) dos preços no mercado, sendo o uso da informação privilegiada que detém um meio para conseguir tal objectivo, aí entendo, então, que o agente deva ser punido por especulação de preços e não por abuso de informação privilegiada, existindo, quanto a nós, entre as normas que punem ambos os ilícitos uma relação de consunção, já que a actuação, ainda que ao abrigo da informação privilegiada, não é mais que uma forma de especular.

Já assim não será se o agente com aquela sua actuação não tiver em mente a alteração dos preços no mercado. Aqui só poderá ser punido por abuso de informação privilegiada, já que não se encontra integralmente preenchida a previsão típica do ilícito de especulação de preços previsto na al. b), do n.º 1, do art. 35.º Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, não se podendo falar de uma relação de concurso entre os diversos tipos legais.

Contudo, há algo mais que temos aqui que referir. O agente económico que negocia, ou leva a que outrem negocie com base

⁽⁴⁶⁾ Definição esta de especulação ilegítima de preços que apresentamos na nossa dissertação de mestrado defendida perante o júri de provas públicas a que nos apresentamos na Universidade Lusíada do Porto, em Setembro de 2011.

em informação privilegiada procurará sempre que do uso dessa informação resulte um benefício para si ou para terceiro, que se traduzirá em um ganho monetário. Por outro lado, nem sempre o uso dessa informação privilegiada limita os seus efeitos ao âmbito daquele concreto negócio realizado com recurso a essa informação. Por vezes o uso de informação privilegiada tem efeitos mais amplos, que se estendem ao mercado. É o caso por exemplo de o recurso à informação privilegiada gerar no mercado uma alteração dos preços ou o receio dessa alteração e, deste modo, ‘influenciar’ os preços futuros a praticar. Se assim acontecer, então estaremos perante uma situação de especulação de preços.

Ora, assim sendo, nesta situação concreta, em que temos diversos tipos legais violados e em que temos diversas normas jurídicas abstractamente aplicáveis ao caso concreto, deveremos punir o agente por qual ilícito? Especulação ou abuso de informação privilegiada?

Entendo que neste caso concreto, apesar de diversas normas legais serem violadas e de diversos valores (interesses) serem ofendidos, entendemos que o abuso de informação privilegiada é uma forma especial de especulação de preços e, nessa medida, há entre as várias normas legais uma relação de especialidade, aplicando-se ao caso concreto as que punem o abuso de informação.

2.7. Especulação de preços *versus* manipulação do mercado

Prevê o art. 379.º, n.º 1, do Código dos Valores Mobiliários, que “quem divulgue informações falsas, incompletas, exageradas ou tendenciosas, realize operações de natureza fictícia ou execute outras práticas fraudulentas que sejam idóneas para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros é punido com prisão até 5 anos ou com pena de multa”.

Por sua vez, o n.º 2, desse mesmo normativo legal prevê que “consideram-se idóneos para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado, nomeadamente os actos que sejam susceptíveis de modificar as condições de formação dos preços, as

condições normais da oferta ou da procura de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros ou as condições normais de lançamento e de aceitação de uma oferta pública.

Este preceito legal está inserido, sistematicamente, tal como o preceito que pune o abuso de informação privilegiada, dentro do Título VIII, Capítulo I, Secção I, relativa aos crimes contra o mercado. Entenda-se, aqui, mercado de valores mobiliários.

É, pois, um ilícito que, dentro do específico mercado de valores mobiliários, pune determinados comportamentos tipificados “que sejam idóneas para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros”, procurando-se, desse modo, salvaguardar o normal funcionamento do mercado de valores⁽⁴⁷⁾, de modo a que neste imperem as leis do mercado, tais como a da transparência, verdade, igualdade de oportunidade e de acesso ao mercado, das quais depende, em muito, a estabilidade e desenvolvimento do mercado.

Por outro lado, como se viu, considera o legislador que, entre outros, são “idóneos para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado, nomeadamente, os actos que sejam susceptíveis de modificar as condições de formação dos preços”. Ora, que actos serão esses?

Desde logo, cabe aqui qualquer acto praticado no mercado de valores mobiliários que possa considerar-se nesse mercado como prática especulativa de preços e, se assim é, então daqui resultará que estamos perante uma situação em que os actos que nesse mercado se possam qualificar como comportamentos especulativos, na medida em que atentam contra a estabilidade dos preços aí praticados, podem concomitantemente qualificar-se como ofensivos da estabilidade desse mercado e do normal funcionamento do mercado de valores⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁷⁾ Neste sentido VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, *Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados*, 2001, Almedina, p. 159, quando refere que “a especulação está centrada nos preços e medidas, ao contrário da manipulação que se centra no financiamento do mercado”.

⁽⁴⁸⁾ Neste sentido VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, *Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados*, 2001, Almedina, p. 159, quando refere que “a manipulação de preços é apenas uma das muitas possibilidades de manipulação”.

Esta conclusão leva-nos desde logo a uma outra constatação, que é a de que, no mercado de valores mobiliários, a estabilidade dos preços, deve ser vista não como uma finalidade última, mas como uma finalidade intermédia da qual dependem, essa sim, a finalidade última, a estabilidade desse mercado.

Ora se assim é, uma outra conclusão, a meu ver, se pode retirar, qual seja a de que bastaria a previsão típica do art. 379.º, do Código de Valores Mobiliários, quanto a nós até mais abrangente para aquele específico sector económico, para se considerar aí tutelada a estabilidade dos preços e reprimidas as actividades especulativas.

Posto isto, e a terminar, concluir-se-á que em presença de uma actividade especulativa ocorrida no mercado de valores mobiliários deve a mesma ser punida não como especulação de preços mas antes como ilícito de manipulação de mercado, verificando-se entre o normativo legal que pune actividade especulativa e o que pune a manipulação do mercado uma relação de especialidade, na medida em que os comportamentos que são idóneos a preencher a previsão típica de ilícito de especulação (refiro-me aqui à previsão típica da al. b), do n.º 1, do art. 35.º do Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro), são também idóneos a preencher a previsão típica do ilícito previsto naquele art. 379.º⁽⁴⁹⁾, mas também porque a situação de manipulação de mercado é, ou pode ser, um caso especial de especulação de preços, pelo que, havendo normas que em especial punem tais comportamentos são essas que se devem aplicar ao caso concreto, sendo que esses comportamentos não deixam, contudo, de ser especulação.

(49) Como refere VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados, 2001, Almedina, p. 160, “pode mesmo dar-se o caso de a especulação ser instrumental à manipulação”.

Bibliografia

Obras/Textos

- ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «bem jurídico»*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. I, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- ARTZ/WEBER, Strafrecht BT LH 4 130-131 e 133; Através de:
- BELEZA, TERESA PIZARRO, *Direito Penal*, I Vol., 2.ª ed. revista e actualizada, AAFDL, 1984.
- CORREIA, EDUARDO, *Unidade e Pluralidade de Infracções : Caso Julgado em Poderes de Cognição do Juiz: A Teoria do Concurso em Direito Penal* (reimpressão); 1996. Através de:
- COSTA, JOSÉ DE FARIA/RAMOS, MARIA ELISABETE, *O crime de abuso de informação privilegiada (Insider Trading). A informação enquanto problema Jurídico-Penal*, Coimbra, 2006.
- D'ALMEIDA, LUÍS DUARTE, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2004.
- DIAS, AUGUSTO SILVA, *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, edição policopiada, das “lições” ao curso de pós-graduação em Direito Penal económico e europeu, Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra, 2001.
- FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas e Editorial Notícias, 1993.
- _____, *Direito Penal: Sumários e notas das lições ao 1.º ano do curso complementar de ciências jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976* (polic.), Coimbra, Universidade de Coimbra, 1976; Através de:
- _____, *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- _____, Actas 1993, 297, *apud* MONIZ, HELENA ISABEL, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, Coimbra, 1999.
- _____, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, Coimbra, 1999.
- MONIZ, HELENA ISABEL, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, Coimbra, 1999.

MONTEIRO CRISTINA LÍBANO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo II, Coimbra, 1999.

REIS CÉLIA/SOUSA RITA DUARTE/VIDAL ISABEL/WILTON PEDRO, *Operações de Short Selling*, in “Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários”, acessível em: <http://www.cmvm.pt/CMVM/Publicacoes/Cadernos/Documents/c4147258a9f84d17a0b37465f7df68b9short_selling.pdf>.

VALDAGUA, MARIA DA CONCEIÇÃO, *Síntese do Concurso*, acessível em: <http://www.lis.ulusiada.pt/old/auditor/seguro/documentos/bib_7/2006/sinteseedoconcurso_341_347.pdf>.

VEIGA, ALEXANDRE BRANDÃO DA, 2001, *Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados*, Almedina.

Jurisprudência

Assento n.º 8/2000, do Supremo Tribunal de Justiça, publicado no DR n.º 119, I Série A, de 23, de Maio.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19-02-1992, acessível na internet, no endereço electrónico: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/859c5169d1d1049e802568fc003a00c0?OpenDocument&Highlight=0,burla,falsifica%C3%A7%C3%A3o,curso>>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20-11-2003, acessível na internet, no endereço electrónico, <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/386f82a0cab13fb80256e3c005266c6?OpenDocument>>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, acessível na internet em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/386f82a0cab13fb80256e3c005266c6?OpenDocument>>.