



Universidades Lusíada

Abreu, Marcelino António Pereira de

Especulação de preços : da (in)dignidade penal do bem jurídico tutelado (uma análise tendo por base o ordenamento jurídico português)

<http://hdl.handle.net/11067/6654>

Metadados

Data de Publicação	2011
Resumo	<p>Falar de especulação de preços é, por certo, falar de um tema candente nos dias que correm. Todos a apontam como sendo, em grande parte, a responsável pela crise e instabilidade económica e financeira em que estamos globalmente mergulhados. Tal como o fazem relativamente à inflação, os estados combatem-na abertamente, sendo tal combate, inclusive, um objectivo das suas políticas económicas, associado geralmente, também ao combate às práticas restritivas da concorrência. Historicamente, tal com...</p> <p>Speaking of price speculation is certainly speaking of a blazing topic in this day and age. Everyone indicates it as being, for the most part, the one responsible for the crisis and economic and financial instability in which all of us are globally submerged. In the same way which it is done in relation to inflation, the various national States openly fight it, and that very combat is, inclusively, an objective of their economic politics, also generally associated to the battle of the restricti...</p>
Palavras Chave	Direito, Direito penal económico - Portugal, Especulação ilícita, Direito penal - Portugal
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-07-12T23:49:09Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

ESPECULAÇÃO DE PREÇOS

Da (In) Dignidade Penal do Bem Jurídico Tutelado

(Uma análise tendo por base o ordenamento jurídico português)

Marcelino António Pereira de Abreu

Dissertação para obtenção de Grau de Mestre

Orientador: Professor Doutor João Paulo Remédio Marques.

Porto, Janeiro de 2011.

Agradecimentos

“De tudo não existe mais do que opiniões”

Xenófanes, fragmento 34

“... do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o alienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem directamente a pessoa ou a propriedade alheias.”

N. Morris/ G. Hawkins, *The Honest Politician's Guide to Crime Control*, Chicago: University of Chicago Press, 1969, pág. 2.

À minha mulher pelo tempo em família abdicado em favor deste trabalho;

À Sílvia pela ajuda na dactilografia e arranjos de texto e, por último, mas não menos importante,

Um reconhecido obrigado **ao Sr. Prof. Doutor João Paulo Remédio Marques** por ter aceitado ser meu orientador na realização deste trabalho e

Um especial obrigado **ao Prof. Dr. Augusto Meireis**, por toda a ajuda que me dispensou para a realização deste trabalho e por me ter feito descobrir o gosto pelo Direito Penal.

Índice

INTRODUÇÃO AO TEMA	1
CAPÍTULO I - Dos conceitos em geral.....	4
1 - O CONCEITO DE PREÇO.....	4
1.1 - Formação dos preços	7
1.2 - A importância da estabilidade dos preços para a economia e as formas de intervenção do Estado ao nível dos preços.	9
2 - O CONCEITO DE LUCRO.....	12
2.1 - O lucro como margem de comercialização.	15
2.2. O lucro, um valor livremente fixado?	16
3 - O CONCEITO DE ESPECULAÇÃO.....	19
3.1 - A especulação lícita ou legítima por contraposição à especulação ilegítima.....	19
3.1.1 - A especulação silenciosa ou dissimulada.	28
3.1.2 - Aumento do lucro, o (único) objectivo da especulação ilegítima de preços.....	32
3.2 - Especulação de preços e práticas restritivas da concorrência, que relação?.....	33
3.2.1 – Dumping, um comportamento anticoncorrencial entre outros, mas, também, uma forma de especulação.	34
3.3 - Inflação versus especulação de preços.....	38
3.3.1 - Da noção de inflação e seus efeitos sobre a economia	38
3.3.2 - A (aparente) confusão entre inflação e especulação.....	41
3.4 – Açambarcamento, outra forma de especulação?.....	43
3.4.1 – A (aparente) confusão entre especulação e açambarcamento. O açambarcamento como forma de comissão da especulação.....	46
3.5 - Noção de especulação ilegítima	49
CAPÍTULO II - Especulação ilegítima (ilícita) de preços em sede de direito português	52
1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA (INTRODUÇÃO)	52
1.1 - A especulação de preços no código penal de 1852, de acordo com a reforma de 1886.	53
1.1.1 - O bem jurídico tutelado.....	53
1.1.2 - Tipicidade objectiva.....	53
1.1.3 - Tipicidade subjectiva	55
1.2 – A especulação de preços no âmbito do decreto n.º 29 946 de 10 de Outubro de 1939.	55
1.2.1 - O bem jurídico	56
1.2.2 - Tipicidade objectiva.....	56
1.2.3 - Tipicidade subjectiva	58
1.3 - O decreto-lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957.....	58
1.3.1 - O bem jurídico	59
1.3.2 - Tipicidade objectiva.....	61
1.3.3 - Tipicidade subjectiva	64
1.4 - O decreto-lei n.º 329-A/74, de 10 de Julho (breve alusão).....	64
1.5 - O decreto-lei n.º 75-Q/77, de 28 de Fevereiro (breve alusão)	66

CAPÍTULO III - Novos horizontes de intervenção do direito penal	69
1 - SOCIEDADE DE CONSUMO, SOCIEDADE DE RISCO – NOVOS RISCOS NOVAS VÍTIMAS	69
1.1 - <i>A natureza dos (novos) bens jurídicos da sociedade do risco e, em especial, do bem jurídico estabilidade dos preços.....</i>	75
1.2 - <i>A constituição como ordem jurídica de referência axiológica para toda a actividade criminalizadora do Estado.....</i>	78
2 - O DIREITO PENAL ECONÓMICO COMO VERDADEIRO DIREITO PENAL QUE TUTELA DE BENS JURÍDICOS COM DIGNIDADE PENAL	82
2.1 – <i>Colocação do problema.....</i>	82
2.2- <i>Os bens jurídicos do Direito Penal Económico.....</i>	86
2.3 - <i>A necessidade de antecipação da tutela penal no domínio dos (novos) riscos, em especial no direito penal económico</i>	92
2.3.1 - <i>O recurso aos crimes de perigo como meio de antecipação da tutela penal</i>	92
2.3.2 - <i>O recurso à punibilidade da tentativa como regra e não excepção, outra forma de antecipação da tutela penal nos crimes económicos</i>	94
CAPITULO IV - O enquadramento jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços e sua dignidade jurídico-penal	99
1 - O ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL DO BEM JURÍDICO.	99
1.1 - <i>Especulação ilícita de preços em sede do ordenamento jurídico vigente português (artigo 35º, do decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro).....</i>	101
1.1.1 - <i>Os bens jurídicos protegidos</i>	101
1.1.2 - <i>Análise das condutas típicas.....</i>	105
1.1.2.1 - <i>Tipicidade objectiva.....</i>	105
1.1.2.2 - <i>Tipicidade subjectiva</i>	111
1.2 - <i>Da dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços e o seu paralelismo com o bem jurídico (leal) concorrência.</i>	113
1.2.1 - <i>O recurso às sanções penais como um meio excessivo na tutela do bem jurídico estabilidade dos preços.....</i>	123
1.3 - <i>A manipulação de preços nos bens e serviços essenciais.....</i>	126
CAPÍTULO V - Acerca da relevância ou irrelevância do concurso penal em sede de especulação ilícita de preços.....	130
1 - COLOCAÇÃO DO PROBLEMA	130
2 - 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 Á LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS VIGENTE.	137
2.1 - <i>Especulação de preços versus açambarcamento.....</i>	137
2.2 - <i>Especulação de preços versus ilícito de falsificação (de documento ou de peso ou medida)</i>	140
2.3 - <i>Especulação de preços versus abuso de confiança</i>	143
2.4 - <i>Especulação de preços versus burla.....</i>	144

2.5 - <i>Especulação de preços versus fraude e mercadorias</i>	145
2.6 - <i>Especulação de preços versus abuso de informação privilegiada</i>	147
2.7 - <i>Especulação de preços versus manipulação do mercado</i>	149
CAPÍTULO VI - Conclusões	152
BIBLIOGRAFIA	160

Resumo

Falar de especulação de preços é, por certo, falar de um tema candente nos dias que correm. Todos a apontam como sendo, em grande parte, a responsável pela crise e instabilidade económica e financeira em que estamos globalmente mergulhados.

Tal como o fazem relativamente à inflação, os estados combatem-na abertamente, sendo tal combate, inclusive, um objectivo das suas políticas económicas, associado geralmente, também ao combate às práticas restritivas da concorrência.

Historicamente, tal combate tem sido feito com recurso ao direito penal e às suas sanções.

Na abordagem que faremos a este fenómeno, além de procurarmos dar a nossa definição de especulação ilícita de preços, procuraremos, também, demonstrar que a especulação não tem que ter só efeitos negativos sobre a economia, podendo ter, também, se nesse sentido for levada a cabo, efeitos positivos. Procuraremos, pois, mostrar os dois lados deste fenómeno: o lado positivo, aquele em que a especulação permite atenuar os efeitos nefastos que a oscilação dos preços pode ter para a economia e, desse modo, contribui para a estabilidade dos preços e, conseqüentemente, para a estabilidade do mercado (condição essencial para que aí se crie riqueza). E o lado negativo, aquele, que todos conhecemos e que mais tememos. O lado em que a especulação, quando usada com esse fim, provoca instabilidade nos preços e, desse modo, facilita o aparecimento de assimetrias, receios e volatilidade nos mercados que, por isso, gera retraimento, quer dos investidores, quer dos clientes/consumidores, o que, tudo junto, propicia o definhamento da economia.

Sendo este lado da especulação aquele que é temido e, por isso, combatido pelos Estados, não raro com recurso ao direito penal, procuraremos averiguar, tendo por base essencialmente o ordenamento jurídico nacional e o tratamento que aqui é dado a tal figura, da dignidade jurídico-penal do bem jurídico que se visa acautelar com o recurso a tal ramo do direito e, ainda, saber se o recurso a tais normas repressivas se mostra efectivamente necessário para conseguir a tutela do bem jurídico – estabilidade dos preços – que se visa salvaguardar através do combate às práticas especulativas nefastas à economia, ou se tal salvaguarda é possível com o recurso a outros ramos do direito.

Procuraremos, ainda, averiguar das afinidades da figura da especulação com outros comportamentos antieconómicos, nomeadamente se entre eles há alguma relação de causa efeito, identidade, ou de concurso e, neste caso, averiguar se dos comportamentos tidos como especulativos alguns já se encontram, ou não, punidos em outras figuras jurídicas.

Abstract

Speaking of price speculation is certainly speaking of a blazing topic in this day and age. Everyone indicates it as being, for the most part, the one responsible for the crisis and economic and financial instability in which all of us are globally submerged.

In the same way which it is done in relation to inflation, the various national States openly fight it, and that very combat is, inclusively, an objective of their economic politics, also generally associated to the battle of the restrictive practice of competition.

Historically, such a fight has been carried out with recourse to penal law and its sanctions.

In the approach that we'll take on this phenomenon, in addition to attempt to give our definition of illicit price speculation, we will also try to demonstrate that speculation need not only have negative effects on the economy, but it can also have positive effects, if it is put through in this light. We will, therefore, try to demonstrate both sides of this phenomenon: the positive side, which speculation allows minimizing the nefarious effects that the variation of the prices can have on the economy and, thus, contributing to the stability of prices and, consequently, to the stability of the market (essential condition to the creation of wealth). And the negative side, which we all know and fear. The side in which speculation, when used to that end, provokes price instability and, accordingly, eases the emergence of asymmetries, fears and market volatility which, for that reason, generates retraction, whether it is from investors, or from clients/consumers, which, taken all into account, propitiates the breakdown of the economy.

Because this aspect of speculation is that which is most feared and, for that reason, fought by the national States, not infrequently resorting to penal law, we will try to inquire, essentially based on the national legal system and the usage that is given to such a figure, of the juridical-penal dignity of the juridical interests which aims to caution itself resorting to such a branch of law and, furthermore, know if recourse to such repressive regulations proves effectively necessary to achieve the defence of the juridical interest – price stability – which aims to safeguard itself through the combat with nefarious speculative practice to the economy, or if such a safeguard is possible resorting to other branches of law.

Furthermore, we will try to inquire about the affinity of the figure of speculation with other anti-economic behaviour, namely if there is among them any relationship of cause-and-effect, identity, or competition and, in this case, inquire from the behaviour understood as speculative whether some have or have not been punished in other juridical figures.

Palavras-Chave

Abuso de confiança;
Abuso de informação privilegiada;
Açambarcamento;
Bem e serviços essenciais;
Bem jurídico;
Burla;
Concurso de normas;
Dignidade jurídico-penal;
Direito Penal Económico;
Dumping;
Especulação;
Estabilidade de preços;
Falsificação.
Fraude de mercadorias;
Inflação;
Lucro;
Manipulação de preços;
Manipulação do mercado;
Práticas restritivas da concorrência;
Preços;
Princípio de necessidade;
Princípio de subsidiariedade;
Sanções administrativas;
Sanções civis;
Sanções penais;
Sociedade de consumo;
Sociedade de risco.

Abreviaturas

AAFDL	-----	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	-----	Acórdão
aln.	-----	alínea
aln.s	-----	alíneas
Apud.	-----	“Por meio de” ou “Através de”
art.	-----	artigo
Dec.-Lei	-----	Decreto-Lei
ed.	-----	edição
IRC	-----	Imposto sobre os Rendimentos de pessoas Colectivos
n.	-----	nota
n.º	-----	número
Ob. Cit.	-----	Obra Citada
Out	-----	Outubro
pág.	-----	página
S.A.	-----	Sociedade Anónima
seg.	-----	seguintes
S.l.	-----	Sine loco
s.n.	-----	Sine nomine
URSS	-----	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas
v.g.	-----	verbi gratia
Vol.	-----	Volume
STJ	-----	Supremo Tribunal de Justiça
TRL	-----	Tribunal da Relação de Lisboa
D.R.	-----	Diário da República

Introdução ao tema

Neste trabalho de investigação na área do Direito Penal Económico vamos abordar a temática da especulação e, dentro desta, somente aquela que diz respeito aos preços.

Não raras vezes, ouvimos falar da especulação de preços, como sendo a causa, ou uma das causas, de inúmeros problemas económicos e sociais do mundo moderno em que vivemos. Se não, veja-se: ouvimos falar de especulação no preço dos cereais, quando, recentemente, os seus preços subiram para valores quase incomportáveis e foi ver a instabilidade suscitada nos mercados e na sociedade associada a essa subida de preços; ouvimos falar de especulação no preço dos combustíveis, quando, recentemente, vimos o preço do crude duplicar no mercado e foi ver a instabilidade, quer dos mercados, quer social, decorrente dessa subida dos preços; ouvimos, ainda, falar de especulação imobiliária e bolsista como uma das causas da instabilidade que se vive e viveu nesses sectores económicos.

Mas, será toda a especulação, melhor dizendo, toda a actividade especulativa, um facto (jurídico, não tenho dúvidas)¹ tão nefasto económica e socialmente que mereça pura e simplesmente ser “perseguido” e banido? Serão todos os comportamentos especulativos, ao nível dos preços, um atentado tal a bens jurídicos² protegidos pelo direito, e especialmente a bens jurídicos fundamentais, que mereçam ser sancionados juridicamente e, nomeadamente, com recurso ao Direito Penal? Será o recurso a tal ramo do Direito necessário, indispensável para a tutela dos bens jurídicos que se querem salvaguardar com a proibição de comportamentos que visam adulterar ou manipular os preços no mercado? Não serão esses bens jurídicos cabalmente tutelados com recurso a outros ramos do direito, nomeadamente Direito Civil ou Administrativo, com regras menos restritivas para os direitos dos indivíduos? Não será até a especulação de preços, em certos casos, uma actividade útil ao mercado na medida em que gera riqueza a alguns investidores?

Falar de especulação de preços é, por certo, falar de um tema sempre candente, quer ao nível do sistema económico e das suas implicações nesse sector (principalmente quando

¹ Para a definição de facto jurídico ver MENDES, Castro, 1984, in *Introdução ao Estudo do Direito*, pág. 178. Segundo este autor, facto jurídico é o “acontecimento ou evento juridicamente relevante”.

² Bens jurídicos que, como os define DIAS, Jorge de Figueiredo, 2004, in *Direito Penal: Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*; Parte geral, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 109, são “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”

se recorre a ele com vista a manipular as condições existentes no mercado), quer ao nível da sua (potencial) capacidade de conflitar com os interesses dos consumidores.

De facto, se a nível económico podemos ser tentados a dizer que a especulação é, por vezes, a alavanca que faz “agitar” os mercados, gerando ganhos a uns e perdas, é certo, a outros (não fossem os especuladores, como refere SAMUELSON/NORDHAUS³, aquelas pessoas que “estão dispostas a correr riscos”, permitindo que outras se furem a eles), também não deixa de ser verdade que, a esse nível, a especulação desenfreada e desregrada, que é o que assistimos na actualidade, pode trazer inúmeros e gravosos danos gravosos para a mesma economia.

Já ao nível dos interesses dos consumidores, a especulação, de uma forma, diria, generalizada traz prejuízos, ao impedir previsões ou planeamento a longo prazo às economias familiares.

Sendo a especulação um fenómeno que diz, directamente, respeito ao funcionamento dos mercados e da economia, é, sem dúvida, um facto jurídico e, nessa medida, algo, um acontecimento, uma realidade da vida, que ao direito cabe regular.

Em termos jurídicos, abordar o tema da especulação de preços é abordar um tema transversal ao direito privado e público. Se não veja-se: do direito privado traz à colação, desde logo, a figura do preço, mais concretamente, a questão da formação dos preços, enquanto elemento essencial do contrato de compra e venda e de prestação de serviços; traz à colação a figura do lucro enquanto recompensa do empresário e traz à colação o princípio jurídico da autonomia da vontade e da liberdade contratual, princípios estes que intervêm, ou tendem a intervir, quer na celebração dos contratos, quer na fixação do seu conteúdo e, a este nível, na formação dos preços. Já do direito público traz à colação a função do Estado, que através do seu “*ius imperium*”, regula ou vigia (ou pelo menos deve vigiar) a fixação dos preços, quando não mesmo os fixa, de forma a assegurar a sua estabilidade nos mais variados sectores da contratação e da economia, defendendo, desse modo, também, a livre e leal concorrência e o acesso de todos aos bens e serviços em idênticas condições de oportunidade.

No ordenamento jurídico português, à semelhança de outros, nomeadamente o ordenamento jurídico espanhol, o Estado combate a especulação ilícita de preços criminalizando-a.

³ SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*. 12ª ed. [S.l.]: McGraw Hill, pág. 611.

De uma leitura, ainda que rápida, do normativo legal constante do artigo 35º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, alcança-se que no ordenamento jurídico português, apesar de o legislador não dar uma definição do que se deve entender por especulação, considera merecedores de censura legal os comportamentos ou condutas, que impliquem, quer a alteração do preço (no sentido de o elevar), quer a prática de preços superiores “aos permitidos pelos regimes legais, a que os mesmos estejam submetidos”⁴, por serem nefastos à economia e à estabilidade dos mercados.

O denominador comum é a subida do preço e nunca a sua descida. No entanto, somos, desde já, levados a afirmar que o “dumping”⁵, as condutas tendentes a provocar um abaixamento desmesurado dos preços, quando as mesmas afectem ou, pelo menos, ponham em perigo a estabilidade dos preços, são, também elas, em nosso entender, especulativas e, desse modo, capazes de causar tanto dano ou perigo, senão mais, para o bem jurídico “estabilidade dos preços”, que aquelas que se encontram tipificadas no normativo legal do artigo 35º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

Mas... será esse combate às práticas especulativas, nos termos e com recurso aos meios com que é feito, necessário e imprescindível?

É acerca do fenómeno da especulação de preços, que nos vamos deter neste trabalho.

Sendo a nossa abordagem a este tema uma abordagem jurídica, e sendo a especulação, ao nível dos preços, um facto ao qual o direito dispensa a sua atenção regulando-o, no caso português, com recurso ao Direito Penal, vamos procurar, neste trabalho, e tendo por base, essencialmente, o direito português, aferir da dignidade jurídico-penal do bem ou dos bens jurídicos tutelados com essa criminalização, mas não sem antes abordarmos os principais conceitos que teremos de trazer à colação neste nosso trabalho. Ora, sendo ele sobre especulação de preços, nada mais correcto, que iniciar essa abordagem pelo conceito de preço, passando pelo de lucro e terminando no de especulação, onde procuraremos dar o nosso contributo para uma definição do conceito de especulação ilícita dos preços.

⁴ Expressão usada pelo artigo 35º, n.º 1, aln. a), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

⁵ Podemos definir o dumping como sendo a prática comercial, desleal, que se traduz no facto de uma ou mais empresas de um mercado venderem deliberadamente os seus produtos por preços muito baixos, não raro abaixo do preço de custo, com vista a prejudicar ou até eliminar a concorrência, de forma a, depois, dominarem o mercado e os preços que aí se vierem a praticar.

Capítulo I

Dos conceitos em geral

1 - O Conceito de preço

Como ficou dito, iniciaremos este nosso trabalho pela abordagem aos conceitos-chave em redor dos quais andarás este nosso trabalho, começando pela abordagem ao conceito de preço, com vista a sabermos se deve, ou não, o Estado intervir na formação dos preços e, em caso afirmativo, em que preços deve intervir.

É indiscutível que o preço, enquanto contraprestação a que se obriga uma das partes no negócio perante outra, é um elemento essencial em variadíssimos contratos, podendo, conforme os contratos e vistos os preços numa aceção ampla, ter designações diversas. Veja-se o caso do contrato de compra e venda, em que a contraprestação do adquirente é o pagamento do preço acordado⁶, mas, também, o caso dos contratos de prestação de serviços, em que, pela prestação do serviço, pode o seu beneficiário pagar um preço (ou como a lei refere uma retribuição)⁷, ou o contrato de locação, em que o locatário paga pelo uso da coisa locada, também uma retribuição⁸ (renda ou aluguer, conforme se esteja perante contrato de arrendamento ou de aluguer) ou, ainda, e por último, o contrato de empreitada, em que o dono da obra paga ao empreiteiro, pela realização da empreitada, um preço⁹.

Na esteira de SOARES MARTINES, e numa primeira aproximação ao conceito, o preço será “o valor dos bens expresso em unidades monetárias, é a expressão monetária do valor dos bens”¹⁰. Ou seja, recorrendo-se a um critério quantitativo, o preço de um bem corresponderá ao valor monetário que os adquirentes desse bem estão dispostos a pagar por ele no mercado. A título de exemplo, se estão dispostos a pagar 100,00€ por um par de

⁶ Veja-se a noção de contrato de compra e venda que nos é dada no artigo 874º do Código Civil Português: “Compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço”.

⁷ Veja-se a noção de contrato de prestação de serviço que nos é dada no art. 1154º, do Código Civil Português: “Contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”. Entendemos que a figura da retribuição, neste sentido, cabe na noção de preço e, desse modo, pode ser entendida como, um preço.

⁸ O contrato de locação é, segundo o art. 1022º, do Código Civil Português: “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição”.

⁹ Nos termos do art. 1207º, do Código Civil Português, contrato de empreitada “é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço”.

¹⁰ MARTINEZ, Soares, 1991, in *Economia Política*, 5ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 616. Neste sentido, ainda, D’ANDRADE, Francisco José Cabral, 1980, in *Relação Económica*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 211, quando refere: “Preço é a quantidade de moeda pela quantidade de bens, ou, por outras palavras, o número de unidades monetárias por um número de unidades de bem”.

calças, esse será o seu preço, mas se estiverem dispostos a pagar 200,00€ será, então, esse o seu preço.

De acordo com este critério, o preço é a expressão da maior ou menor valiosidade do bem, e a sua variação tende a influenciar a variação, não só da procura dos bens (se o mercado for elástico a este nível¹¹, dependendo dessa elasticidade de dois factores fundamentais, como sejam: “a intensidade das necessidades” e “o volume que os bens a comprar ocupam nos orçamentos dos compradores”), mas também da sua oferta no mercado¹².

Partindo desta noção de SOARES MARTINES em que o preço será o valor dos bens expresso em unidades monetárias, teremos que admitir que só os bens úteis¹³ (aqueles que são capazes de satisfazer necessidades) terão um preço, um custo (preço que será mais elevado ou mais baixo, conforme a utilidade e a escassez desse bem), pois só esses serão objecto de procura, o que nos leva, também, a concordar com SAMUELSON/NORDHAUS,¹⁴ quando refere que “deve fixar-se um preço para todos os recursos não humanos, a fim de se assegurar que a sociedade escolha a melhor maneira possível de produzir os bens” e ainda, “a fim de se cobrarem preços mais elevados pelos bens, que incorporam um montante elevado de recursos escassos” (embora aqui, neste caso, seja atribuído ao preço o papel de factor racionalizador das escolhas a efectuar e não expressão da valia do bem).

Se um bem é mais procurado no mercado, é porque a sua utilidade, a sua capacidade de satisfazer necessidades, é maior, logo o seu preço tenderá, naturalmente, a ser mais elevado que o preço dos bens menos úteis, assim como tenderá, naturalmente, o seu preço a subir quando tal bem escassear e não existirem bens sucedâneos capazes de o substituírem plenamente. Como refere SAMUELSON/NORDHAUS, se um bem é escasso deve receber

¹¹ MARTINEZ, Soares, 1991, in *Economia Política*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 628: “a medida em que a procura depende das variações de preços, designa-se por elasticidade da procura”. E continua o mesmo autor: “Casos há em que a elasticidade da procura é nula ou mínima. Porque as necessidades sentidas pelos compradores são muito fortes, não lhes permitindo restringir a procura, mesmo quando os preços aumentam”.

¹² Nesse sentido, MARTINEZ, Soares, 1991, in *Economia Política*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 631: “A procura aumenta quando os preços baixam e diminui quando os preços sobem. Ao contrário, quando sobem os preços a oferta aumenta e quando os preços descem ela diminui. De tal modo que a oferta varia na razão directa das variações de preços e na razão inversa das variações da procura”.

¹³ Bens úteis serão, na esteira de SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*. 12ª ed.. [S.l.]: McGraw Hill, pág. 508, aqueles capazes de satisfazer necessidades. Segundo estes autores: “A utilidade é um conceito abstracto utilizado em economia, que representa o prazer subjectivo, o proveito ou a satisfação derivada de consumir bens.”

¹⁴ SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*. 12ª ed.. [S.l.]: McGraw Hill, pág. 853.

um “preço de escassez”¹⁵. Ou seja, um preço mais elevado para, não só, custear a perda desses bens escassos, mas também, racionalizar a sua utilização e permitir a sua reposição no mercado.

Mas se a escassez e utilidade dos bens influenciam na fixação do seu preço, não são, como veremos, apenas estes dois factores que influenciam a fixação dos preços dos bens no mercado.

A noção apresentada e que faz corresponder o valor dos bens a unidades monetárias, visa, como bem refere SOARES MARTINES¹⁶, a troca desses bens por moeda. No entanto, o preço dos bens, especialmente o preço de venda final, não se reduz, nem pode, àquele montante monetário, que permite a sua troca por moeda.

Nos mercados, por variadíssimos factores (seja pela intervenção estatal, quer ao nível da fixação dos preços, quer ao nível da fixação das condições de venda dos produtos, seja pelo modo de intervenção dos agentes económicos no mercado) não existe concorrência perfeita, sendo antes mercados de concorrência imperfeita, dada a falta de fluidez e atonicidade¹⁷.

Ora, todos esses factores que impedem a concorrência perfeita nos mercados, influenciam na fixação dos preços, pelo que não corresponderá, por isso, o preço, exclusivamente, nem ao “valor dos bens expresso em unidades monetárias” (como, refere SOARES MARTINES, numa primeira aproximação à noção de preço), nem resultará, como refere o mesmo autor, do acordo ou consenso entre vendedor e comprador, quanto ao valor dos bens¹⁸.

A que custo deverá então corresponder o preço dos bens no mercado?

Na esteira de SAMUELSON/NORDHAUS¹⁹, entendemos que o preço dos bens deve ser fixado “em função do custo marginal de produção”, que corresponderá “ao custo suplementar ou adicional, em que se incorre ao obter-se mais uma unidade de produto”²⁰.

¹⁵ Neste sentido, SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*. 12ª ed.. [S.l.]: McGraw Hill, pág. 855. Segundo estes autores, “Um planeamento social correcto exige que se cobrem preços contabilísticos pelo uso de todos os recursos escassos, independentemente de serem ou não trabalho humano. Cada categoria de terra, cada filão de cobre, cada poço de petróleo, cada bosque de árvores pode permitir que se produzam bens finais e pode também ser escasso. Se o recurso é escasso, deve receber um preço de escassez apropriado, com o fim de assegurar o melhor uso possível, no lugar e no momento mais apropriado para que tal seja feito.

De outro modo, os valiosos recursos não humanos e humanos da sociedade serão incorrectamente afectados, e a formação de preços no mercado dos bens acabados, não maximizará a satisfação dos consumidores”.

¹⁶ MARTINEZ, Soares, 1991, in *Economia Política*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 617.

¹⁷ MARTINEZ, Soares, 1991, in *Economia Política*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 620.

¹⁸ MARTINEZ, Soares, 1991, in *Economia Política*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 617.

¹⁹ SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*. 12ª ed.. [S.l.]: McGraw Hill, pág. 857. De acordo com estes autores, “Uma vez somados os custos de todos os bens e factores necessários para chegar ao custo final,

Segundo estes autores, “os gestores das fábricas deverão comportar-se como um concorrente perfeito, isto é, devem prescindir de toda a influência que a sua própria produção poderia ter no preço de mercado e continuar a produzir unidades adicionais até que o custo da última unidade seja igual ao respectivo preço de venda”²¹.

1.1 - Formação dos preços

A resposta dada à pergunta formulada no final do item anterior (a que custo deverá então corresponder o preço dos bens no mercado), leva-nos a abordar uma outra questão, que é a da formação dos preços.

Vimos que os preços em termos económicos devem corresponder ao “custo marginal de produção”. No entanto, uma coisa é aquilo a que o preço deve corresponder em termos económicos, outra é o modo ou processo de formação do preço e aqui há duas situações a ter em conta. A primeira é o processo de formação ou fixação do preço no mercado, a outra é o processo individual e volitivo de cada pessoa interveniente no mercado na determinação de quanto está disposto pagar.

No que diz respeito à primeira questão – aquilo a que o preço deve corresponder em termos económicos – o assunto já foi abordado no ponto anterior, pelo que se remete para o que aí já foi dito.

Quanto à segunda questão – modo ou processo de formação do preço – abordaremos, desde já, o último ponto do problema – a questão do processo individual e volitivo de cada pessoa interveniente no mercado e na determinação de quanto está disposto pagar.

A resposta a esta questão leva-nos para o plano pessoal da contratação, na medida em que nos situa no estágio da vontade negocial das partes, o estágio em que cada sujeito se autodetermina no sentido de querer, ou não, contratar e em que termos o pretende, ou não, fazer.

Quanto a esta questão, diremos desde já que o preço, enquanto elemento essencial dos contratos, não pode ser previsto ou fixado, assente em dados viciados, sob pena de se viciar todo o negócio. Como prevê o artigo 227º, n.º 1, do nosso Código Civil vigente,

as autoridades encarregadas do planeamento devem fixar o preço dos produtos em função do custo marginal de produção”. Na esteira de MARTINEZ, Soares, 1991, in *Economia Política*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 638, “o preço tende a fixar-se ao nível do custo de produção mais elevado”.

²⁰ SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*. 12ª ed.. [S.l.]: McGraw Hill, pág. 572.

²¹ SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*. 12ª ed.. [S.l.]: McGraw Hill, pág. 857.

“quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

Se as partes devem negociar de boa fé, quer dizer que não devem recorrer a artifícios que viciem, adulterem ou condicionem, a vontade da outra parte. As partes contratantes devem formar a sua vontade de forma livre, esclarecida e ponderada. E se isto se aplica à vontade de contratual de querer ou não contratar, aplica-se também, em particular, à vontade de fixação do conteúdo do contrato, o que significa que se deve aplicar, também, à questão da determinação ou ajustamento do preço que as partes contratadas estão dispostas a pagar. É esse, de resto, o sentido do artigo 405º do Código Civil Português, que prevê que “Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”. Ou seja, podem ajustar livremente os preços a pagar pelos bens, direitos ou serviços adquiridos.

Recorrendo às palavras de SOARES MARTINES²², “A venda só será possível quando o valor atribuído a um bem pelo vendedor coincidir com o valor atribuído ao mesmo bem pelo comprador. Daí que o *preço de venda (e não o de produção)* pressuponha o encontro de vendedores e compradores, no sentido de um ajustamento das suas avaliações, de forma a tornar possível a venda dos bens”.

Mas, se é certo que as partes contratantes devem definir voluntariamente, de forma livre esclarecida e ponderada, os preços que estão dispostos pagar, certo é que no que diz respeito ao processo de formação ou fixação do preço no mercado, em variadíssimas situações as partes não ajustam o preço a pagar, sendo este imposto por uma delas, limitando-se a outra a aceitá-lo, ou não, e, no caso de não o aceitar, a não contratar. É o que acontece, por exemplo, nos contratos celebrados com recurso a cláusulas contratuais gerais (uma forma de contratar resultante e imposta pelo progresso económico, mas limitadora das liberdades negociais dos sujeitos e fonte de desequilíbrios negociais).

Nem sempre, o preço que uma das partes paga à outra no negócio é, pois, fruto de uma negociação prévia tendente ao seu ajustamento. Diremos até que a regra começa a ser a da imposição do *quantum* do preço pela parte com mais ascendente na negociação sobre a outra. Veja-se, por exemplo, o que sucede com o preço da água, da energia, do telefone, do gás, já para não falar do preço dos combustíveis e dos transportes públicos.

²² MARTINEZ, Soares, 1991, in *Economia Política*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 617

A liberdade contratual, tal como é prevista no nosso ordenamento jurídico, ao nível da liberdade de fixação ou, melhor dizendo, de ajustamento do preço, encontra-se cada vez mais limitada. Diria até, que caminha rapidamente e perigosamente para um estado de extinção. Cada vez mais os operadores económicos usam e, digo até, abusam da sua posição de mercado e das condições aí existentes para imporem e ditar as suas regras, nomeadamente ao nível dos preços.

Com vista a minimizar essa desigualdade material entre as partes, mas também a garantir a estabilidade do mercado e da economia, assistimos cada vez mais à intervenção do Estado, quer através do recurso à actividade legislativa, regulando, por esse meio, a fixação dos preços ou a actuação dos agentes económicos no mercado, quer, também, através da criação de entidades reguladoras nos diversos sectores da economia ou de actividade, com o objectivo de supervisionarem a forma de agir dos agentes económicos.

Também aqui podemos dizer que o intervencionismo estatal, acaba por limitar de alguma forma a livre actuação dos agentes no mercado e a sua liberdade contratual, mas tal existirá não com esse objectivo, mas antes, segundo uma postura keinesiana, com o objectivo de repor o equilíbrio negocial (ou, pelo menos, minimizar a sua falta) que sempre deve existir, quando ele não existe naturalmente, por ter sido quebrado.

1.2 - A importância da estabilidade dos preços para a economia e as formas de intervenção do Estado ao nível dos preços.

Como vimos já, os sistemas económicos não são sistemas de concorrência perfeita dotados das características de fluidez e atomicidade. Ao contrário do defendido pelos economistas da escola clássica (como ADAM SMITH) em que o Estado deveria abster-se de intervir na economia, sendo este o campo de actuação dos privados e onde o Estado só interviria, para assegurar as funções socialmente úteis e relativamente às quais os particulares se desinteressassem, cada vez mais se assiste numa postura keinesiana à intervenção dos Estados na economia, seja directamente, ou com recurso a entidades reguladoras que supervisionam os diversos sectores da economia, assegurando, ou tentando assegurar, a transparência e estabilidade do mercado, o equilíbrio material entre os agentes económicos e a defesa dos interesses dos consumidores. Embora não caiba ao Estado substituir os privados naquilo que estes fazem bem no mercado, tanto mais que o Estado,

não raro, é, tal como refere SOARES MARTINES²³, “mau industrial, mau agricultor, mau comerciante, mau distribuidor do trabalho e dos recursos, filantropo sem discernimento”, cabe, no entanto, ao Estado garantir condições de transparência e estabilidade no mercado, o equilíbrio entre os agentes económicos e a defesa dos interesses dos consumidores. Funções essas que só o Estado é capaz de bem desempenhar e não os privados, que intervêm no mercado com vista a obterem o maior lucro possível e não tanto a estabilidade do sistema económico²⁴.

Como refere FERNANDO ARAÚJO²⁵, relativamente à intervenção reguladora do Estado nos contratos, “há uma margem de paternalismo que é, por assim dizer, inerradicável” e que ao Estado cabe desempenhar. Se ao Estado cabe uma função reguladora, direi antes, fiscalizadora dos mercados e da economia, com vista a assegurar a estabilidade e transparência dos mesmos, essa estabilidade é assegurada, em parte, também, à custa da estabilidade que existir nos preços que aí se praticam e que permite, por um lado, aos agentes económicos, de acordo com uma filosofia keynesiana, planear os seus investimentos futuros, criando com isso riqueza e, por outro, aos consumidores gerir os seus orçamentos de forma a decidirem quanto gastar, e em quê, e quanto destinar a aforro, ou, se quisermos, a reservas monetárias.

O tratado que institui a Comunidade Europeia estabelece como um dos objectivos da Comunidade o “crescimento sustentável e não inflacionista”²⁶, assente numa “política económica baseada na estreita coordenação das políticas económicas dos Estados Membros, no mercado interno e na definição de objectivos comuns, e conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência”²⁷. Para isso, prevê o tratado a implementação pela comunidade e pelos Estados Membros de “uma política cambial única, cujo objectivo primordial é a manutenção da estabilidade dos preços”,²⁸ estabilidade esta dos preços de que dependerá em muito a estabilidade económica, a qual permitirá o crescimento sustentável (um dos objectivos supremos da comunidade).

Já em sede do nosso ordenamento jurídico e à semelhança do que prevê aquele tratado europeu, a lei fundamental estabelece dentro das normas relativas à organização económica que esta deve assentar na “liberdade de iniciativa e de organização

²³ MARTINEZ, Soares, 1991, in *Economia Política*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 653.

²⁴ Ainda segundo este autor, “A intervenção do estado nos mercados é legítima, ou não o é, conforme os fins que o próprio Estado prossiga, conforme os pressupostos em que a sua estrutura assente”.

²⁵ ARAÚJO, Fernando, 2007, in *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, pág. 442.

²⁶ Artigo 2º, do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

²⁷ Artigo 4º, do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

²⁸ Artigo 4º, do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

empresarial”²⁹; que o Estado deve “assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre empresas”³⁰, combatendo-se as actividades especulativas e as práticas comerciais restritivas³¹.

Ora, uma forma de regulação ou, melhor dizendo, de intervenção estatal no mercado³², é a sua intervenção ao nível dos preços. Conforme o objectivo pretendido, o Estado, quando intervém, pode estabelecer preços mínimos, se pretende impedir uma possível depreciação do valor dos bens, que possa afectar negativamente a economia; pode estabelecer preços máximos, quando pretende evitar que os preços de determinados bens, por não terem sucedâneos, ou por serem disponibilizados no mercado por grupos económicos que agem em regime de monopólio, ou quase monopólio, subam demasiado, em resultado, por exemplo, de uma elevada procura, ou de uma ausência de concorrência do lado da oferta, tornando-os inacessíveis ao comum dos consumidores; pode, ainda, estabelecer margens de comercialização, estabelecendo a margem de lucro que os operadores económicos podem obter sobre o preço de reposição do bem, evitando assim actividades especulativas; ou poderá estabelecer preços declarados ou, simplesmente, vigiados, conforme exija obter do operador económico a informação prévia dos preços que pratica em determinado bem, ou, simplesmente, que este informe, quando tal lhe seja solicitado, os preços que pratica, com vista a garantir que mesmos se mantenham equilibrados e sem grandes discrepâncias de lugar para lugar.

Em qualquer destes tipos de preços estamos perante aquilo que se define por preços legais, ou, se quisermos, preços fixados administrativamente, em que o Estado, de forma directa, determina qual o preço a praticar no mercado relativamente a um dado bem ou serviço, ou, se não o determina, pelo menos, reserva-se o direito de o aceitar ou aprovar – preços declarados – por contraposição aos preços livres, preços resultantes do livre jogo da oferta e da procura, aqueles em que é o mercado a ditá-los de acordo com as suas leis.

Vivendo nós num regime de mercado livre, podemos, no entanto, dizer na esteira de SOARES MARTINES³³, que a intervenção reguladora do Estado na economia será ou não legítima dependendo do seu objectivo. Assim, a intervenção Estatal sobre os preços pode não comportar um mal para o sistema económico, e traduzir-se mesmo num benefício para a

²⁹ Artigo 80º, aln. c) da Constituição da República Portuguesa.

³⁰ Artigo 81º, aln. e) da Constituição da República Portuguesa.

³¹ Artigo 99º, aln. c) da Constituição da República Portuguesa.

³² SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão, 2008, in *Direito económico*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 405.

³³ MARTINEZ, Soares, 1991, in *Economia Política*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 652.

economia, na medida em que tenha por finalidade proporcionar estabilidade nos preços e, conseqüentemente, promover a estabilidade do sistema económico³⁴.

Como se alcança, quer das referidas normas constitucionais, quer das referidas normas do tratado que institui a Comunidade Europeia, nem toda a intervenção do Estado na economia é no sentido de fazer dela uma economia planificada ou dirigida (como se verifica nos países totalitários, de que as repúblicas da Ex-URSS eram um exemplo). Por vezes, essa intervenção é com vista à salvaguarda da livre concorrência e da estabilidade do mercado (à salvaguarda da economia de mercado) a fim de se conseguir um crescimento sustentável e não inflacionista e, quando assim é, tal intervenção, desde de que necessária e adequada, impõe³⁵.

Diferente desta intervenção subsidiária será o papel reservado ao Estado de vigilante atento do mercado, no sentido de nele intervir quando tal intervenção se mostre necessária com vista à salvaguarda da livre concorrência e da estabilidade do mercado. Neste caso essa vigilância impõe-se de forma permanente e não a título subsidiário.

Um Estado deve ser sempre vigilante (vigilante a tempo inteiro), intervindo apenas quando se mostre necessário.

2 - O conceito de lucro

Abordado o conceito de preço, abordaremos agora o conceito de lucro.

Na sua actuação no mercado, todos os agentes económicos visam, permanentemente, pagar o menos possível e retirar os maiores benefícios possíveis. Reduzir custos, comprar o mais barato possível e vender ao melhor preço possível, maximizando os lucros, são máximas da boa gestão empresarial.

Todos os agentes económicos procuram pautar a sua actuação no mercado, em função destas regras. Atrevo-me a dizer, que se há regras comumente aceites por todos os

³⁴ Em oposição à intervenção estatal no domínio da concorrência perfeita e dos preços livres veja-se GARCÍA-PABLOS, Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas, em CPC, 1881, n.º14, apud, MARTINEZ, Carlos, PEREZ, Buján. 2000, in *El delito de maquinaciones para alterar los precios que habían de resultar de la libre concurrencia: Sistema Penal de Proteccion del Mercado y de Los Consumidores (Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Economico)*. Jerez: Ed. Luis Ramon Ruiz Rodrigues, nota 7, pág. 94. Segundo este autor “la competencia perfecta y los precios libres son incompatibles con el Estado intervencionista de nuestros días”.

³⁵ Veja-se a propósito da defesa desta intervenção estatal na economia GASPARD, Henriques, 1995, in *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 448, pág. 37. Segundo este Autor, “Afastadas as concepções próprias do liberalismo dos fins do século XIX e dos princípios do século XX, as correntes sócio-económicas reconheceram a necessidade de uma progressiva intervenção do estado na economia, intervenção que, a par de uma auto-regulação considerada insuficiente, teria como finalidade evitar ou corrigir os disfuncionamentos do sistema económico”.

sistemas económicos ao longo dos tempos, estas serão, por certo, algumas delas. Em todos os sistemas económicos, mesmo nos não capitalistas, de uma ou de outra forma, o objectivo máximo é a obtenção de lucro, ou se quisermos, por outras palavras, o crescimento económico.

O que é então o lucro, esse “bem”, essa “jóia” preciosa que faz mover todos os agentes económicos?

Poderíamos dizer que o lucro é o Norte do agente económico e, o prejuízo, o seu maior medo.

Numa primeira aproximação à noção de lucro, e na esteira de SOARES MARTINES³⁶, podemos dizer que este será a diferença obtida pelo operador económico, depois de abatidas as despesas suportadas.

Não considerando que existam lucros negativos (porque isso corresponde a um prejuízo e não ao que se pode considerar como lucro) diremos que o lucro se aproximará de um ganho, um benefício, um proveito, uma mais-valia, um dividendo.

Sempre que um agente económico inicia uma actividade ou faz um investimento, ele sabe que inicialmente, ou ao longo do seu empreendimento, terá despesas, ou gastos, maiores ou menores, conforme as situações, mais ou menos previstos e calculados, mas também, espera daí obter proveitos, lucros. Dizemos «espera obter» e não «obterá» porque o lucro nunca é uma certeza, mas sim uma expectativa³⁷, ainda que mais ou menos previsível.

Como refere MANUEL PORTO³⁸, o lucro é algo *residual*, é algo que pode ou não existir e, se existe, pode variar ao longo dos tempos em função de variadíssimos factores, como sejam, por exemplo, os custos de produção, o maior ou menor número de intervenientes no mercado do lado da oferta, ou a maior ou menor procura.

Quando inicia um empreendimento ou actividade, ou quando faz um negócio, o agente económico sabe que poderá ter que contratar trabalhadores e, por isso pagar salários; sabe que poderá ter que pedir capitais emprestados e, por isso, pagar juros; sabe que poderá ter que arrendar um espaço e, por isso, pagar rendas; sabe que poderá ter que comprar

³⁶ MARTINEZ, Soares, 1991, in *Economia Política*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 736. Como refere este autor, “A expressão «lucro» é correntemente usada no sentido de proveito resultante de qualquer actividade ou operação, deduzidas as despesas”.

³⁷ Como refere MARTINEZ, Soares, 1991, in *Economia Política*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 738, “O lucro tem, pois, natureza residual, por resultar da diferença entre o preço de venda e o custo de produção. E é incerto, aleatório, por serem variáveis tanto os custos como os níveis dos preços”.

³⁸ PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 225. De acordo com este autor, “Há assim uma estabilidade que não se verifica com o lucro, que pode ser caracterizado precisamente como uma categoria residual: constituindo a diferença entre os resultados das vendas e os custos da produção”

matérias-primas e, por isso, pagar o seu preço. No entanto, o agente económico espera, também, uma outra coisa, obter daí um retorno monetário que permita mais que o simples pagamento dos factores de produção; espera um rendimento acrescido e específico da sua condição de empresário, ou, como refere MANUEL PORTO, um *excedente*³⁹; espera a remuneração dos riscos⁴⁰ e responsabilidades por si, e só por si, assumidas relativamente ao sucesso do negócio ou empreendimento que aceitou levar por diante, sendo que esse rendimento acrescido e específico da condição de empresário, melhor dizendo, de empreendedor pode tardar em aparecer, ou pode nem sequer chegar a aparecer.

Quantas vezes o agente económico se desdobra em estudos e cálculos acerca de um determinado projecto económico que pretende levar por diante, tendo todos os indicadores a apontar para que seja um empreendimento de sucesso, capaz inovar no mercado, capaz de criar riqueza e, acima de tudo, trazer um retorno do investimento feito com lucro, com esse excedente, mas, depois, fruto de contingências várias, muitas delas imprevisíveis ou improváveis (sejam elas burocráticas, naturais, ou, até, inerentes ao próprio mercado) esse lucro acaba por retardar mais que o previsto. Veja-se, a título de exemplo, o caso de um dado grupo económico, uma qualquer marca de automóveis, que desenvolve um estudo, uma investigação, no sentido de desenvolver um determinado tipo de carro diferente de tudo o que já existia no mercado. Um carro mais económico, mais potente e mais seguro. Feito o investimento e desenvolvido o tal modelo de carro, é o mesmo colocado no mercado. Contudo, vem a verificar que todos os modelos sofrem de um determinado defeito e que, por isso, é necessário recolhe-los e corrigir esse defeito. Com certeza que isto se traduzirá em prejuízo para esse grupo económico e que, por isso, fará retardar o tão desejado lucro.

Enquanto o capitalista terá, através do juro, a remuneração do seu capital, o trabalhador, através do salário, a remuneração do seu trabalho e o proprietário, através das rendas, a remuneração do seu património, o empresário tem como seu rendimento específico e próprio da condição de empresário, apenas o lucro⁴¹.

³⁹ PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 225.

⁴⁰ Como refere PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 225 “Só ele tem pois um risco, ou um risco mais provável, que o lucro, quando haja, compensará. É aliás a esperança de lucro que justificará a assunção de tal risco, com o empresário a comprometer os seus haveres e a possibilidade de ter antes uma vida sem sobressaltos”.

⁴¹ Como refere PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 225, “o empresário poderá por um lado ganhar muito, com o lucro correspondente ao diferencial entre esses custos e os preços elevados que o mercado lhe permite cobrar, na venda de grandes quantidades; mas será pelo contrário a perder se esse diferencial for zero ou negativo, não deixando contudo, enquanto puder, de pagar aos trabalhadores, aos rendeiros e aos mutuantes do capital, os montantes acordados”.

Na esteira de SOARES MARTINES⁴², “só quando o *preço* de venda global dos bens produtivos excede o respectivo *custo de produção* o empresário aufer, nessa sua qualidade, um rendimento próprio, característico da função empresarial”, o lucro.

É claro que se pode perguntar, mas então um apostador da bolsa (sendo simplesmente um apostador e não um empresário) quando investe no mercado de capitais e obtém ganhos, não obtém lucros? Ou então, quando o proprietário dos bens imóveis os arrenda ao empresário, para que este aí instale a sede ou unidade produtiva da sua empresa, cobrando, por isso, uma renda, não obtém lucro?

Poderemos dizer que quer as rendas, quer os juros, representam um ganho e, nessa medida, se poderão confundir ou aparentar com um lucro para quem os aufer. No entanto, em bom rigor, quer as rendas, quer os juros, quer os salários, não são lucros, mas sim remunerações do património, do capital e do trabalho, sendo o lucro, pela sua natureza, coisa diversa daquelas. O lucro não corresponde à remuneração dos factores de produção. O lucro só é lucro por isso mesmo, por não corresponder à remuneração dos factores de produção, mas a um excedente,⁴³ a algo que vai para além de tudo isso e que por ser um excedente é incerto.

2.1 - O lucro como margem de comercialização.

Como se acabou de referir, o lucro enquanto remuneração específica e própria do empresário, corresponderá, ainda que incerto, a um excedente.⁴⁴

Se o agente económico apresenta no mercado um produto novo ou desconhecido dos consumidores, certamente que, inicialmente, estabelecerá para este uma percentagem de lucro mais baixa, subindo-a posteriormente se esse produto vier a ser bem aceite no mercado e a sua procura crescer. No entanto, se o produto oferecido no mercado é, por sua vez, um produto já instalado e muito procurado, quer porque não tem sucedâneos, ou tendo-os, estes não o substituem plenamente, quer porque goza de grande aceitação junto do público, a percentagem de lucro estabelecida pelo agente económico será por certo mais elevada.

⁴² MARTINEZ, Soares, 1991, in *Economia Política*. 5ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 737.

⁴³ PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 225.

⁴⁴ PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 225.

A percentagem de lucro estabelecida pelo agente económico pode, também, variar em função da concorrência existente no mercado. Se maior é a oferta, menor tenderá a ser a margem de lucro, uma vez que os agentes económicos que agem do lado da oferta tendem a reduzir as suas margens de lucro na ânsia de que o menor preço praticado atraia maior número de clientes.

Ora, sendo o lucro, pela sua própria natureza, como ficou já dito, um excedente⁴⁵ e, por isso, incerto, mas que constitui a remuneração própria e específica do empresário, que permite, não só, compensa-lo pelas responsabilidades e riscos, mais ou menos elevados, por si assumidos, mas, também, criar meios que permitem a expansão futura da actividade e, desse modo, criar mais postos de trabalhos. O lucro terá que ser fixado em montante (geralmente em percentagem) atractivo para o empresário; em percentagens que, recorrendo às palavras de MANUEL PORTO⁴⁶, faça o empresário preferir a assunção do risco do negócio, comprometendo até os seus haveres, à possibilidade de ter uma vida sem sobressaltos. O lucro tem que ser em montante que convença o empresário, fazendo-o querer correr o risco, minimizando-o face àquilo que o lucro, existindo, significará.

Por outro lado, sendo o lucro um excedente estabelecido pelo agente económico em função das condições e contingências do mercado e do tipo de produto comercializado ou a comercializar, a que preço deve ele acrescer? Não sendo, como vimos, o lucro um custo ou a remuneração de qualquer factor de produção deverá, por certo, acrescer ao preço final de produção dos bens, deve ser um valor líquido e não um valor ao qual o empresário tenha, ainda, que subtrair uma outra qualquer remuneração.

2.2. O lucro, um valor livremente fixado?

Vimos atrás que o lucro é um excedente⁴⁷ e, nessa medida, corresponde à remuneração específica do empresário. No entanto, cabe colocar desde já uma questão: deve essa remuneração ser livremente fixada ou, ao contrário, deve estar sujeita a limites?

⁴⁵ PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 225.

⁴⁶ PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 225.

⁴⁷ PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 225.

É o empresário que, em concreto e melhor que ninguém, sabe o tempo e os recursos que teve e tem que afectar para produzir ou comercializar um determinado bem. É o empresário que sabe em concreto quanto lhe custa a sua presença no mercado.

Por outro lado, é o empresário que sabe qual a mais-valia que o seu empreendimento, a sua actuação confere ao mercado. Nesta medida, deve ser o empresário a fixar a sua margem de lucro. Ele sabe, melhor que ninguém, quanto vale o seu trabalho e quanto necessita receber para se sentir recompensado pelos riscos que assumiu correr para que os consumidores e o sistema económico possam beneficiar da sua actuação.

Em face disto, entendo que não deve o Governo ou qualquer outra entidade subtrair-se ao empresário e definir-lhe em termos objectivos e sem qualquer margem de flexibilidade os montantes percentuais do seu lucro. Deve ser o empresário a fixar o montante do seu lucro.

Para os Governos reserva-se uma outra tarefa, a qual será residual, e que se traduzirá em ser o garante de que essa liberdade não faça perigar a estabilidade que deve existir nos preços e, conseqüentemente, no mercado. Tarefa que deve ter por objectivo evitar situações de inflação ou especulação nos preços.

Em face do que fica dito, facilmente se alcança que não deverão os lucros irem além do razoável e transformarem-se em autênticos lucros usurários. Não deverá o empresário, por exemplo, porque sabe que o seu produto é único capaz de no mercado satisfazer as necessidades para que foi criado aproveitar-se disso e vendê-lo ao dobro ou triplo do preço quando sabe que, se tivesse um concorrente, vendê-lo-ia a preço inferior, tendo igualmente um lucro uma remuneração atractiva.

Aceita-se que as margens de lucro fixadas pelos agentes económicos, variem conforme a concorrência existente no mercado e que varie de local para local, o que não se aceita é que o agente económico aproveite essa falta de concorrência para nesse mercado onde é dominante, obter os lucros que doutro modo (numa situação concorrencial) não consegue obter e que, por isso, os podemos considerar como ilícitos⁴⁸.

Se a dado momento se verificar uma situação destas, deve o Estado, em obediência à sua função de regulador do mercado, estabelecer margens de comercialização para os produtos onde o perigo de lucros usuários se faça sentir, evitando, assim, uma situação

⁴⁸ Na esteira de BORGES, J. Marques. *Direito penal Económico e Defesa do Consumidor*. [S.l.]: Rei dos Livros, pag. 76, lucro ilícito “é a diferença entre o lucro realizado ou tentado e o lucro líquido permitido por lei”.

prejudicial, ou, melhor dizendo, mais onerosa para os consumidores naquele mercado específico.

Claro que se poderá dizer: mas ao fazer-se intervir o Estado numa situação destas, estamos a interferir no funcionamento do mercado; não estamos a respeitar as leis da oferta e da procura. É parcialmente verdade! No entanto, entendo que paralelamente aos interesses dos agentes económicos existem outros interesses, os dos consumidores presentes nesse mercado e os interesses do próprio sistema económico. Ora, o interesse dos consumidores na garantia de uma igualdade de condições de acesso aos produtos do mercado, deve aqui ser protegido e harmonizado com o direito dos empresários ao lucro.

Não se está com isto a negar o direito do empresário ao lucro, está sim a impedir que busque um lucro desmesurado, que, a ser permitido, só existirá porque naquele concreto mercado se verifica uma situação de monopólio ou quase monopólio e, se assim é, como nesse mercado não existe concorrência, há que criar condições que facilitem o seu aparecimento.

Permitir o contrário é, quanto a nós, abrir portas a situações de especulação ou inflação de preços, situações estas prejudiciais à economia.

É certo que, por princípio, um determinado bem desenvolvido ou colocado no mercado por um dado empresário deve pagar-se a si próprio e, ainda, proporcionar ao empresário, uma remuneração extra, a sua margem de lucro, mas também é certo que essa margem de lucro deve ser equitativa.

Em sede do nosso ordenamento jurídico, prevê a aln. b), do n.º 1, do artigo 35º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro que será punido com prisão de 6 meses a 3 anos e multa não inferior a 100 dias, quem “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 ou, independentemente daquela intenção, os que resultariam da regulamentação legal em vigor”.

Sem querer neste momento debruçar-me acerca da dignidade jurídico-penal deste normativo legal, diremos apenas que o legislador português não foi insensível ao seu dever de regulador do mercado considerando como atentatório do bem jurídico, estabilidade dos preços, e, por isso, ilegal a actuação do agente económico que se traduzir em “*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*”.

O legislador português considerou essa actuação do agente económico, ilegal e especulativa quando tal vise obter lucros ilegítimos.

Entendemos que o legislador qualificou bem esse comportamento do agente económico, ao considerá-lo especulativo. De facto, se o agente económico, ainda que limitando-se a aproveitar as condições do mercado, nomeadamente a sua posição dominante ou até de monopólio, decide alterar o preço dos bens que comercializa para daí tirar lucros mais elevados que aqueles que tiraria numa situação de normal concorrência, esse lucro não será legítimo, porque assenta numa situação de desequilíbrio do mercado causado por abuso de posição dominante que resultou em uma situação de especulação ou, melhor dizendo, de adulteração dos preços.

3 - O conceito de especulação

3.1 - A especulação lícita ou legítima por contraposição à especulação ilegítima

A terminar esta abordagem aos conceitos-chave sobre que versa este nosso trabalho, abordaremos de seguida aquele que é o conceito em torno do qual gira todo este estudo – o conceito de especulação de preços.

É vulgar ouvir-se nos mais variados locais e nas mais diversas circunstâncias, quando se fala em alteração de preços, que tal se deve à especulação. Nos últimos tempos, então, foi sobejamente imputado à especulação, entre outros, quer a alteração dos preços dos cereais, quer a alteração dos preços do petróleo.

Mas, em que se traduz a especulação?

Antes de procurarmos dar uma definição de especulação de preços (a nossa definição), vamos deter-nos um pouco sobre o conceito de especulação *lato senso*.

Em termos linguísticos, o termo especulação é definido como sendo um “exame”, um “estudo”, e, em sentido comercial ou económico, como sendo uma “operação de resultado incerto e arriscado”⁴⁹.

Em face destes sentidos que nos são dados em termos linguísticos, poderemos dizer que especulação será um qualquer estudo ou trabalho de investigação acerca de um determinado tema, podendo assim dizer-se, nesta medida, que todo aquele que desenvolve um estudo, uma investigação, acerca de uma determinada matéria será um especulador. Haverá, assim, especuladores na medicina, no direito, na economia, na genética e em todas

⁴⁹ In *Lello Escolar : Novo Dicionário Ilustrado da Língua Portuguesa, com um Epítome de Gramática e Regras Ortográficas*, 1986, Porto: Lello & Irmão – Editores.

as outras áreas do saber. Neste sentido, podemos dizer que todo o cientista, todo o estudioso, todo o investigador, é um especulador. Se quisermos ir mais longe, pode dizer-se que o confronto, ou debate de ideias é especulação e, nessa medida, um colóquio será um local de especulação em torno de um dado tema.

Em sentido económico ou comercial, o vocábulo “especulação” também serve, como se viu para definir uma “operação de resultado incerto e arriscado”, por exemplo, um investimento na bolsa de valores, em que o investidor compra acções a um determinado valor, mas nunca tem a certeza se elas vão valorizar, de forma a proporcionar-lhe uma mais-valia, ou se, pelo contrário, vão desvalorizar, causando-lhe um prejuízo.

Sendo este um trabalho desenvolvido na área do Direito, mais concretamente na área do Direito Económico, não é, por certo, do conceito de especulação em termos linguísticos, que vamos tratar.

O objecto do nosso trabalho será a especulação que se verifica no campo económico, mais concretamente ao nível dos preços.

Podemos, assim, numa primeira abordagem ao conceito de especulação, dizer que esta será o estudo ou análise que um agente económico faz no mercado acerca do preço de determinado bem, ou bens, de forma a prever a sua oscilação e, desse modo, atenuar os efeitos maléficos dessa flutuação nesse mesmo mercado.⁵⁰

Neste sentido, o especulador será um agente económico atento não só às condições presentes do mercado, mas, também, às passadas, de forma a prever as condições futuras desse mesmo mercado e, assim, atenuar ou evitar os efeitos maléficos que a oscilação dos preços aí praticados, possam causar ao mercado.⁵¹

Já segundo SAMUELSON/NORDHAUS⁵² os especuladores “estabelecem, elos de ligação entre mercados em três dimensões: ao longo do espaço, ao longo do tempo, e relativamente aos riscos.” Por outras palavras, e ainda segundo os mesmos autores (embora consideremos ser uma noção demasiado restritiva de quem pode ser especulador) especuladores “são pessoas que compram e vendem uma mercadoria (como cereais, cacau,

⁵⁰ Neste sentido VIDAL, Caetano Léglise da Cruz, 1964, in “*Em redor do termo «especulação»*”, *Revista de Contabilidade e Comércio*, n.º 121, Janeiro – Março, Vol. XXXI. Segundo este autor, “o papel do especulador consistirá em prever as oscilações dos preços, as variações das cotações das matérias e dos produtos e – efectuada essa previsão – em cobrir-se por meio da constituição de stocks nos momentos de abundância. Desta forma, a acção do especulador evitará o aviltamento dos preços que só na aparência beneficia o consumidor, pois na realidade, prejudica toda a economia, ferindo, também em última análise, esse mesmo consumidor”.

⁵¹ Ainda na esteira de VIDAL, Caetano Léglise da Cruz, 1964, in “*Em redor do termo «especulação»*”, *Revista de Contabilidade e Comércio*, n.º 121, Janeiro – Março, Vol. XXXI, “o papel do especulador consiste, portanto, em prever as oscilações de preços e amortecer essas mesmas oscilações”.

⁵² SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*. 12ª ed.. [S.l.]: McGraw Hill, pág. 608 e 609.

ou instrumentos financeiros) sem que no entanto sejam produtores ou utilizadores. Constituem simples intermediários que estão interessados em comprar barato, para vender mais caro. A última coisa que eles desejam é verem a camioneta que transporta o trigo ou porcos a descarregar à sua porta”, mas, para isto, necessitam de estabilidade no mercado.

Algo que qualquer mercado ou sistema económico deseja é, fundamentalmente, a estabilidade. Se num mercado existir estabilidade, existe uma das condições necessárias para que esse mercado prospere. Existirá estabilidade num mercado não só quando não há escassez de bens, mas, também, quando entre os agentes económicos existe um clima de confiança mútua, que lhes permite planear os seus investimentos a médio e longo prazo, concorrendo para isso, em muito, a estabilidade dos preços praticados nesse mercado.

Ora, se é certo que os preços num qualquer mercado são um elemento que não é fixo, que não é estável, mas que, pelo contrário, e com frequência, oscilam (nuns mercados mais que noutros, é certo) em resultado da oferta e da procura que aí se verifica, cabe ao agente económico (especulador) que actua nesse mercado, comprando, vendendo ou até produzindo, prever não só as oscilações dos preços aí praticados, mas também, controlar e prever as quantidades de bens disponíveis e procuradas em cada momento, de forma a que, não só, não exista escassez de bens propriamente dita, mas, também, e acima de tudo, os preços aí praticados se mantenham estáveis, independentemente de uma maior ou menor procura que desses bens a cada momento possa existir.

Se num dado momento existe excesso de bens no mercado relativamente às quantidades que nesse mesmo momento são procuradas, cabe ao especulador absorver esse excesso de bens disponíveis ao melhor preço possível, evitando com isso, não só, que o seu preço no mercado caia demasiado, em resultado desse excesso, mas, também, para que, no futuro, quando existir escassez desse ou desses mesmos bens no mercado, aí introduzir aquelas quantidades que anteriormente eram excesso e, assim, obstar não só a uma situação de escassez, mas, também, a uma situação de alta de preços, criadora de instabilidade no mercado⁵³.

Este trabalho de análise, previsão e planeamento económico é, a nosso ver, a missão principal do especulador. Ao fazer este planeamento, ao agir, diga-se, em contra ciclo, adquirindo os bens excessivos no mercado (procurando-o fazer, é claro, ao melhor preço possível) para, depois, poder vendê-los nesse mesmo mercado, quando já forem escassos e os outros operadores já não tiverem quantidades suficientes para satisfazerem a procura

⁵³ Neste sentido, SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*. 12ª ed.. [S.l.]: McGraw Hill, pág. 609.

existente, o especulador vai não só obstar, como disse, à escassez, mas poder realizar lucros com a venda desses bens e, com isto, gerar riqueza.

Esta função atribuída aos especuladores é, na esteira de SAMUELSON/NORDHAUS,⁵⁴ uma função “socialmente útil”, na medida em que poupa aos consumidores e até mesmo aos demais agentes económicos correrem riscos, correndo-os ele, o especulador.

Esta actividade do especulador será aquela que chamaremos de especulação lícita ou legítima⁵⁵, na medida em que será uma actuação útil e benéfica para o mercado, proporcionando-lhe a estabilidade necessária ao seu crescimento e desenvolvimento.

Lancemos mão de um exemplo. Imaginemos que num determinado ano existe uma produção excepcional de azeite. Produção essa que é superior às necessidades, à procura existente nesse mercado. O que acontecerá? Por certo se dirá que uma das consequências desse excesso de produto no mercado será a baixa do seu preço. Pergunto, o que causará isso? Desde logo, tendo os agentes económicos produtores de azeite feito um investimento na expectativa de obterem um determinado lucro e, na base desse lucro esperado, começado já a planear os seus investimentos futuros, esse abaixamento dos preços irá frustrar os lucros esperados, o que poderá fazer adiar os investimentos projectados. Por outro lado, se a produção for de tal modo abundante, o preço do azeite poderá baixar tanto que acabe por provocar situações de ruptura aos produtores, ao ponto de nem sequer os investimentos feitos verem compensados.

Imaginemos agora não uma situação de produção excepcional, mas antes de produção deficitária e, por isso, abaixo das quantidades necessárias e normalmente, consumidas ou transaccionadas naquele mercado. Que irá acontecer? Por certo que, sendo a produção deficitária, os preços irão subir, já que a escassez do bem e a necessidade de o obter fará com que os consumidores estejam dispostos a pagar mais para o adquirir. Mas, imaginemos agora que a produção é extremamente baixa. Que acontecerá? Pondo de parte a possibilidade real de ruptura de stocks causada por uma procura superior às quantidades disponíveis, por certo que os preços vão subir ainda mais. No entanto, poderá acontecer que subam tanto que o seu preço se torne inabarcável e, aí, uma de duas coisas poderá acontecer: ou os consumidores continuam dispostos a pagar o preço pedido pelos bens, ou abandonam a sua procura e passam a procurar um sucedâneo.

⁵⁴ SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*. 12ª ed.. [S.l.]: McGraw Hill, pág. 612.

⁵⁵ Esta expressão não é nossa, mas de VIDAL, Caetano Léglise da Cruz, 1964, in “*Em redor do termo «especulação»*”, *Revista de Contabilidade e Comércio*, n.º 121, Janeiro – Março, Vol. XXXI, quando refere que “ao lado da especulação lícita e legítima pode surgir uma especulação ilegítima”.

Ora, se os consumidores optarem por esta última opção, isso fará o preço do bem, que ainda há pouco tempo estava elevado, começar a descer e, até mesmo, despencar dada a diminuição ou falta de procura. Que acontecerá então? Por certo o prejuízo dos operadores económicos, nomeadamente dos produtores, que, não só, não verão a produção obtida dar-lhes o retorno esperado como, ainda, com os preços altos, não conseguirão esgotar a pouca produção que obtiveram ou, se o conseguirem, têm que o fazer a um preço inferior que àquele que esperavam.

Ora, é nestes cenários que ganha relevo o papel do especulador. É nestes cenários que o especulador, no seguimento do que vimos defendendo, tem, ou pode ter, um papel fundamental para a economia, podendo desempenhar aquela função atrás referida “socialmente útil”⁵⁶, de prever as oscilações dos preços, as variações das cotações das matérias e dos produtos e – efectuada essa previsão – em cobrir-se por meio da constituição de stocks nos momentos de abundância.

No entanto, como é fácil de ver e constatar, de uma forma, direi, generalizada, não é este, por regra, o modo dos especuladores actuar no mercado económico. Pelo contrário! Quando se ouve falar de especulador, mais do que associar a este a imagem do sujeito que efectua uma “operação de resultado incerto e arriscado”,⁵⁷ ou, então, associá-lo à função “socialmente útil” que na esteira de SAMUELSON/ NORDHAUS⁵⁸ desempenha, poupando aos consumidores e até mesmo aos demais agentes económicos correrem risco, a imagem que nos assalta é a do indivíduo que, com poucos ou nenhuns escrúpulos, manipula ou tenta manipular o mercado, de forma a obter neste o máximo lucro possível nas operações económicas em que intervém, sem se preocuparem com a solidez e estabilidade do mercado. Quanto mais instável melhor, pois maiores lucros podem obter.

Se recordarmos o que aconteceu nos últimos tempos em torno das constantes subidas do preço do crude e, associado a isso, as constantes subidas de preço dos combustíveis, constatamos que, em bom rigor, nada no mercado fazia crer que o preço do crude subisse aos níveis que efectivamente subiu. Pode dizer-se que a subida do preço do crude foi resultado, não de qualquer escassez ou aumento da procura do produto, mas sim de pura manipulação do preço do bem no mercado, de pura actuação fraudulenta⁵⁹ sobre o mercado,

⁵⁶ SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*. 12ª ed.. [S.l.]: McGraw Hill, pág. 612.

⁵⁷ In *Lello Escolar : Novo Dicionário Ilustrado da Língua Portuguesa, com um Epítome de Gramática e Regras Ortográficas*, 1986, Porto: Lello & Irmão – Editores.

⁵⁸ SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*. 12ª ed.. [S.l.]: McGraw Hill, pág. 612.

⁵⁹ Actuação fraudulenta, ou seja, actuação contrária quer àquilo que é imposto pelas normas legais que regem o mercado, quer às leis do próprio mercado, nomeadamente a lei da oferta e da procura.

com vista a provocar uma subida do preço dos bens aí transaccionados e até dos com ele relacionados e, desse modo, obter o máximo lucro possível.

Ora, se assim é, como se deve apelidar este fenómeno de manipulação ou tentativa de manipulação dos preços no mercado? Deverá ser chamado de manipulação ou adulteração dos preços no mercado? De especulação?

O termo que entendemos adequado para identificar o comportamento do agente ou agentes económicos que actuam no mercado, alterando ou tentando alterar os preços que aí se praticam, com vista a obter lucros doutro modo inatingíveis, deveria ser o de **manipulação ou adulteração de preços**. No entanto, não é esse o termo comumente usado, mas sim especulação.

Concordamos com CRUZ VIDAL⁶⁰ quando refere que o termo especulação, ainda que de uma forma desvirtuada, acabou por passar a definir um comportamento – manipulação de preços – que nada tem a ver com aquilo que etimologicamente o termo significa.

Tendo-se dito atrás que especulação será o estudo ou análise que um agente económico faz no mercado acerca das suas condições, de forma a prever a sua oscilação e, desse modo, atenuar os efeitos maléficos dessa flutuação no mercado, cabe distinguir essa especulação, a especulação lícita ou legítima (a boa especulação), daquela que se traduz em comportamentos dos agentes económicos tendentes alterar intencionalmente os preços no mercado, de forma a obter lucros em montantes que doutro modo não obteria, a especulação ilegítima (a má especulação).

Se a especulação lícita não causa preocupações à sociedade em geral e, em particular, à economia, sendo até uma actuação benéfica para esta última e, por isso, de incentivar, não atraindo sobre si nenhum juízo de censura ou reprovação, já relativamente aos comportamentos que visam a manipulação ou adulteração dos preços, e a que CRUZ VIDAL⁶¹ se refere como especulação ilegítima, assim não será. Os comportamentos que

⁶⁰ VIDAL, Caetano Léglise da Cruz, 1964, in “*Em redor do termo «especulação»*”, *Revista de Contabilidade e Comércio*, n.º 121, Janeiro – Março, Vol. XXXI. Segundo este autor “o desconhecimento da terminologia económica por parte de tantos que a utilizam com demasiada desenvoltura – para não falar no desconhecimento da própria língua – deu origem a que, dentro do clima emocional que acompanhou a última guerra, se espalhasse no grande público, em vários países, uma terminologia desvirtuada por considerações que nada tinham a ver com o significado real das palavras. Pena foi que em alguns desses países, a própria legislação não tivesse sabido reagir e se tivesse deixado dominar por aquela atmosfera apaixonada e algo demagógica, dando guarida, por exemplo à monstruosidade linguística que representa o chamado *crime de especulação*, ou, o que mesmo é dizer, *crime de investigação ou crime de estudo aprofundado*.”

⁶¹ VIDAL, Caetano Léglise da Cruz, 1964, in “*Em redor do termo «especulação»*”, *Revista de Contabilidade e Comércio*, n.º 121, Janeiro – Março, Vol. XXXI, refere-se a este tipo de especulação como especulação ilegítima. Segundo este autor, “ao lado da especulação lícita e legítima pode surgir uma

visam a adulteração ou manipulação dos preços são censuráveis na medida em que criam instabilidade e insegurança no mercado e na economia.

Se quisermos entender as coisas por outro prisma, poderemos dizer que a especulação ilegítima (como lhe chamaremos, na esteira de CRUZ VIDAL) é a outra face da mesma moeda. Será a forma perversa do agente económico, o especulador, usar os seus conhecimentos acerca do mercado, não em benefício deste, mas exclusivamente em seu próprio benefício e para satisfação dos seus próprios interesses contrários aos interesses do mercado.

Como dissemos atrás, são estes comportamentos de manipulação dos preços e, por isso, atentatórios dos interesses da economia, que o direito visa reprimir e a que, de resto, o ordenamento jurídico português, à semelhança de outros, tal como o espanhol, não foi alheio, considerando-os ilícitos, o que faz dessa especulação ilegítima, também ilícita.

Ao tutelar a especulação ilegítima, no artigo 35º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, o legislador português (à semelhança do que já acontecia no anterior Decreto-Lei n.º 41 204, no seu artigo 24º, onde, também aí, apenas preferiu dizer quais as condutas que, se praticadas, consubstanciavam crime de especulação) não definiu em concreto o que é considerado especulação⁶², optando antes por punir determinados comportamentos que, em epígrafe, apelida de especulativos.

É certo que, como bem sabemos, as definições em direito são perigosas, podendo pecar por defeito ou por excesso. Contudo, na esteira de COSTA ANDRADE, poder-se-ia sempre dizer que “por definição, a especulação implica, assim, a violação de um preço subtraído à livre disponibilidade dos operadores económicos.”⁶³

No entanto, penso que não podemos ficar por aqui, tendo que ir mais além na busca da definição de especulação ilegítima de preços, uma vez que não é só nos preços subtraídos à livre disponibilidade dos operadores económicos que pode haver lugar à manipulação de preços. Se não, vejamos! Prevê a aln. b), do artigo 35º, daquele Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, que, também, pratica o ilícito de especulação aquele que “alterar, sob qualquer

especulação ilegítima, que se verifica quando o especulador, em vez de aproveitar oscilações naturais que soube prever a tempo, vai ele próprio provocar oscilações artificiais de preços. Desta forma, o especulador deixará de ter uma função reguladora para exercer, pelo contrário, uma acção profundamente perturbadora”.

⁶² Neste sentido ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *A nova lei dos crimes contra a economia (Decreto-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, pág. 409.

⁶³ ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *A nova lei dos crimes contra a economia (Decreto-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.

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”.

Traz este normativo legal à colação um outro conceito que tem que ser tido em consideração para efeitos de nos aproximarmos da definição de especulação ilegítima – o conceito de “regular exercício da actividade”.

Se, nos termos daquele normativo, pratica o ilícito de especulação aquela que altera os preços que do “regular exercício da actividade resultariam para os bens e serviços”, uma coisa é certa: a fixação desses preços não há-de resultar por determinação de qualquer dispositivo legal. A expressão “preços que do regular exercício da actividade resultariam” não significa o mesmo, nem tem o mesmo alcance, que “preços superiores aos permitidos pelos regimes legais”.

A que se quererá, então, referir o legislador quando usa a expressão “preços que do regular exercício da actividade resultariam para os bens ou serviços”?

Quererá, por certo, referir-se aos preços cujo mercado deva fixar livremente em obediência à sã concorrência, não sendo, por isso, resultado de uma qualquer decisão administrativa que os fixa (quantas vezes, com vista a salvaguardar interesses próprios de um qualquer grupo económico, embora sob o pretexto de serem estabelecidos em benefício do consumidor)⁶⁴. Quererá pois, referir-se aos preços, que resultam ou devem resultar da aplicação da lei da oferta e da procura, aos preços cujo mercado, e só o mercado, através das suas leis, na sua perfeita actuação deve ditar.

Poderá no domínio dos preços livres, no âmbito dos preços fixados em obediência às leis do mercado, nomeadamente às leis da oferta e da procura, existir especulação ilegítima de preços?

À primeira vista parece um contra-senso falar-se e especulação ilegítima de preços num domínio onde os preços são livremente fixadas em face das leis de mercado. Mas... será um contra-senso?

Não há dúvidas que em certos mercados, como seja o mercado dos medicamentos, ou o mercado dos serviços essenciais (água, electricidade, telecomunicações, gás, transportes públicos e correios, entre outros) os preços estão, ou devem estar sujeitos a regimes legais que os fixam ou, pelo menos, os controlam, procurando-se, assim, assegurar uma igualdade de oportunidade de acesso de todos a esses bens, através de preços, geralmente baixos, e, por

⁶⁴ Veja-se, por exemplo, o preço dos medicamentos que, nas mais diversas vezes em que são alterados, são estabelecidos, não em função do interesse dos consumidores, mas sim em função ou obediência aos interesses das indústrias farmacêuticas.

isso, acessíveis a todos. Contudo, mercados existem onde essa necessidade de assegurar uma igualdade de oportunidade de acesso aos bens não existe, ou não é tão premente, nomeadamente porque existem sucedâneos para esses bens a preços diversos (geralmente mais baixos) ou porque existem no mercado diversos operadores económicos que, em regime de concorrência, disponibilizam os mesmos bens, podendo-se, assim, optar por quem vende a preço mais acessível. Como refere o parecer da então Câmara Corporativa n.º 46/VI⁶⁵, “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 nenhum 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.”

Haverá, então, espaço no domínio dos preços fixáveis em função das regras do mercado e, mais concretamente, em função da lei da oferta e da procura, para se poder falar de especulação ilegítima de preços? Entendemos que sim. Direi até que é este o campo por excelência onde a manipulação dos preços se verifica com maior intensidade e grau de danosidade para a economia.

Enquanto nos preços fixados, ou controlados por decisão administrativa há, devido a essa forma de fixação, ou controlo, maior dificuldade em os manipular (até porque, de uma forma ou de outra, tais preços são mais ou menos conhecidos e controlados), nos preços livremente fixáveis em função da lei da oferta e da procura, em virtude disso mesmo, de serem fixados de uma forma, diríamos, informal e devido a serem aqueles que, por regra, vigoram nos sectores onde há maior concorrência entre operadores económicos, as facilidades em adulterar tais preços são muito maiores e, não raro, instala-se de forma muito discreta.

Para que um mercado verdadeiramente prospere é necessário, como já o referimos, que aí exista estabilidade plena aos mais diversos níveis que de um modo ou de outro se inter-influenciam. Ora, tal estabilidade não existirá se não existir estabilidade nos preços. Podemos dizer que a estabilidade dos preços será o principal factor donde, em muito, depende a estabilidade dum mercado.

⁶⁵ Parecer da Câmara Corporativa n.º 46/VI, apud DIAS, Jorge de Figueiredo, 1999, in *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*. In *Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora.

Existindo no mercado preços fixados administrativamente, mas, principalmente, preços fixados em razão da oferta e da procura, que são a grande maioria e os que maior peso têm no mercado, se estes preços forem manipulados o mercado ficará instável, o que gerará medo ou receio nos operadores económicos e consumidores e, com isso, acarretará prejuízos para esse mercado. Diremos até que a manipulação de preços que se verifique no domínio dos preços livremente fixáveis é mais nefasta para o sistema económico que aquela que se verifique (até pela rápida e, geralmente, agressiva reacção estatal contra essa manipulação) no domínio dos preços fixados, ou controlados administrativamente. Não deve, por isso, no domínio dos preços fixáveis de acordo com as leis da oferta e da procura, existir manipulação ou adulteração dos preços.

Em face do que fica dito, entendemos que consubstanciará especulação ilegítima de preços, não somente a conduta que desrespeita os preços “subtraído à livre disponibilidade dos operadores económicos”, mas, também, aquela que desrespeita os “preços que do regular exercício da actividade resultariam para os bens ou serviços”.⁶⁶

3.1.1 - A especulação silenciosa ou dissimulada.

Estamos habituados a considerar somente como especulativas aquelas condutas que manipulam, ou adulteram, de uma forma rápida e muito acentuada os preços, sem justificação válida para tal. Ou seja, aquelas situações flagrantes, ou, diríamos, escandalosas de manipulação dos preços. Damos como exemplo desta situação a recente subida do preço do crude, ou dos cereais no mercado internacional, em que, em poucos dias, o seu preço disparou para valores elevadíssimos nunca antes vistos, sem razão válida para tal, como seja o aumento do custo dos factores de produção ou um abrupto aumento da procura.

Contudo, outras situações existem que, por serem dissimuladas, ou de não rápida percepção acabam por, quase sempre, passarem despercebidas e até serem vistas, não como actuações especulativas propriamente ditas, mas como um resultado da normal actuação, ou funcionamento do mercado. Damos a título de exemplo o preço que até há bem pouco tempo

⁶⁶ Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 1986, publicado in *Colectânea de Jurisprudência*, Tomo I, pág. 119. Segundo tal acórdão “O crime de especulação previsto no Decreto-Lei n.º 28/84 é, como tipo legal, o mesmo que era previsto no Decreto-Lei n.º 41 204, quanto à referência à prática de preços superiores a um certo preço padrão, pois a única alteração existente entre essas duas legislações, nesse aspecto, respeita apenas à forma de determinação de tal «preço – padrão»”.

era praticado pelos agentes imobiliários relativamente aos imóveis colocados no mercado para venda.

Durante muito tempo, em parte porque as instituições de crédito a isso ajudaram ao facilitarem nas condições de obtenção de crédito para esse efeito (até porque as condições sociais a isso também permitiam, o que resultou numa crise financeira com falta de liquidez, bancos a falirem, hipotecas a serem executadas sem que as pessoas pudessem pagar os empréstimos contraídos – a crise do chamado sub prime) e, em parte, porque a margem de lucro, nomeadamente dos construtores e dos agentes imobiliários, eram elevadíssimas, praticaram-se preços muito altos no mercado dos imóveis. Contudo, hoje, fruto, é certo, da crise financeira e económica em que nos encontramos mergulhados, esse preço desceu e muito. No entanto, se repararmos, o preço dos factores de produção e das matérias-primas usados na construção civil (nomeadamente o preço do cimento, da pedra, da areia, dos equipamentos e dos salários pagos) não se alterou assim tanto (e se alterou até foi, em alguns casos, no sentido de subir) a ponto de se poder dizer que tal baixa de preços se deveu à diminuição destes custos.

Então qual a justificação para aqueles preços altíssimos que constantemente subiam ainda mais? Nenhuma; ou melhor, uma: manipulação dos preços. No entanto, se repararmos, aquele nível altíssimo de preços não surgiu de forma rápida e abrupta, como acontece em muitas outras situações de especulação de preços, mas antes, foi-se acentuando progressivamente, ao longo do tempo, a ponto de se generalizar, de uma forma até comumente aceite por todos (consumidores, agentes imobiliários, construtores civis e o próprio Estado, este último, que disso também tirou ou deveria tirar proveito ao nível dos impostos, nomeadamente IRC, Imposto Municipal Sobre Transmissão Onerosas de Imóveis, Imposto de Selo, Imposto Municipal Sobre Imóveis).

Se repararmos, só recentemente, quando o mercado imobiliário começou a dar sinais de alguma instabilidade, é que se começou a falar especulação imobiliária, pois até aí a razão para esta alta de preços era atribuída, por um lado, à grande procura de imóveis no mercado, nomeadamente procura de habitação própria; procura de lojas para comércio, ou de pavilhões para instalação de indústrias e, por outro, ao facto de as pessoas, dada a aparente estabilidade económica que se vivia, estarem dispostas a pagar tais preços por esses imóveis, convencidas que estavam até, dado o facto de esses preços serem praticados de forma generalizada, que esse era o real preço dos bens.

Só quando a crise financeira se instalou no sector imobiliário (sub prime), fazendo-o praticamente estagnar, e depois se alastrou a toda a economia, com consequências ao nível

do emprego e do crédito, é que todos, ou quase todos, se deram conta que os preços praticados no sector imobiliário estavam escandalosamente altos, muito acima do valor real dos bens, a ponto de se tornarem incomportáveis para aqueles que tinham que reembolsar os bancos desses montantes, e com juros, em virtude de a essas instituições terem recorrido para obterem o financiamento necessário à aquisição de tais bens.

Outros comportamentos que, quanto a nós, não se traduzindo numa directa alteração dos preços, poderão, ainda assim, ser definidos como especulação ilegítima, na medida em que podem desencadear um adulteração dos preços no sentido de os fazer subir ou descer, serão as situações em que os especuladores, ou se quisermos, os market makers, usando os seus especiais conhecimentos do mercado, não desencadeiam uma alteração dos preços, fazendo-os subir ou descer, limitando-se, antes, simplesmente, a provocar nos consumidores, ou nos demais operadores económicos, um receio de que (sob o argumento que dado produto ou produtos, geralmente sem sucedâneo, vai escassear ou até desaparecer do mercado) os preços desses bens vão subir, criando através dessa instabilidade, ou, se quisermos, ansiedade provocada no mercado, condições para um aumento do volume de vendas e, conseqüentemente, aumento dos lucros que doutro modo não obteriam.

É, de resto, este, no que diz respeito aos crimes contra o mercado, previstos no Código de Valores Mobiliários, um comportamento já tipificado no seu artigo 379º, n.º 1, sob a epígrafe “Manipulação do mercado”, que prevê: “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 três anos ou com pena de multa”, considerando-se, por sua vez, no n.º 2 desse normativo, como actos idóneos para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado, entre outros, aqueles “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”

Nesta situação, o especulador não altera o preço dos bens transaccionados no mercado, apenas cria no consumidor, através do bluff que faz, um receio acerca da manutenção ou inalteração dos preços dos bens, o que leva a que este adquira maiores quantidades de bens (quantidades que de outro modo não adquiriria) a um preço que acredita mais baixo que aquele que espera no futuro, provocando, desse modo, ora um aumento das vendas e, conseqüentemente, dos lucros para os agentes económicos em montantes que não

obteriam, não fosse esse receio de alteração de preços, ora, uma redução, ou, pelo menos, uma tentativa de redução, por parte dos agentes económicos que disponibilizam esses bens no mercado das quantidades disponíveis para venda, com vista a que, retardando o seu lançamento no mercado, os venderem mais tarde a um preço mais elevado.

Teremos, assim, contraposto a uma maior procura, uma idêntica ou menor oferta, motivada não por preços mais altos, mas pela crença futura de preços mais elevados.

Mas pode acontecer (apesar de tal ser menos provável) que o receio criado seja no sentido de que os preços possam descer abruptamente.

Neste caso, tenderá a existir por parte dos consumidores uma menor procura dos bens cujo preço se espera que desça, na ânsia de os adquirir no futuro a um preço mais baixo. Por sua vez, por parte dos operadores económicos que detêm tal produto para venda, existirá uma maior oferta, não raras vezes, já a um preço mais baixo, mas que esperam ser mais alto que aquele que no futuro se possa verificar. Teremos aqui, fruto daquele receio criado, uma menor procura a que é contraposta, não raras vezes uma idêntica oferta, embora em condições mais atractivas ao consumidor.

É evidente que estas situações de criação de receio relativamente a uma alteração de preços do mercado, são, via de regra, um estádio prévio ao de subida ou de descida dos preços, estando até, geralmente, na sua origem. Muitas vezes são até o resultado de um abuso de posição dominante no mercado (uma prática anti-concorrencial). No entanto, estamos em crer que nesta situação, estaremos, também, perante uma situação de especulação ilegítima de preços.

É certo que poderá surgir a pergunta: como se poderá estar perante especulação ilegítima se os preços não foram alterados? De facto, os preços não se alteraram, ou poderão não se ter alterado, mas o agente económico (o especulador) quando criou o receio de que os preços poderiam alterar-se, quer fazendo crer que iriam subir (levando, com isso, os consumidores, ou operadores económicos a adquirirem maiores quantidades de bens do que aquelas que em termos normais adquiririam, não fosse esse erro em que foram induzidos) quer fazendo crer que os preços poderiam descer, criou instabilidade nos preços; criou receio nos intervenientes no mercado; porventura levou até outros operadores económicos menos esclarecidos acerca das condições do mercado, a constituírem (com os seus inevitáveis custos) stocks maiores com vista a venderem depois tais produtos armazenados, a um melhor preço quando este subisse. Ora, esta actuação com vista a falsear os dados, as regras do mercado, ao criarem instabilidade nos preços, consubstancia, quanto a nós, um comportamento especulativo ilegítimo. É que se cria instabilidade no mercado e, se não de

forma generalizada, há sempre aqui e ali preços a oscilar, o que pode ser a semente de uma efectiva alteração de preços.

Estas são pois, quanto a nós, exemplos de manipulação (ou como se usa dizer, de especulação) ilegítima de preços e que, pela forma como surgem, de um modo dissimulada, ou pouco perceptível, chamaremos de manipulação (ou especulação) silenciosa ou dissimulada de preços.

No entanto, não tendo o legislador definido o que é especulação (ilegítima), ficamos somente a saber que comportamentos, em seu entender, são considerados, em termos legais, ao nível dos preços, como especulativos.

3.1.2 - Aumento do lucro, o (único) objectivo da especulação ilegítima de preços.

Sendo a especulação ilegítima de preços um comportamento que se traduz na manipulação ou adulteração dos preços do mercado, este comportamento terá que ter, pela sua própria natureza, pelo menos uma finalidade ou objectivo, já que ninguém terá interesse em manipular os preços se não for porque isso lhe traz algum benefício. Ninguém terá interesse em adulterar os preços se isso, mediata ou imediatamente, lhe vai trazer prejuízos a si ou àquele a quem eventualmente representa e de quem auferir benefícios, remunerações, se lhe proporcionar lucros. Contudo, já se sentirá tentado a tal se isso lhe aumentar os ganhos.

Todos os intervenientes no mercado, desde os trabalhadores, aos empresários, passando pelos titulares dos meios de produção, todos, visam obter ganhos e maximizar esses ganhos. Como refere SAMUELSON/NORDHAUS⁶⁷ (embora consideremos, já o dissemos, ser uma noção demasiado restritiva de quem pode ser especulador) estes “constituem simples intermediários que estão interessados em comprar barato, para vender mais caro. A última coisa que eles desejam é verem a camioneta que transporta o trigo ou porcos a descarregar à sua porta.”

Ora, sendo a obtenção de ganhos, ou, se quisermos, de lucro (embora ganho e lucro não signifiquem a mesma coisa) o objectivo máximo da actuação dos agentes económicos no mercado, *maxime* dos especuladores, a manipulação dos preços (com a consequente viciação

⁶⁷ SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*. 12ª ed.. [S.l.]: McGraw Hill, pág. 608 e 609.

das regras do mercado) é um meio, embora reprovável, que permite atingir e maximizar esses lucros⁶⁸.

Não vemos, de resto, que outro objectivo válido e suficientemente aliciador leve o especulador a manipular os preços. A maximização do lucro será pois o objectivo máximo do especulador quando adultera ou manipula os preços do mercado. Da noção de especulação ilegítima de preços há-de pois fazer parte como seu (único) objectivo, a obtenção de lucro que, por ser obtido à custa da adulteração das regras do mercado, será um lucro ilegítimo e, conseqüentemente, ilícito, se ilícito for o acto praticado e através do qual o mesmo foi auferido.

3.2 - Especulação de preços e práticas restritivas da concorrência, que relação?

Temos dito que a especulação de preços é uma actividade que directamente atenta contra o bem jurídico, estabilidade dos preços, sendo por isso, uma prática atentatória de interesses económicos ligados ao regular funcionamento dos mercados.

Por outro lado, não podemos esquecer que para que esse normal funcionamento do mercado se verifique é necessário que exista, não só, a estabilidade dos preços, mas, também, uma normal e, acima de tudo, leal concorrência entre os operadores económicos do mercado. E para que essa concorrência exista não poderá haver nem abuso de posição dominante, nem acordos, ou práticas concertadas de empresas “que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência”⁶⁹.

Ora, é certo e sabido que muitas dessas práticas concertadas, abuso de posição dominante, ou acordos de empresa se estabelecem em torno de um único objecto – o preço – e não raro com um único objectivo, controlar os preços.

Não será pois errado dizer-se que quem controlar os preços, controla o mercado e, se controla o mercado, domina a concorrência, ou, pelo menos, terá condições para o fazer.

Falar de concorrência pressupõe pois, forçosamente, que se fale de preços e vice-versa.

⁶⁸ Neste sentido, GASPARG, Henriques, 1995, in *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 448, pág.48. Segundo este Autor, “A complexidade da relações de consumo, a exacerbação da concorrência, a agressividade dos comportamentos na promoção e na oferta de bens e serviços, a potenciação ou a urgência do lucro, podem levar os agentes económicos a práticas fraudulentas, lesivas dos interesses patrimoniais dos consumidores individualmente considerados”.

⁶⁹ Conferir em sede de ordenamento jurídico português o artigo 4, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Não querendo entrar profundamente na questão da concorrência, temos, contudo, que admitir que a viciação da concorrência tem, geralmente, efeitos sobre os preços, sendo que, não raro, essa viciação é só o prelúdio, quando não mesmo o *modus operandi* de uma actuação especulativa sobre os preços e que, por outro lado, o falseamento ou viciação da concorrência também se pode verificar através da manipulação dos preços, ou seja, por via da especulação ilegítima.

Se a estabilidade dos mercados depende, em muito, dissemo-lo já, da estabilidade dos preços e do respeito pela leal concorrência, também é certo que a instabilidade dos preços pode ser uma forma abalar a concorrência que deve existir no mercado⁷⁰. Pode parecer contraditório o que se acaba de dizer, mas veja-se a este propósito o artigo 4º, n.º 1, aln. a), da já citada Lei 18/2003, de 11 de Junho, que proíbe os acordos e práticas concertadas de empresas que tenham por objecto ou efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência com recurso à fixação, directa ou indirecta, dos preços, ou à interferência na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa.

O regular funcionamento do mercado depende, assim, duplamente da estabilidade dos preços, quer de forma directa, pela inexistência de especulação ilegítima, quer de forma indirecta, por via do efeito que a instabilidade dos preços pode ter sobre a concorrência e que acaba por se reflectir no funcionamento do mercado. Dito doutro modo, a manipulação dos preços (especulação) pode ser um meio para se falsear a concorrência e, desse modo, quando assim é, acaba também por pôr em causa a estabilidade dos mercados.

Ente a manipulação dos preços – a especulação ilegítima – e violação da concorrência pode, assim, em certos casos, existir uma relação de causa e efeito que desembocará necessariamente numa instabilidade do mercado.

3.2.1 – Dumping, um comportamento anticoncorrencial entre outros, mas, também, uma forma de especulação.

⁷⁰ Como refere COSTA, José de Faria, 2003. *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, pág. 56, referindo-se ao ilícito de especulação de preços, a infracção existe não para proteger o direito daquela concreta pessoa a comprar os bens por 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”.

De acordo com o que vimos escrevendo acerca da especulação ilegítima e uma vez que a conduta do especulador, neste tipo de especulação, visa a obtenção de lucro que, por ser obtido com recurso à adulteração, ou manipulação dos preços, é ilegítimo, somos, desde logo, levados a admitir que consubstanciará um comportamento especulativo ilegítimo, aquele comportamento do agente que fizer subir os preços.

Em termos de direito positivo português, de uma leitura rápida ao artigo 35º, do Decreto-Lei n.º 28/84 de 20 de Janeiro, parece ser esse o espírito e a vontade do legislador. Se não veja-se: o n.º 1, aln. a), desse normativo legal, refere-se a quem “*vender bens ou prestar serviços por preços superiores aos permitidos pelos regimes legais a que os mesmos estejam submetidos*”⁷¹. Por sua vez, a aln. c), desse normativo refere-se a quem “*vender ou prestar serviços por preço superior ao que conste de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas elaborados pela própria entidade vendedora ou prestadora do serviço*”⁷². Já o n.º 2 desse normativo refere que “*com a pena prevista no número anterior será punida a intervenção remunerada de um novo intermediário no círculo legal ou normal da distribuição, salvo quando da intervenção não resultar qualquer aumento de preço na respectiva fase do circuito, bem como a exigência de quaisquer compensações que não sejam consideradas antecipação do pagamento e que condicionem ou favoreçam a cedência, uso ou disponibilidade de bens ou serviços essenciais*”⁷³. Ou seja, em todos estes dispositivos legais o denominador comum à alteração dos preços é a sua subida.

Apesar de ser esta a ideia com que ficamos quando lemos a lei, temos contudo que admitir e afirmar que a especulação ilegítima não se verificará somente, quando o especulador altera os preços do mercado, fazendo-os subir. Ela também se pode verificar, quando o especulador faz, intencionalmente, os preços baixarem. Sim, referimo-nos a isso mesmo, a fazer baixar os preços com o objectivo de daí obter imediatamente ou mediamente lucros que de outro modo não obteriam. E isto não é um contra-senso. A própria lei, na aln b), do n.º 1, daquele artigo 35º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, embora não intencionalmente, porque o espírito do legislador estaria voltado para a alteração dos preços, quando tal se verificasse no sentido da sua subida e não da sua descida, acabou, é certo, por prever esta situação quando refere “*alterar, sob qualquer pretexto ou por qualquer meio e com intenção de obter lucro ilegítimo, os preços que do regular exercício da*

⁷¹ Itálico nosso.

⁷² Itálico nosso.

⁷³ Itálico nosso.

actividade resultariam para os bens ou serviços ou independentemente daquela intenção, os que resultariam da regulamentação legal em vigor”⁷⁴.

Aqui o legislador não usa a expressão – preço superior – mas antes, a expressão – alterar preço. Ora, como resulta dos próprios termos, alterar preço tanto pode implicar uma subida como uma descida dos mesmos. Assim, se um agente económico adopta comportamentos no mercado, que provoquem um abaixamento desmesurado dos preços aí praticados com vista a acabar, diminuir, ou enfraquecer a concorrência aí existente – “dumping”⁷⁵ –, de modo a que, posteriormente, possa livremente ditar os preços que aí se venham a praticar, fazendo-os então subir para níveis que entender conveniente e, com isso, obter lucros avultados (não raras vezes mais elevados que aqueles que obtinha em situação de concorrência) esse agente estará, quanto a nós, a praticar especulação ilegítima⁷⁶.

É que, tal como nas situações de aumento intencional dos preços, também aqui há uma manipulação dos preços por parte do agente económico, manipulação essa com um fim, neste caso mediato, ou, se quisermos, diferido no tempo, de obter lucros elevados que, não fosse essa manipulação dos preços, não obteria.

Diremos até que esta forma de manipulação dos preços é capaz de causar maior dano ou perigo para a economia e mais concretamente ao bem jurídico, estabilidade dos preços, que aquela manipulação de preços que se traduz num aumento intencional dos preços com vista à obtenção de lucros que de outro modo não se obteriam. É que nesta última forma de especulação ilegítima, apesar dos preços serem altos, os agentes económicos mantêm-se no mercado e o consumidor sempre poderá optar por adquirir bens sucedâneos daqueles cujo preço subiu, ou então, adquirir esses mesmos bens cujo preço subiu a operadores económicos que, apesar da subida dos preços, mesmo assim, ainda os mantêm a um preço mais baixo. Já na situação de dumping, se inicialmente os preços baixam, posteriormente irão subir para níveis elevados e, além disso, (quanto a mim, mais grave) a concorrência do lado da oferta desapareceu ou, pelo menos, diminuiu (ou seja, desapareceram operadores económicos do mercado) facto esse que impede, a concorrência, de ser também ela um entrave à subida arbitrária dos preços.

⁷⁴ Itálico nosso.

⁷⁵ Podemos definir o dumping como sendo uma prática comercial, desleal, que se traduz no facto de um ou mais agentes económicos venderem deliberadamente os seus produtos por preços muito baixos, não raro abaixo do preço de custo, com vista a prejudicar, ou até, eliminar a concorrência, de forma a, depois, dominarem o mercado e os preços que aí se vierem a praticar, estabelecendo-os livremente.

⁷⁶ Neste sentido, em termos históricos, apud BORGES, J. Marques. *Direito penal Económico e Defesa do Consumidor*. [S.l.]: Rei dos Livros, o direito francês, puniu como especulação tanto a venda por preços exagerados como o abaixamento ilícito dos preços.

Embora o dumping seja por natureza um comportamento anticoncorrencial, na medida em que visa atingir, através da manipulação dos preços, de forma directa, a concorrência existente num determinado mercado⁷⁷ e normalmente a nível internacional, o certo é que ao implicar um abaixamento artificial de preços (não raro um abaixamento de preços que os faz descer a níveis inferiores aos do custo de produção) e uma vez que essa alteração de preços visa, *in limine*, criar condições no mercado (através da eliminação ou enfraquecimento da concorrência) que permitam ao agente económico vir a ditar livremente os preços, que aí se praticarão e, com isso, obter lucros que de outro modo poderia não obter, esse comportamento não deixa, *in fine*, de atentar contra o bem jurídico, estabilidade dos preços e, nessa medida, traduzir-se, também ele, numa actuação especulativa ilegítima.

Sem querer aqui, neste trabalho, desenvolver a temática do dumping (até porque não é esse o objectivo a que nos propusemos) e sendo certo que, como se disse, o interesse principal do agente económico que pratica dumping será eliminar, ou enfraquecer a concorrência através da adulteração ou manipulação das peças, pode, no entanto, dizer-se que, todos os operadores do mercado visam como fim último da sua intervenção no mercado a obtenção, ou melhor dizendo, a maximização do lucro, que permita obter dividendos e a solidificação da sua posição no mercado. Ora, nessa medida, podemos dizer que esta forma de eliminação ou enfraquecimento da concorrência, ao implicar uma manipulação dos preços com vista, em última instância, à obtenção de lucros que doutro modo não seriam obtidos, traduzir-se-á num comportamento especulativo ilegítimo.

Se o dumping é considerado, em termos imediatos, como um comportamento anticoncorrencial e, nessa medida, atentatório dos bens jurídicos que lhe são inerentes, de um modo paralelo ou, pelo menos, mediato, atenta, também, contra o bem jurídico, estabilidade dos preços e, nessa medida, pode ser considerado uma forma de especulação de preços. Aliás, arriscamos até em dizer que medidas anticoncorrenciais, não só esta que acabamos de abordar, mas também outras como, por exemplo, o abuso de posição dominante no mercado, ou os acordos ou práticas concertadas ente empresas, quando impliquem a manipulação dos preços, acabam sempre por arrastarem consigo e, nessa medida, tê-la como fim, de modo paralelo ou pelo menos mediato, a especulação de preços.

Especulação e práticas restritivas da concorrência vivem, pois, diríamos, paredes-meias, sendo, por vezes, as práticas restritivas da concorrência uma forma de paralelamente ou como fim último manipular os preços no mercado com vista a maximizar os lucros.

⁷⁷ O dumping sendo um comportamento anticoncorrencial, encontra-se, entre outros comportamentos, proibido pelo disposto no art. 4º, n.º 1, aln. a), da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

3.3 - Inflação *versus* especulação de preços

3.3.1 - Da noção de inflação e seus efeitos sobre a economia

Do que fica dito atrás, e sem querermos por ora dar uma definição mais completa de especulação ilegítima de preços, facilmente se alcança que tal especulação se traduzirá numa manipulação dos preços, a qual terá por fim a obtenção de lucros que de outro modo não seriam obtidos.

Mas, e a inflação? De que se tratará? Confundir-se-á ela total ou parcialmente com especulação?

Iniciaremos esta nossa, ainda que breve, abordagem à figura da inflação dos preços pela sua noção e efeitos sobre a economia, passando depois ao seu confronto com a figura da especulação.

Diz MANUEL PORTO⁷⁸ que a inflação é “a subida continuada e apreciável do nível geral dos preços”, podendo falar-se de inflação – procura, inflação – custo, ou inflação estrutural, conforme as pressões para a subida dos preços estão do lado da procura, ou do lado dos custos de produção, ou, então, não existe uma pressão assinalável para essa subida, nem do lado da procura nem do lado dos custos de produção⁷⁹, sendo essa pressão, por exemplo, do lado da oferta, ou uma conjugação de todos estes factores.

Dá este autor, como exemplo deste último tipo de inflação (inflação estrutural), os casos em que os preços são fixados pelas empresas (nomeadamente nas situações de monopólio ou de oligopólio) de acordo não com a pressão vinda do lado da procura, ou dos custos de produção, mas de acordo com os objectivos que essas empresas prosseguem. Veja-se, a título de exemplo, os casos, não raros, em que os grandes grupos económicos, nomeadamente grupos económicos cotados em bolsa, com interesses, por exemplo, no domínio da indústria automóvel, ou dos produtos energéticos, que anunciam previsões de lucros para determinado período de tempo, facto que, por si só, provoca, desde logo, agitação nos mercados bolsistas, com uma maior procura e conseqüente subida de preço das acções desse grupo, ou até de grupos onde ele detenha participação. Tais lucros são

⁷⁸PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 365.

⁷⁹ PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 365.

atingidos, não raras vezes, muito à custa da subida dos preços que provocaram no mercado, sem que para isso concorra uma qualquer subida do preço dos custos de produção, ou uma maior procura desses bens.

Por seu turno, PEDRO ARROJA⁸⁰ (numa visão que na esteira de MANUEL PORTO pode ser tida como monetarista⁸¹) refere que a inflação verifica-se quando “o volume de meios de pagamento postos nas mãos dos cidadãos aumenta, embora a quantidade de bens e serviços que vão perseguir não se tenha alterado”, o que, ainda de acordo com o mesmo autor, leva a que exista “uma desproporção entre a quantidade dos bens e serviços produzidos no país⁸²” e os meios de pagamento disponíveis para a sua aquisição com excesso da parte destes últimos.

De acordo com este autor, a inflação traduzir-se-á num excesso de liquidez, num excesso de meios de pagamento no mercado, que pressiona a subida dos preços. A inflação resultará, assim, do excesso cometido pelo Estado, ou governo que coloca em circulação moeda em quantidade excessiva.

Da nossa parte, pensamos que este excesso de liquidez no mercado será não tanto uma causa de inflação nos preços, mas mais uma consequência de todo o processo inflacionista causado por factores próprios do mercado, sejam eles vindos do lado da procura, do lado dos custos, ou, ainda, estruturais, processo esse que lentamente se instalou e se instala geralmente de uma forma muito subtil⁸³ ou disfarçada e que corrói, destruiu, a economia de um país ou grupo de países. Perfilhamos, por isso, a definição de inflação que é dada por MANUEL PORTO, considerando-se que o excesso de liquidez, ou de meios de pagamento no mercado é apenas um aspecto do processo inflacionista⁸⁴.

Mas, bastará uma qualquer subida de preços para que se possa considerar existir inflação?

⁸⁰ ARROJA, Pedro, 1989, in *O Estado e a Economia*. Porto: Vida Económica, pág. 121.

⁸¹ PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 366, segundo o qual, “as inflações foram primeiro explicadas pelos acréscimos de moeda de metal resultantes da descoberta de novas minas e neste século por excessos de papel-moeda, emitida sem a ponderação devida.” E refere mais adiante o mesmo autor: “Mas enquanto os autores monetaristas entendem que o primeiro aumento referido é que constitui o elemento causal (para alicerçar a sua tese Friedman socorreu-se de dados estatísticos desde o século passado), muitos outros, numa linha Keynesiana, privilegiam diferentes factores de aumento da procura.”

⁸² ARROJA, Pedro, 1989, in *O Estado e a Economia*. Porto: Vida Económica.

⁸³ Neste sentido MAYNARD KEYNES, apud, ARROJA, Pedro, 1989, in *O Estado e a Economia*. Porto: Vida Económica, pág. 122.

⁸⁴ Na Esteira de PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 366.

Segundo, ainda, MANUEL PORTO, a inflação será uma “subida continuada e apreciável do nível geral dos preços”⁸⁵. Ou seja, na esteira deste autor, é uma subida que tem que se traduzir num *processo*, em algo contínuo, gradual e duradouro, e não numa subida momentânea dos preços que acaba por se corrigir em resultado das condições existentes no mercado. Além disso, terá que ser uma subida *apreciável* dos preços, tem que ser significativa e não uma qualquer subida que, em termos globais, nenhuma instabilidade causa na economia, ou no mercado em geral. Por fim, para que se possa falar de inflação, tem que verificar uma subida da *generalidade* dos preços, não bastando que se verifique apenas num ou noutro sector da economia, sem influência sobre o nível geral dos preços.

Já ao nível dos seus efeitos para a economia, tem razão PEDRO ARROJA⁸⁶, quando refere que “a inflação impede as pessoas de planear o seu futuro”, “favorece os devedores em prejuízo dos credores” e “desencoraja o trabalho e incentiva a especulação”. Se quisermos falar em linguagem figurada, podemos dizer que a inflação está para a economia, como o bicho da madeira está para esta. Em ambos os casos se instala, geralmente sem nos apercebermos e, se não é combatido a tempo tudo pode ficar irremediavelmente perdido. Nas palavras de MAYNARD KEYNES,⁸⁷ “*não existe processo mais subtil e mais seguro para destruir a base da sociedade do que o da depreciação do valor do dinheiro (inflação). Este processo congrega todas as forças das leis económicas no sentido da destruição, e fá-lo se um modo que nem um homem num milhão o consegue diagnosticar.*”

Numa economia onde a inflação não está controlada, o investimento desaparece em virtude da incerteza quanto ao seu retorno com lucro; apenas haverá certeza quanto ao valor presente dos bens oferecidos no mercado e quanto ao custo presente dos factores de produção, não existindo qualquer certeza quanto ao seu valor ou custo futuro, inviabilizando, assim, a previsão e orçamentação de futuros investimentos; a actividade especulativa prolifera na ânsia de se fazer dinheiro rapidamente, ainda que depreciado, já que pelas vias tidas como normais, nomeadamente a via do investimento em empresas produtivas e criadoras de riqueza para o país, tal criação não é possível.

Já ao nível da balança comercial com o exterior, a inflação fomenta as importações em detrimento das exportações o que gera a saída de divisas em vez da sua entrada e o consequente empobrecimento do país.

⁸⁵ PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 356.

⁸⁶ ARROJA, Pedro, 1989, in *O Estado e a Economia*. Porto: Vida Económica, pág. 124 e 125.

⁸⁷ MAYNARD KEYNES, apud, ARROJA, Pedro, 1989, in *O Estado e a Economia*. Porto: Vida Económica, pág. 122.

3.3.2 - A (aparente) confusão entre inflação e especulação

Sendo a inflação, na esteira de MANUEL PORTO⁸⁸, uma “*subida continuada e apreciável do nível geral dos preços*” e tendo-se afluído alguns dos seus efeitos para a economia do país, ou conjunto de países em que este fenómeno se faça sentir de forma acentuada, aqui chegados, há uma questão que se colocará e que se prende com saber se este fenómeno nefasto à economia se confunde, ou não, total ou parcialmente, com a especulação de preços.

Ficou dito atrás (ainda que de uma forma muito sumária) que a especulação ilegítima se traduzirá numa adulteração ou manipulação dos preços por parte do especulador com vista à obtenção de lucros que, não fosse essa manipulação, doutro modo não seriam obtidos. Assim, do que fica dito, constata-se, desde logo, que em uma e outra situação há uma alteração dos preços. No caso da inflação, uma alteração que se traduzirá, sempre, na sua subida e, no caso da especulação, uma alteração que poderá ser no sentido da sua subida ou descida. Por outro lado, ambas as situações – inflação e especulação ilegítima – são nefastas à economia. Uma economia dominada pela inflação ou especulação ilegítima é uma economia condenada a definhir, é uma economia onde, a curto prazo, o investimento diminuirá drasticamente, ou mesmo desaparecerá por falta de condições que permitam prever, ou planejar esses investimentos, nomeadamente ao nível do seu retorno com lucro.

Posto isto, não será infundada a análise da questão aqui colocada. Confundir-se-á então a inflação, total ou parcialmente, com a especulação de preços? Será a inflação uma forma de especulação, ou vice-versa? Será uma delas causa ou efeito da outra?

Não é outro o nosso objectivo senão dar tão-somente a nossa opinião, em prol do que aqui se discute. Nessa medida, não podemos esquecer, na esteira de PEDRO ARROJA⁸⁹, que “a inflação desencoraja o trabalho e incentiva a especulação”.

Assim e do que ficou dito, a especulação ilegítima de preços traduzir-se-á numa manipulação dos preços, numa manipulação deliberada dos preços com vista à obtenção de lucros que doutra forma não se obteriam. Já a inflação, por sua vez, por princípio, não será o resultado de uma qualquer manipulação dos preços por parte dos agentes económicos com

⁸⁸ PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 356.

⁸⁹ ARROJA, Pedro, 1989, in *O Estado e a Economia*. Porto: Vida Económica, pág. 125

vista a obterem lucros que doutra forma não obteriam. Na inflação, a subida dos preços, que será generalizada (ao contrário da especulação que pode ser sectorial, ou não), deve-se a uma situação de descontrolo generalizado da economia causada, o mais das vezes, por factores inerentes a ela mesma, como seja, por exemplo, a subida do custo dos bens de produção ou dos salários, que, por sua vez, pressionam os empresários a subirem o preço dos produtos finais para poderem fazer face a esses custos.

Vistas as coisas por este prisma, diremos que se um e outro fenómeno, na sua aparência final, podem ser semelhantes (quando ambos impliquem directamente uma subida dos preços), já na sua origem serão, como já vimos, fenómenos diversos, o que os acaba por distinguir, quer quanto à sua natureza, quer quanto aos seus objectivos. No entanto, não será errado dizer que instalado um processo inflacionista, este é propenso a desencadear situações de especulação de preços.

Mas se é assim no que diz respeito à inflação causada por factos advindos do lado da procura, ou do lado dos custos de produção, o que dizer da inflação estrutural,⁹⁰ aquela inflação causada, como nos dá conta MANUEL PORTO,⁹¹ não por factores ligados à procura, ou aos custos de produção, mas sim por factores ligados, por exemplo à oferta? Aquela inflação cuja alta generalizada de preços é ditada, por exemplo, pelas empresas (especialmente as empresas que actuam no mercado em regime de monopólio ou oligopólio) em função dos seus objectivos, nomeadamente em função dos lucro que se propõem obter em determinado prazo e que, de resto, porque esses objectivos até foram objecto de comunicação pública acabam por determinar, não raras vezes, um conseqüente aumento da procura das acções dessas empresas e o seu conseqüente aumento de preço. Não esqueçamos que essa subida de valor das acções até é visto como algo de positivo e benéfico, quer para a sociedade ou grupo económico cujas acções subiram, quer para o próprio mercado.

Nestes casos, diremos que essa subida dos preços ditada pelo agente económico é intencional, tem um objectivo, sendo, por isso, anormal, tanto mais que poderia nunca existir, não fosse única e exclusivamente a vontade do operador económico a ditá-la movido pelo desejo exacerbado de lucro. Ora, em face disto, e não esquecendo, nunca, que a inflação é uma subida *generalizada* dos preços, será que este tipo de subida de preços, assente numa alteração intencional dos mesmos, pode considerar-se como cabendo dentro da noção atrás perfilhada de inflação? Há desde logo que distinguir duas situações: uma é aquela concreta

⁹⁰ PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 369.

⁹¹ PORTO, Manuel Carlos Lopes, in *Economia : Um Texto Introdutório*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, pág. 359.

subida, ou, se quisermos, manipulação dos próprios preços no mercado ditada pela empresa, ou grupo económico que os pratica, não em função do aumento dos custos de produção, ou da procura dos bens por si comercializados, mas em função de um objectivo – aumento do lucro; outra é a subida generalizada dos preços do mercado cuja aquela manipulação dos preços praticados desencadeou. Na primeira situação, entendemos que estamos perante um caso de especulação de preços, já que o que temos pela frente é uma manipulação dos preços resultante de uma actuação deliberada e intencional dos agentes económicos que, aproveitando-se da sua posição dominante no mercado, alteram os preços praticados em função dos objectivos (lucros), que pretendem atingir. Já na segunda o que temos é uma consequência daquela manipulação levada a cabo pelo agente económico, sem que contudo essa subida generalizada dos preços fosse o seu objectivo, pelo que, neste caso, estaremos em face de uma situação de inflação estrutural causada por um comportamento especulativo.

3.4 – Açambarcamento, outra forma de especulação?

Se a especulação ilegítima propriamente dita, atenta de forma directa contra o bem jurídico estabilidade dos preços, o dumping (pela sua natureza uma medida anticoncorrencial que se traduz num intencional abaixamento dos preços com vista ao enfraquecimento, diminuição, ou mesmo eliminação da concorrência), na medida em que implica, também ele, numa manipulação dos preços, a qual visa, em termos pelo menos mediatos, permitir ao agente económico que o pratica a obtenção de lucros ilegítimos, não deixa de ser, por isso, uma forma de especulação ilegítima, na medida em que atenta, também, contra o bem jurídico, estabilidade dos preços.

Mas, será que são só estes comportamentos, que podem consubstanciar uma interferência intencional sobre os preços por parte dos agentes económicos com vista à obtenção de lucros que de outro modo não obteria?

Não raras vezes, deparamos com situações de inexplicável carestia, ou suposta 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 baixar para os níveis praticados anteriormente à situação de carestia. Recentemente vivemos uma situação deste género quando, inexplicavelmente, se verificou por parte das empresas produtores de petróleo a 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 situação de escassez desaparecer sem que, contudo, os preços regressassem aos níveis anteriormente praticados. O mesmo se diga relativamente 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 e 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 artigo 31º, aln. a), quando refere que comete o ilícito aí tipificado “Quem, com prejuízo do abastecimento do mercado destruir bens e matérias-primas referidas no artigo 28º”, 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, 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) 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.

Entendemos no entanto, que 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 esse escassez, ou, melhor dizendo, essa recusa de venda e, conseqüente 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 conseqüente 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. 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 válido 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, artigo 28º, n.º 1, aln. 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.*⁹² Caberá pois na

⁹² Artigo 28º, n.º 1, aln. 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

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

3.4.1 – 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/VI⁹³ “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 nenhum 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,

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.

⁹³ 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.

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.

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”,⁹⁴ 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 DIAS⁹⁵, 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 (artigo 28º), quer a especulação de preços (artigo 35º) 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,⁹⁶ especulação de preços e açambarcamento são coisas diversas. Segundo este professor da escola de Coimbra, em um e outro ilícito “podem parcialmente coincidir os modos de comissão”⁹⁷, mas as coincidências ficam por aí, já que, quanto ao essencial, os bens jurídicos tutelados são diversos. Assim, enquanto no

⁹⁴ Parecer da Câmara Corporativa, in *Pareceres*, (n.º 2), pág. 117s. *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, pág. 75, nota 18.

⁹⁵ 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, pág. 72, nota 14.

⁹⁶ 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, pág. 75.

⁹⁷ 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, pág. 71.

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 forma de atingir a especulação ilegítima de preços. Daí que na esteira de FIGUEIREDO DIAS⁹⁸, “«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.”

⁹⁸ 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, pág. 72, nota 14.

Da nossa parte entendemos que não foi descabida a posição defendida pela então Câmara Corporativa⁹⁹ 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 esta em causa é especulação e não açambarcamento.

3.5 - Noção de especulação ilegítima

Feita a abordagem ao conceito de especulação de preços, constatamos que esta pode revestir duas formas: Uma legítima e até vantajosa para o mercado e, por isso, lícita; aquela que se traduz na análise e observação das condições do mercado, de forma a prever as suas flutuações e deste modo atenuar ou evitar a instabilidade dos preços aí praticados. Outra ilegítima e prejudicial para o mercado; aquela em que o especulador, usando os seus especiais conhecimentos do mercado, provoca a instabilidade, a alteração dos preços que aí se praticam para, com isso, obter, de forma directa ou indirecta, lucros que de outra forma não obteria e, por isso, ilegítimos.

Constatamos, também, que essa manipulação dos preços por parte do especulador não tem sempre que se verificar, no sentido de este os fazer subir, podendo até acontecer que, numa primeira fase, se façam os preços descer, ou até pode passar por uma criação por parte do especulador de uma situação de aparente escassez, de forma a fazer os preços subirem.

Poderá, ainda, acontecer que o especulador não altere os preços, limitando-se, somente, a causar nos demais agentes económicos, *maxime* nos consumidores, um receio quanto a uma possível subida dos preços, que afinal nunca se vem a verificar mas, com isso, leva a um aumento da procura e, conseqüentemente, a um maior volume de vendas e, desse modo, a um maior lucro.

Elemento comum e, diremos, essencial à actuação do especulador na especulação ilegítima, é que ele vise a obtenção de lucros que de outra forma não obteria e que, por isso, porque obtidos à custa de uma manipulação dos preços, serão lucros ilegítimos.

⁹⁹ Parecer da Câmara Corporativa, in *Pareceres*, (n.º 2), pág. 117s. *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, pág. 75, nota 18.

Posto isto, e procurando, então, por fim, dar uma definição de especulação ilegítima de preços, diremos que esta se traduzirá no 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 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.

Ao usar a expressão “por qualquer meio, ainda que limitando-se a aproveitar as condições favoráveis e transitórias do mercado” queremos referir que o modo de actuação do especulador é livre e não vinculado. Tão livre que ele pode limitar-se simplesmente a aproveitar as condições criadas pelo mercado em vez de ser ele a criá-las.

Em sede de direito comparado, no domínio do anterior código penal espanhol, no seu artigo 540º, o legislador do país vizinho usava na previsão normativa a expressão “usando de cualquier otra maquinación”¹⁰⁰, não vinculando também dessa forma o modo de comissão do delito, sendo que na esteira de GARCÍA-PABLOS¹⁰¹, não bastava um qualquer comportamento destinado a alterar os preços, tendo antes que esse comportamento revestir uma *cierta gravedad*, que fosse idóneo a afectar os preços.

Na esteira deste Autor e de MORENO-RUIZ¹⁰², entendemos que assim deve ser. O comportamento do especulador tem que ser idóneo a alterar os preços e quando referimos *os preços* queremos referir, claro está, os preços praticados de uma forma geral naquele mercado.

Já quando dizemos “nele ou fora dele” queremos referir que o especulador pode, ou não, ser um agente do mercado onde a especulação se verifica. Uma situação clara de especulação causada por um especulador que está fora do mercado onde essa especulação se verifica é o caso de, por exemplo, o preço do crude, ou dos cereais ser alterado em resultado de um qualquer comportamento de corretores bolsistas nesse sentido com vista a fazerem o preço de determinadas acções subirem.

¹⁰⁰ MARTINEZ, Carlos, PEREZ, Buján. 2000. *El delito de maquinaciones para alterar los precios que habían de resultar de la libre competencia: Sistema Penal de Protección del Mercado y de Los Consumidores (Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico)*. Jerez: Ed. Luis Ramon Ruiz Rodrigues, pág. 97.

¹⁰¹ GARCÍA-PABLOS, Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas, em CPC, 1881, n.º 14, apud, MARTINEZ, Carlos, PEREZ, Buján. 2000. *El delito de maquinaciones para alterar los precios que habían de resultar de la libre competencia: Sistema Penal de Protección del Mercado y de Los Consumidores (Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico)*. Jerez: Ed. Luis Ramon Ruiz Rodrigues, pág. 101.

¹⁰² CANOVES, Antonio Moreno, MARCO, Francisco Ruiz. 1996. *Delitos Socioeconómicos : Comentario a los art.s 262, 270 a 310 del Nuevo Código Penal*. [S.l.]: Editorial Edijus, pág. 192.

Por sua vez, quando dizemos, “provoque a alteração, ou o receio de alteração dos preços”, queremos referir que, para que exista especulação de preços, não tem que existir uma real e efectiva alteração dos preços, basta que se crie o receio da sua alteração. Sendo a especulação de preços um atentado à estabilidade dos preços, a existência de um receio generalizado de que os preços possam alterar-se, já por si, é um atentado à estabilidade dos preços e que, por si só, criará pequenos focos de oscilações nos preços a ponto de, se não for logo debelado, tal receio, mais cedo ou mais tarde, poderá dar origem a uma efectiva alteração de preços.

Não tem que o preço no mercado alterar-se em definitivo de um valor para outro, basta a oscilação (a indecisão, se quisermos). Estas oscilações provocam, por vezes elevadíssimos ganhos aos “maus” especuladores (aos agitadores do mercado). Temos aqui, se quisermos usar a expressão, com estes instabilidade dos preços um efeito sismógrafo dos preços.

Em, sede de direito comparado, no ordenamento jurídico espanhol, no art. 284º, do seu código penal, recorre-se à expressão “empleando violencia, amenaza o engaño.” Embora nesta previsão normativa não se vá tão longe como aquilo que na nossa definição preconizamos, até porque entendemos que esta previsão normativa foi pensada para as situações de manipulação dos preços nos actos de comércio, quer numa situação quer noutra existe uma a viciação da vontade negocial do adquirente no mercado.

Por outro lado, quando referimos a expressão “preços que por decisão administrativa ou do normal funcionamento do mercado, resultam para os bens ou serviços” queremos dizer que o fenómeno de especulação de preços pode verificar-se igualmente quer estejam em causa preços de bens ou de serviços e quer esses preços estejam ou não sujeitos a um regime legal de preços.

Por fim quando referimos “com vista a obter, mediata ou imediatamente lucros, que de outro modo não obteria”, queremos com isso dizer que a especulação de preços visa necessariamente um objectivo – a obtenção ou aumento do lucro – sendo, de resto este elemento volitivo que em certos casos, como já vimos permite distinguir a especulação ilegítima de preços face a outros comportamentos, nomeadamente o açambarcamento por recusa de venda.

Capítulo II

Especulação ilegítima (ilícita) de preços em sede de direito português

1 - Evolução histórica (introdução)

Feita a análise dos conceitos-chave a ter em conta neste trabalho, vamos agora fazer uma análise, em termos jurídico-históricos, à figura da especulação de preços objecto deste trabalho, de forma a compreendermos melhor como foi tratada juridicamente ao longo dos tempos este instituto.

A figura jurídica da especulação de preços não é uma criação recente, tendo como fenómeno económico merecido a atenção do Direito.

Fruto da sociedade de risco¹⁰³ que vivemos (a sociedade de consumo é dominada pelos grandes interesses económicos e à qual mais adiante dispensaremos a nossa atenção), surgem no sistema económico, com mais frequência que anteriormente, novas situações de perigo e de lesão de interesses sócio – económicos, próprios da economia, dos agentes económicos e dos consumidores. A busca do lucro máximo é a norma orientadora, diríamos até, o objectivo supremo dos agentes económicos na sociedade de consumo. No entanto, tal busca existiu também no passado, embora talvez não com a mesma frequência e grau de perigosidade ou de lesão desses interesses. Como refere FIGUEIREDO DIAS¹⁰⁴, não terá sido a sociedade sempre uma sociedade de risco?

Muitas dessas situações ainda perduram, tais como as que se traduzem na manipulação dos preços, as quais causam prejuízos e instabilidade, quer à economia e aos mercados, quer aos consumidores.

Analisaremos, pois, de seguida, essa figura, começando pela sua evolução ao longo dos tempos, especialmente no ordenamento jurídico-português, a qual foi sistematicamente tratada com recurso ao Direito Penal.

¹⁰³ A expressão não é nossa mas de ULRICH BECK, sociólogo alemão.

¹⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, in *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I : Questões Fundamentais : A doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, e ainda, referindo-se a este autor, FERNANDES, Paulo Silva, 2001, in *Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do Direito Penal : Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, pág. 48.

1.1 - A especulação de preços no código penal de 1852, de acordo com a reforma de 1886.

1.1.1 - O bem jurídico tutelado

No Código Penal de 1852, alterado pelo decreto de 16 de Setembro de 1886, no seu Livro II, Título III (sob a epígrafe dos crimes contra a ordem e tranquilidade pública), Capítulo XI, Secção I (sob a epígrafe de “Monopólios”), previa-se no artigo 276º, que praticava o ilícito aí tipificado quem *“usando de algum meio fraudulento, conseguir alterar os preços que resultariam da natural e livre concorrência nas mercadorias, géneros, fundos ou quaisquer outras coisas, que forem objecto de comércio, será punido com multa, conforme a sua renda, de um a três anos”*¹⁰⁵.

Embora em lado algum tal seja referido, em face do texto legal, estamos perante uma norma, que visa punir a alteração de preços – a especulação de preços.

De acordo com este preceito legal, o agente praticava o ilícito de especulação, sempre que alterasse um preço que estivesse a ser praticado no mercado. Preço esse fixado em função das regras de mercado, mais concretamente em resultado da natural e livre concorrência aí existente.

Apesar de o ter situado dentro do capítulo dos crimes contra a ordem e tranquilidade pública, com este preceito legal, pretendeu o legislador tutelar não a ordem e tranquilidade pública, mas a ordem económica, mais concretamente o bem jurídico, estabilidade dos preços, interesse este que está, se quisermos, para além do indivíduo, embora nesse momento temporal não se pudesse, ainda, falar de bens jurídicos supra individuais, nos termos que hoje se fala ou, pelo menos, com a conotação que hoje lhe é atribuída.

1.1.2 - Tipicidade objectiva

Ao nível da tipicidade objectiva, para que o agente praticasse o crime de especulação, o legislador fixou vários requisitos. Em primeiro lugar, previu que o agente praticasse os factos tipificados, *“usando de algum meio fraudulento”*,¹⁰⁶ querendo com isto não estabelecer uma forma vinculada para a prática do crime e, desse modo, não correr o

¹⁰⁵ Itálico nosso.

¹⁰⁶ Itálico nosso.

risco de deixar de lado situações potencialmente lesivas do bem jurídico tutelado, mas que, porque não foram previstas na letra da lei, não seriam criminalizadas.

O legislador ao criar a norma típica nos termos em que o fez, recorrendo à expressão “*usando de algum meio fraudulento*”¹⁰⁷, não dotou a norma de um elemento típico aberto. Ao contrário! Preencheu o elemento típico da norma penal, embora deixando ao juiz uma margem discricionária, quanto à qualificação do *modus operandi* do agente.

Esta expressão usada pelo legislador não foi, certamente, a mais feliz, tendo, por isso, sido clarificada a sua *mens legis* com a publicação do Decreto n.º 29 946, de 10 de Outubro 1939, quando no seu artigo 7º, passou a usar a expressão “*usando qualquer meio apropriado*”. Ou seja, o legislador alargou o leque das condutas capazes de serem sancionadas quando usadas para alterar os preços.¹⁰⁸

Em segundo lugar para que o agente praticasse a conduta típica teria que conseguir alterar os preços.

Estamos, pois, perante um crime de resultado. Para se verificar preenchida a previsão normativa, o legislador não se basta com a intenção do agente em alterar os preços. O legislador exigiu mais que isso. Exige que o agente efectivamente conseguisse com a sua conduta alterar os preços. Se o agente, apesar de ter recorrido a um meio fraudulento, não conseguir tal alteração, ficar-se-á pela tentativa.

O legislador não puniu as condutas do agente em função de qualquer perigosidade das mesmas para com o bem jurídico protegido. O legislador preocupou-se antes, com o resultado da actuação do agente para com o bem jurídico.

Em terceiro lugar exigiu o legislador que o agente conseguisse alterar os preços, mas não quaisquer preços. Tão-somente os preços que resultassem da “*livre concorrência*”.¹⁰⁹

Não cabem dentro da previsão normativa as condutas do agente que alterassem preços fixados legalmente ou administrativamente.

A protecção da estabilidade dos preços que resultam do encontro da lei da oferta e da procura fez deste preceito uma norma ao serviço da defesa da ordem e estabilidade económica.

Em último lugar os preços deveriam dizer respeito a “*mercadorias, géneros, fundos ou quaisquer outras que fossem objecto de comércio*”.¹¹⁰

¹⁰⁷ Itálico nosso.

¹⁰⁸ Neste sentido BORGES, J. Marques, 1982, in *Direito Penal económico e Defesa do consumidor*. [S.l.]: Rei dos Livros, pág. 69. Segundo este autor, “o conceito de especulação passa a abranger não apenas a acção fraudulenta, mas qualquer outra que alterasse ou tentasse alterar os preços, que resultavam do regular exercício das actividades económicas”.

¹⁰⁹ Itálico nosso.

Os bens cujo preço é alterado tinham que ser bens, transaccionáveis, sejam eles mercadorias, géneros, fundos, ou quaisquer outros bens, independentemente de serem coisas móveis ou imóveis, ou direitos.

1.1.3 - Tipicidade subjectiva

Ao nível da tipicidade subjectiva, para que o agente praticasse o ilícito penal teria que ter a intenção de com a sua conduta alterar os preços. A expressão “conseguir alterar os preços” exprime de forma lapidar aquilo em que se teria que traduzir o elemento volitivo, a intenção do agente infractor.

Se o agente não tivesse tal intenção, não praticaria o crime de especulação, pelo menos na forma dolosa.

Mas bastaria ao agente económico ter somente a intenção e alterar o preço naquele concreto negócio em que intervinha, ou teria que ter a intenção de com a sua conduta alterar os preços no mercado, relativamente ao bem a que a sua conduta se dirigia?

Entendo que, para a actuação do agente económico só deveria ser punida se ela fosse capaz de alterar o preço do bem no mercado, pois terá sido isso que esteve presente na *mens legis*.

1.2 – A especulação de preços no âmbito do decreto n.º 29 946 de 10 de Outubro de 1939.

Com a publicação do Decreto n.º 29 946, de 10 de Outubro 1939, artigo 7º, passou o ilícito de especulação a ser definido como o “*cometido por todo aquele que sob qualquer pretexto ou usando qualquer meio apropriado alterar ou tentar alterar os preços que do regular exercício das actividades económicas ou dos regimes legais em vigor normalmente resultariam para as mercadorias ou valores ou vender ou tentar vender por preços superiores aos que estiverem legalmente fixados*”¹¹¹.

¹¹⁰ Itálico nosso.

¹¹¹ Apud BORGES, J. Marques, 1982, in *Direito Penal económico e Defesa do consumidor*. [S.l.]: Rei dos Livros, pág. 69. Itálico nosso.

1.2.1 - O bem jurídico

No âmbito da presente lei continuou o legislador a proteger o bem jurídico – estabilidade dos preços – o qual continua a dizer respeito não ao património de cada indivíduo, mas à ordem económica.

1.2.2 - Tipicidade objectiva

Agora, o legislador não refere o uso por parte do agente infractor de um meio fraudulento, recorrendo antes à expressão “*sob qualquer pretexto ou usando qualquer meio apropriado*”¹¹².

Se é certo que esta expressão acaba, como se disse já, por clarificar o pensamento do legislador, relativamente ao que constava no artigo 276º, do Código Penal de 1852, também é certo que ao recorrer a ela o legislador, como refere MARQUES BORGES,¹¹³ quis ir mais longe do que havia ido no domínio daquele código, alargando o conceito de especulação e abrangendo nele comportamentos, que poderiam ser adoptados pelo agente para praticar a conduta típica, mas que não fossem, como anteriormente se previu, fraudulentos.

O legislador não quis vincular a forma segundo a qual, o ilícito de especulação poderia ser praticado.

Com o uso desta expressão, o legislador quis criminalizar as condutas do agente dirigidas à ofensa do bem jurídico, independentemente do fim último por este pretendido com tais comportamentos, independentemente de as condutas serem, por exemplo, dirigidas, ou não, a obter um lucro legítimo ou ilegítimo.

O legislador fala também em “*alterar ou tentar alterar os preços*”¹¹⁴. Com essa expressão, passou-se a considerar como crime consumado, não apenas a efectiva alteração dos preços, mas também a tentativa de os alterar. Na esteira de MARQUES BORGES¹¹⁵ “o

¹¹² Itálico nosso.

¹¹³ in BORGES, J. Marques, 1982, in *Direito Penal económico e Defesa do consumidor*. [S.l.]: Rei dos Livros, pág. 69. Segundo este autor, “o conceito de especulação passa a abranger não apenas a acção fraudulenta, mas qualquer outra que alterasse ou tentasse alterar os preços, que resultavam do regular exercício das actividades económicas”.

¹¹⁴ Itálico nosso.

¹¹⁵ in BORGES, J. Marques, 1982, in *Direito Penal económico e Defesa do consumidor*. [S.l.]: Rei dos Livros, pág. 71. Segundo este autor “Esta ampliação do conceito torna o crime de especulação um crime de perigo uma vez que passa a ser punida a conduta independentemente do evento, que, seria, no caso em apreço, a efectiva alteração dos preços do mercado. Outra consequência da evolução indicada é a do móbil do crime ou motivos da conduta do especulador deixarem de ter interesse para a incriminação, uma vez que a conduta passa

interesse protegido ampliou-se ao ponto de considerar incriminada não só a conduta que prejudicasse a regular formação dos preços, como a tentativa de o fazer”. O legislador fez da tentativa de prática do ilícito uma forma consumada de comissão do mesmo, sendo indiferente para a comissão do ilícito a efectiva alteração dos preços, ou a mera tentativa de o fazer. Pretendeu, com isto o legislador, estou em crer, antecipar a tutela penal dos bens jurídicos protegidos para a fase prévia à da consumação da lesão do mesmo, pelo que com este preceito legal criminalizou-se, além das situações de efectiva lesão do bem jurídico, também as situações de perigosidade para este¹¹⁶.

A técnica legislativa não foi a melhor. Pode mesmo dizer-se que a previsão normativa convida a que o agente não se fique pela mera tentativa e vise sempre o facto consumado, porque em termos abstractos a sanção em que se incorre é a mesma. O elemento típico encontra-se agora preenchido, quer quando o agente altera efectivamente os preços, quer ainda quando tenta alterá-los, mas, por alguma razão, não o consegue.

Uma novidade surge agora, no artigo 7º do Decreto 29946 de 10 de Outubro. O legislador continuando, a referir-se aos preços que resultavam do regular exercício das actividades económicas (na esteira, aliás, do código de 1852) passa agora, a referir-se a outro tipo de preços – os preços legais. Os preços que haveriam de ser fixados por lei ou por decisão administrativa.

Outra novidade da lei foi, também, referir-se a “*vender ou tentar vender por preços superiores aos que estiverem legalmente fixados*”¹¹⁷.

Com o recurso a este elemento típico, o legislador quis não só criminalizar as condutas do agente que se traduzissem numa alteração ou tentativa de alteração dos preços, mas também aquelas em que o agente, embora não tendo alterado os preços, intervinha no mercado, vendendo ou tentando vender (praticando preços), em montantes “*superiores aos que estiverem legalmente fixados*”.¹¹⁸

a ser punível independentemente do agente ter tido ou não lucro”. Neste sentido MARTINEZ, Carlos, PEREZ, Bujan, 2000, *El delito de maquinaciones para alterar los precios que habriam de resultar de la libre concurrencia, in sistema penal de protección del mercado y de los consumidores (Actas del II seminario internacional de derecho penal económico)*. Jerez: Ed. Luis Ramon Ruiz Rodrigues, pág. 96.

¹¹⁶ Neste sentido BORGES, J. Marques, 1982, in *Direito Penal económico e Defesa do consumidor*. [S.l.]: Rei dos Livros, pág. 71. Vide nota anterior.

¹¹⁷ Itálico nosso.

¹¹⁸ A lógica que se encontra nesta previsão legal é, pois, a de que quem alterasse os preços poderia não ser a mesma pessoa que os praticava, não ser a mesma pessoa que celebrava o negócio no mercado. Itálico nosso

Em resultado do que fica dito, se o agente económico praticasse preços inferiores aos fixados por lei, tendo com isso, quem sabe, um comportamento anticoncorrencial – dumping – se não foi ele que alterou os preços, nenhum ilícito praticava.

Ainda uma última questão a terminar. O legislador restringiu, relativamente ao código de 1852, os bens sobre que versa o ilícito de especulação. O legislador restringiu a previsão legal a preços que dissessem respeito a “mercadorias ou valores”, deixando de parte os preços dos “géneros” que eram previstos no texto legal do artigo 276º do Código Penal de 1952.

1.2.3 - Tipicidade subjectiva

Estamos perante um ilícito, em que o seu agente para praticar a conduta típica na forma consumada, tem que querer com a sua actuação “alterar ou tentar alterar os preços que do regular exercício das actividades económicas ou dos regimes legais em vigor normalmente resultariam para as mercadorias ou valores”, ou então “vender ou tentar vender por preços superiores aos que estiverem legalmente fixados”. É nisto que tem que traduzir-se o dolo, a intenção do agente.

1.3 - O decreto-lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957

Em 1957 o legislador penal, no artigo 24º, do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho, previu que:

“1 - Constitui crime de especulação:

a) A venda de produtos ou mercadorias por preço superior ao legalmente fixado ou, na falta de tabelamento, com margem de lucro líquido superior a 10 por cento nas vendas por grosso e de 15 por cento nas vendas a retalho;

b) A alteração, sob qualquer pretexto ou por qualquer meio apropriado, dos preços que do regular exercício das actividades económicas ou dos regimes em vigor normalmente resultariam para as mercadorias;

c) A intervenção remunerada de um novo intermediário no ciclo normal da distribuição, ainda que não tenha havido lucro ilícito, salvo quando se mostre que da intervenção não resultou qualquer aumento de preço.

2 – *Considera-se preço legalmente fixado para as mercadorias ou produtos o que lhes tenha sido atribuído por decisão competente publicada no Diário do Governo.*

3 – *É tido como lucro líquido para o comerciante aquele que se obtiver depois de abatidos o preço de aquisição ou o de reposição, quando for superior àquele em mais de 10 por cento, o custo do transporte e quaisquer outros encargos proporcionalmente inerentes ao comércio dos artigos vendidos. Estes encargos serão fixados segundo o prudente arbítrio do julgador, que atenderá para o efeito à natureza e às circunstâncias especiais do comércio do arguido, presumindo-se que não excedem, na falta de outro critério especialmente fixado pelo Governo, 7 por cento da soma do preço de aquisição ou de reposição e do custo de transporte”.*¹¹⁹

Por sua vez o artigo 26º do mesmo diploma, sob a epígrafe de “Tentativa de especulação. Falta de peso” dizia o seguinte:

“1. É equiparada à tentativa de especulação a existência para venda de produtos que, por unidade, devam ter certo peso, quando seja inferior a esse o peso encontrado.

*2. Quando se mostre não ter havido ânimo de obter lucro ilícito, o facto a que se refere o número anterior constituirá mera contravenção, punida com multa de 200\$ a 3.000\$.”*¹²⁰

1.3.1 - O bem jurídico

No Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957, na subsecção dedicada às infracções antieconómicas, aparece-nos o citado artigo 24º sob a epígrafe de “Especulação. Conceito”.

De acordo com a sistematização legal adoptada pelo legislador, o bem jurídico protegido com este normativo continua a ser, à semelhança dos diplomas anteriores, um bem jurídico, que diz respeito à ordem económica – a estabilidade dos preços no mercado.

Como refere o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa¹²¹, de 19 de Outubro de 1977, “ toda a legislação relativa às infracções antieconómicas não teve em vista acautelar os interesses dos comerciantes e produtores, em ordem a lhes assegurar uma margem de lucros conveniente; designadamente no crime de especulação, o interesse tutelado reside na

¹¹⁹⁾ Itálico nosso.

¹²⁰⁾ Itálico nosso.

¹²¹⁾ Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 19 de Outubro de 1977, publicado na Colectânea de Jurisprudência.

normalidade económica, visando-se com a incriminação impedir apenas que a alta de preços atinja as populações, afectando em particular o nível de vida das classes mais desfavorecidas”. O legislador não procurou acautelar interesses próprios da esfera patrimonial de cada indivíduo, mas antes valores ou interesses supra individuais, que dizem respeito a uma ordem diferente – a ordem económica. Algo que diz respeito à organização e funcionamento de um sector de actividades do país e não a interesses directos dos indivíduos.

Como refere PAULO SILVA FERNANDES,¹²² estamos perante um bem jurídico de natureza “artificial”, resultante da intervenção do Estado na economia, ou, como refere K. TIEDEMANN¹²³, bens jurídicos sem substrato concreto e cuja identificação se afere, por isso, pela forma concreta de lesão que a acção reveste.

Quanto à forma como efectivou a protecção do bem jurídico, o legislador não pretendeu acautelar eventuais lesões que pudessem vir a existir para o bem jurídico, causadas pela conduta do agente. Ou seja, o legislador não pretendeu acautelar qualquer perigosidade. Ao contrário! O legislador colocou a tutela penal à posteriori, prevendo na aln. a), do artigo 24º, um crime de resultado, já que só quando a lesão do bem jurídico ocorresse é que o comportamento lesivo do agente seria sancionado.

Por sua vez, no referido artigo 26º, sob a epígrafe de “*Tentativa de especulação. Falta de peso*”¹²⁴, o legislador não pretendeu proteger qualquer estabilidade de preços no mercado, mas antes evitar a adulteração do peso dos produtos destinados a ser vendidos no mercado sob um determinado peso que, por ter sido adulterado, não correspondia àquele que efectivamente deveria ter. De acordo com este preceito, praticava um crime de tentativa de especulação quem, por exemplo, detivesse para venda embalagens de arroz apresentadas como tendo um quilograma, quando, na realidade, só tivessem 900 gramas.

Não era necessário que o agente económico chegasse a vender o bem com o peso adulterado, nem era necessário ser o autor da adulteração do peso. Para praticar o ilícito

¹²² FERNANDES, Paulo Silva, 2001, in *Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal, Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, pág. 84. “O bem jurídico protegido, v.g. em sede de Direito Penal Económico, é de natureza “artificial”, ou construído pelo devir histórico -social, nomeadamente movido pelo intervencionismo do Estado moderno no desenrolar da economia”.

¹²³ K. TIEDEMANN, 1974, «*Zeitliche Grenzen des strafrechts*» in *Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Fest. Fur, K. Peters zum 70. Geburtstag*, Tubingen: J.C.B. Mohr, pág. 203, apud DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1999, in *Problemas de especulação e sucessão de leis no contexto dos regimes de preços controlados e declarados : Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. I, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora. Segundo este autor, «Quando estão em jogo bens supra individuais que não têm como substrato um objecto concreto, a identidade dos bens afere-se sobretudo, pelas formas concretas de lesão que a acção reveste».

¹²⁴ Itálico nosso.

bastava, apenas, “*a existência para venda*”. Ou seja, bastava deter os bens para venda com peso alterado.

Face ao previsto nesse artigo 26º, uma coisa nos cabe desde já dizer: uma situação que é inequivocamente um caso de fraude de mercadorias e que só, quando muito, pode estar na origem de uma situação de especulação de preços, foi tratada pelo legislador penal, não como aquilo que realmente consubstancia, nem como um ilícito na forma consumada, mas como tentativa e, desta feita, de especulação, como tentativa de um ilícito que nada tem a ver com aquilo contra que realmente atenta.

Não foi feliz, em nosso entender, o legislador penal na sua opção. E não foi, também, feliz quando considerou, no n.º 2 desse preceito, que se o agente não tivesse “*animus*” de obter lucro (ilícito) já não seria uma tentativa de especulação, mas sim contravenção. Ou seja, a conduta do agente deixava de ser um ilícito criminal e passava a ser uma mera violação de uma proibição legal, em função não do atentada ao bem jurídico, mas em função da intenção de agente. Cabe-nos perguntar: afinal, que bem jurídico é aqui tutelado e qual a sua dignidade jurídica?

1.3.2 - Tipicidade objectiva

Iniciando a nossa análise à tipicidade objectiva destes preceitos legais, faremos essa análise em conjunto para melhor compreensão dos tipos, iniciando pela previsão do artigo 26º.

O legislador equiparou à tentativa de especulação um comportamento, que consubstancia uma situação de fraude de mercadorias. Além disso equiparou à tentativa de especulação um comportamento desvalioso que, em si mesmo, já se traduz num resultado consumado. Por outras palavras, enquanto num crime de resultado existe o desvalor da acção e o desvalor do resultado – veja-se, por exemplo, o crime de furto ou de homicídio – na tentativa existe apenas o desvalor da acção ou, como refere EDUARDO CORREIA¹²⁵, “*simples revelação da vontade criminosa*”, pois o agente, apesar de ter adoptado um comportamento típico com vista a obter um resultado, também ele típico, este, contra vontade do agente, não se verificou.

¹²⁵ CORREIA, Eduardo, 1998, in *Notas críticas à penalização de actividades económicas : Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. I, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 371.

Ora, no referido artigo 26º, n.º 1, o que se passa não é isto. No artigo 26º, n.º 1, o comportamento, a acção desvaliosa do agente é já ela, em si, o resultado típico que a norma sanciona. No momento em que o agente pratica a conduta típica, estamos já perante a consumação ilícita, o resultado típico. Deste modo, o legislador, embora apelidando este comportamento típico de “Tentativa de especulação”, acabou por criar um crime de mera actividade, cujo comportamento típico, quando se verifica, é já ele a consumação da violação do bem jurídico¹²⁶.

Como referem CARLOS MARTINEZ-BUJAN PEREZ,¹²⁷ poder-se-ia dizer que estamos perante um crime de consumação antecipada ou de empreendimento.

Da nossa parte, entendemos que não estaremos perante um crime de consumação antecipada ou de empreendimento. Por duas ordens de razões: Em primeiro lugar, porque apesar de o legislador ter equiparado este comportamento típico à tentativa de especulação, não se trata de facto de uma tentativa e muito menos de especulação¹²⁸. Aliás, o legislador, no texto da lei, usou a expressão “equipara-se” e não a expressão “é”, o que desde logo é esclarecedor da diferença existente.

Em segundo lugar, porque apesar de poder criar a ideia de que se está face a um crime de perigo, onde o legislador com a incriminação da conduta típica pretendia antecipar a tutela penal do bem jurídico para um estágio prévio ao da sua violação, o que é facto é que não estamos perante uma qualquer antecipação da tutela penal do bem jurídico para um estágio prévio ao da sua violação. Estamos, isso sim, perante uma conduta típica cuja sua adopção por parte do agente comporta já em si mesma a violação do bem jurídico. O comportamento típico é já em si, se quisermos, o resultado típico – adulteração do peso dos bens.

¹²⁶ Neste sentido, MARTINEZ, Carlos, PEREZ, Bujan, 2000, in *Sistema Penal de Protección del Mercado y de los Consumidores: El delito de maquinaciones para alterar los precios que habrían de resultar de la libre competencia (art. 284) (Actas del II seminario internacional de derecho penal económico)*. Jerez: Ed. Luis Ramon Ruiz Rodrigues, pág. 96.

¹²⁷ MARTINEZ, Carlos, PEREZ, Bujan, 2000, in *Sistema Penal de Protección del Mercado y de los Consumidores: El delito de maquinaciones para alterar los precios que habrían de resultar de la libre competencia (art. 284) (Actas del II seminario internacional de derecho penal económico)*. Jerez: Ed. Luis Ramon Ruiz Rodrigues.

¹²⁸ A este respeito é de salientar o que diz ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *A nova lei dos crimes contra a economia (Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «bem jurídico» : Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. I, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 403 e, 1985, in *Direito Penal Económico, Centro de Estudos Judiciários, Ciclo de Estudos*, na nota 63, quando refere que “De salientar (e de aplaudir) é a ausência do Decreto-Lei n.º 28/84, de qualquer disposição correspondente ao artigo 26º do Decreto-Lei n.º 41 204, segundo o qual: «1. É equiparada à tentativa de especulação a existência para venda de produtos que por unidade, devem ter certo peso, quando seja inferior a esse peso encontrado»”.

Não foi feliz, nosso ver, o legislador na técnica legislativa adoptada. Nas palavras e EDUARDO CORREIA¹²⁹, “o combate à criminalidade económica, a querer levar-se seriamente a cabo, tem que ser total, sob pena de, como dizia Portális, se criar uma ambiência de inquisição laica, de duplicidade que, decerto, é incompatível com um Estado democrático e com as liberdades fundamentais sobre que ele repousa.”

Como refere FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE¹³⁰, “Nunca se poderá falar de especulação se não for possível referenciar a violação de um preço identificado directamente (através do tabelamento) ou indirectamente, designadamente através dos critérios enunciados no n.º 1 do artigo 24º do Decreto-Lei n.º 41 204 de 24 de Julho de 1957”.

Entendemos que estamos perante um ilícito de mera actividade¹³¹.

Continuando a nossa análise, uma das inovações que o legislador introduziu foi o recurso ao conceito de “*margens de lucro líquido*”¹³².

De acordo com o n.º 3, do artigo 24º deste decreto-lei, as margens de lucro que o agente económico poderia praticar quando não houvesse um preço fixado legalmente seriam 10% nas vendas por grosso e 15% nas vendas a retalho.

Para obter estas margens de lucro havia que ter em conta os preços de aquisição dos bens ou o preço de reposição do stock, quando este excedesse aquele em margem de 10%.¹³³

Para que a conduta típica se encontrasse preenchida não era necessário que o “lucro líquido” auferido pelo agente infractor fosse de proveniência ilícita, obtido com recurso a

¹²⁹ CORREIA, Eduardo, 1998, in *Notas críticas à penalização de actividades económicas : Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. I, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 373.

¹³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1999. *Problemas de especulação e sucessão de leis no contexto dos regimes de preços controlados e declarados : Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 139.

¹³¹ Vide MARTINEZ, Carlos, PEREZ, Bujan, 2000, in *Sistema Penal de Protección del Mercado y de los Consumidores: El delito de maquinaciones para alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia (art. 284) (Actas del II seminario internacional de derecho penal económico)*. Jerez: Ed. Luis Ramon Ruiz Rodrigues, pág. 96, nota 16, “Pese a que la mayoría de la doctrina (también la STS 23-1-1978) interpretó esta modificación de la estructura de la acción como la introducción de un tipo de mera actividad.

¹³² Itálico nosso.

¹³³ Veja-se o sentido defendido pela Câmara Corporativa no parecer n.º 46/VI, actas n.º 104, 1 de Fevereiro de 1957, apud CHAVES, Eduardo Arala, 1961, *Delitos contra a saúde pública e contra a economia nacional*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 69. Segundo tal parecer “O preço de reposição é, pois, aquele que teoricamente deve servir de base ao cálculo do lucro líquido. Todavia, a instabilidade dos preços não deve tomar-se como sendo própria do regime normal; por isso pode acautelar-se a equidade mantendo o preço de aquisição como primeiro elemento do circuito mas corrigindo-o pelo preço de reposição a partir do momento em que este exceda aquele em certa margem de 10 por cento, por exemplo”.

¹³³, De acordo com um Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 16 de Novembro de 1978 “I – Preço de reposição é aquele que corresponde ao que se terá de desembolsar para aquisição de idêntica mercadoria para reposição da que se vendeu, ou que se propõe vender; II – O imposto de transacção é um imposto sobre a despesa e caracterizadamente indirecto; III – A margem de comercialização não pode incidir sobre o quantitativo do imposto de transacção”

uma qualquer actuação ou comportamento ilegal, bastava, apenas, que existisse lucro para o agente infractor aferido em percentagem superior ao que previa a lei (superior a 10% ou 15%, conforme se tratasse de vendas por grosso ou a retalho).

1.3.3 - Tipicidade subjectiva

É sabido que, por regra, os tipos de crime estão previstos na forma dolosa, pelo que o autor da conduta típica só será punido pela sua actuação, quando tiver querido, de forma livre e consciente, praticar os factos típicos. Não é possível, por isso, punir o agente pela prática dos vários comportamentos típicos na forma negligente a não ser que a própria lei preveja o ilícito nessa forma.

Ora, no que diz respeito ao ilícito de especulação que estamos a analisar, para que o agente praticasse a conduta típica na forma dolosa, teria que querer, com a sua actuação, alterar ou praticar preços superiores aos permitidos por lei, ou com margem de lucro superior ao permitido por lei, sendo que a “intenção de obter lucro não é requisito essencial do crime doloso de especulação. O crime de especulação existe desde que se vendam artigos a preço superior ao da tabela desde que esta seja do conhecimento do vendedor, devendo a não obtenção de lucro integrar apenas circunstância atenuante de carácter geral.”¹³⁴

1.4 - O decreto-lei n.º 329-A/74, de 10 de Julho (breve alusão)

Com o Decreto-Lei n.º 329/A/74, de 10 de Julho, diploma que surgiu imediatamente após a revolução de 25 de Abril de 1974, motivado (como se alcança do seu texto preambular) por uma preocupação de combate à inflação¹³⁵, introduziu-se no sistema

¹³⁴ In acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de Outubro de 1977, publicado na Colectânea de Legislação e Jurisprudência.

¹³⁵ Como se alcança do referido texto preambular do decreto-lei, “Tem o Governo Provisório plena consciência do carácter estrutural da inflação que se verifica na economia portuguesa e das suas causas externas. Tem, ainda, plena consciência da consequente necessidade de integrar a política anti-inflacionista numa política mais ampla de desenvolvimento económico. Não cabendo nesta linha acções parcelares, procurou-se desde já definir regimes gerais de preços, coordenados e articulados ao nível da Secretaria de Estado do Abastecimento e Preços, de forma a assegurar uma acção anti-inflacionista imediata e a formação progressiva de uma política de preços susceptível de conter o agravamento destes e incrementar o desenvolvimento económico”.

económico português o regime dos preços controlados¹³⁶ e declarados¹³⁷. Como refere FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE,¹³⁸ o presente diploma “parte da crença de que «na actual situação, o interesse nacional determina a necessidade de um acompanhamento rigoroso da formação dos preços».”

O legislador restringiu o crime de especulação à venda de bens e prestação de serviços por preço superior ao permitido neste diploma¹³⁹ (artigo 15º, n.º 1).

Pergunta-se: Qual é esse preço permitido?

Diz o artigo 4º, aln. f), desse mesmo diploma que: “Na falta de regime de preços especialmente aplicável à comercialização dos bens observar-se-á o disposto na segunda parte da alínea a) do n.º 1 e no n.º 3 do artigo 24º do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957.” Por sua vez, este artigo 24º, n.º 1, aln. a), segunda parte, previa que a venda dos produtos ou mercadorias seja efectuada “com margem de lucro líquido superior a 10 por cento nas vendas por grosso e de 15 por cento nas vendas a retalho”. Já o n.º 3 desse art. 24º, previa que “É tido como lucro líquido para o comerciante aquele que se obtiver depois de abatidos o preço de aquisição ou o de reposição, quando for superior àquele em mais de 10 por cento, o custo do transporte e quaisquer outros encargos proporcionalmente inerentes ao comércio dos artigos vendidos. Estes encargos serão fixados segundo o prudente arbítrio do julgador, que atenderá para o efeito à natureza e às circunstâncias especiais do comércio do arguido, presumindo-se que não excedem, na falta de outro critério, especialmente fixado pelo Governo, 7 por cento da soma do preço de aquisição ou de reposição e do custo de transporte”.

Deste modo, da conjugação de todos estes preceitos, constata-se que, ou havia um regime de preços especialmente aplicável, ou, se não existe, no que à venda de bens diz respeito, aplicava-se por força do artigo 4º, aln. f), do Decreto-Lei n.º 329-A/74, o regime jurídico do artigo 24º, n.º 1, aln. a) e n.º 3, do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957, constituindo crime de especulação de preços a venda de bens com margem de lucro de

¹³⁶ De acordo com art. 1º, n.º 3, deste decreto-lei, “O regime de preços controlados determina a obrigatoriedade de declaração pelas empresas dos preços praticados e de apresentação para aprovação dos pedidos de aumento”.

¹³⁷ De acordo com art. 1º, n.º 3, deste decreto-lei, “O regime de preços declarados determina a obrigatoriedade da comunicação dos preços praticados ou das suas alterações com a antecedência mínima de trinta dias”.

¹³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1999. *Problemas de especulação e sucessão de leis no contexto dos regimes de preços controlados e declarados : Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora.

¹³⁹ Diz o art. 15º, n.º 1, deste decreto-lei: “A venda de bens ou a prestação de serviços por preços superiores aos que resultam da aplicação do presente diploma constitui crime de especulação”.

10% e 15%, conforme se estivesse face a uma venda por grosso ou uma venda de bem a retalho.

1.5 - O decreto-lei n.º 75-Q/77, de 28 de Fevereiro (breve alusão)

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 75-Q/77, de 28 de Fevereiro, procurou o legislador obviar à rigidez de funcionamento do regime de preços, criada pelo Decreto-Lei n.º 329-A/74¹⁴⁰.

Seguindo este diploma legal na linha dos anteriores, continua a reclamar do estado um papel de regulador do sistema económico, mais concretamente dos preços, embora com várias alterações relativamente ao que era previsto anteriormente.

A principal inovação deste diploma legal traduziu-se, como bem referem FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE,¹⁴¹ na “extinção do regime dos preços controlados (com a revogação expressa de todas as normas que lhe diziam respeito), e na reformulação do regime de preços declarados”. O Estado deixou de exigir que o agente económico obtivesse (ao contrário do que acontecia no regime de preços controlados) prévia aprovação dos preços que praticava no mercado, por parte da entidade administrativa que superintendia em matéria de preços, passando somente a ter que os comunicar à entidade reguladora – preços declarados –, reservando-se esta, o direito de os aprovar ou não¹⁴².

Fixa assim o legislador, como se alcança do texto preambular deste diploma legal, “um regime de controlo à posteriori, tornando o processo administrativo mais transparente e menos demorado” no que diz respeito à fixação dos preços.

¹⁴⁰ Como se alcança do texto preambular destes decreto-lei “Os regimes de preços estabelecidos pelo Decreto-Lei n.º 329-A/74 têm-se revelado demasiado rígidos no seu funcionamento, sujeitando as empresas a processos burocráticos demorados, provocando distorções derivadas do desfasamento com que se processam as revisões de preços.” Por via disso, continua o legislador, “As novas condições de evolução dos custos, e a sua amplitude, recomendam uma forma mais flexível de formação dos preços, possibilitando aos agentes económicos um papel mais responsável nos mecanismos do mercado, sem prejuízo de o Governo poder utilizar os meios que se venham a revelar necessários para corrigir eventuais anomalias que se verifiquem na evolução dos preços”.

¹⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1999. *Problemas de especulação e sucessão de leis no contexto dos regimes de preços controlados e declarados : Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 134.

¹⁴² Como bem referem DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1999. *Problemas de especulação e sucessão de leis no contexto dos regimes de preços controlados e declarados : Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, Problemas gerais, Coimbra: Coimbra Editora, pág. 134 e 135, “o regime de preços declarados passou a «consistir na possibilidade de as empresas praticarem novos preços, mediante comunicação previa, reservando-se a Administração a faculdade de se opor a esses preços se não os considerar justificados perante os elementos de que dispõe e que as empresas são obrigadas a apresentar»”

Outra inovação trazida por este diploma legal é a de que, caso o agente económico alterasse os preços praticados sem comunicar previamente à administração esse novo preço, não praticava mais que uma mera contravenção. O Estado deixa, assim, de exercer um controlo apertado sobre os preços, deixando de ser ele a ditá-los, e passa a adoptar uma posição de mero vigilante dos preços, limitando-se a “assegurar a *transparência* dos preços praticados no mercado”¹⁴³.

Como referem FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE¹⁴⁴, este novo diploma legal introduziu um regime de preços diferente do vigente no Decreto-Lei n.º 329-A/74, estando em causa, “diferentes bens jurídicos”.

No regime de preços declarados, tal como o prevê o Decreto-Lei n.º 75-Q/77, de 28 de Fevereiro, só quando o agente económico (comunicando previamente à administração os preços que pretende passar a praticar no mercado) não se conformar com a decisão desta sobre esses preços e passar a adoptar tais preços rejeitados pela administração, só nesse momento, pratica o crime de especulação de preços¹⁴⁵.

Depois destas breves considerações, ficamos com uma pequena ideia daquela que foi a evolução do instituto da especulação de preços no ordenamento jurídico português.

Como denominador comum podemos dizer que o legislador considerou sempre o ilícito de especulação de preços como um ilícito que atentava contra o funcionamento do sistema económico. Um ilícito que atentava contra interesses de bens jurídicos, supra individuais, ou, como os denomina PAULO SILVA FERNANDES,¹⁴⁶ bens jurídicos de natureza “artificial”, resultantes da intervenção do Estado na economia, ou, ainda, como refere K. TIEDEMANN¹⁴⁷, bens jurídicos sem substrato concreto e cuja identificação se

¹⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1999. *Problemas de especulação e sucessão de leis no contexto dos regimes de preços controlados e declarados : Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. II, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 138.

¹⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1999, in *Problemas de especulação e sucessão de leis no contexto dos regimes de preços controlados e declarados : Direito Penal Económico e Europeu : Textos doutrinários*, Vol. II, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 138.

¹⁴⁵ Neste sentido DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1999, in *Problemas de especulação e sucessão de leis no contexto dos regimes de preços controlados e declarados : Direito Penal Económico e Europeu : Textos doutrinários*, Vol. II, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 138; ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *A nova lei dos crimes contra a economia (Decreto-Lei n.º 2/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de «bem jurídico» : Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. I, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 403, e, 1985, in *Direito Penal Económico, Centro de Estudos Judiciários, Ciclo de Estudos*, pág. 92.

¹⁴⁶ FERNANDES, Paulo Silva, 2001, in *Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal, Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, pág. 84. “O bem jurídico protegido, v.g. em sede de Direito Penal Económico, é de natureza “artificial”, ou construída pelo devir histórico-social, nomeadamente movido pelo intervencionismo do Estado moderno no desenrolar da economia”.

¹⁴⁷ K TIEDEMANN, 1974, «Zeitliche Grenzen des strafrechts» in *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, Fest. Fur, K. Peters zum 70. Geburtstag, Tubingen: J.C.B. Mohr, pág. 203, apud DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1999, in *Problemas de especulação e sucessão de leis no contexto dos regimes*

afere, por isso, pela forma concreta de lesão que a acção reveste, por contraposição aos bens jurídicos clássicos, com referente pessoal, com núcleo personalizável, pese embora, na posição de SILVA DIAS,¹⁴⁸ todos aqueles bens jurídicos devam ter um referente pessoal.

de preços controlados e declarados : Direito Penal Económico e Europeu : Textos doutrinários, Vol. II, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 137. Segundo este autor, «Quando estão em jogo bens supra individuais que não têm como substrato um objecto concreto, a identidade dos bens afere-se sobretudo, pelas formas concretas de lesão que a acção reveste».

¹⁴⁸DIAS, Augusto da Silva, 2001, 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.

Capítulo III

Novos horizontes de intervenção do direito penal

1 - Sociedade de consumo, sociedade de risco – novos riscos novas vítimas

Com a evolução económica e social cada vez mais os indivíduos sentem novas necessidades que urge satisfazer e a que os operadores económicos estão atentos no intuito de darem resposta e satisfação. Não deixa de ser verdade que, por vezes, as necessidades sentidas pelos indivíduos são meras aparências de necessidade, já que, na realidade, não passam de artificialidades¹⁴⁹ criadas pelos operadores económicos, com vista a provocar nos consumidores, num processo de incitamento ao consumo, a vontade de adquirir, ter, consumir, bens meramente supérfluos e que, por isso, de necessidades, em sentido *strictum*, nada têm. Na aldeia global em que vivemos dominada pela Internet e pela inerente rapidez de troca de informação e conhecimentos, pelas técnicas agressivas de marketing e publicidade, em que as fronteiras são meras virtualidades, incapazes, por isso, de suster e confinar riscos e danos que surgem, prima o dom “alquimista” de tudo converter em necessidade e de a todos os bens fazer parecer imprescindíveis, quando, em variadíssimas situações, são mais do mesmo, meros sucedâneos de outros já existentes no mercado com a mesma capacidade (não raro, melhores até) de satisfazer necessidades.

A sensação que a cada momento sentimos de que tudo se domina e de que tudo se pode dispor, apesar de utópica e de não passar de mera miragem, é uma realidade que a todos assalta e que a todos facilmente deixa encantados e enfeitados, qual canto da sereia. Como refere SILVA DIAS¹⁵⁰ “A sociedade de consumo não só dá respostas a necessidades

¹⁴⁹ A este propósito é esclarecedor DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 10, Também a este propósito MONTE, Mário Ferreira, 1996, in *Da Protecção Penal do Consumidor : O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo*. Coimbra: Almedina, pág. 17, quando refere “outras, ainda, são criadas e promovidas artificialmente por meios técnicos, em virtude do realce que é conferido à utilidade de certos bens ou serviços”. SILVA, Calvão, 1990, in *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, pág. 35, Apud MONTE, Mário Ferreira, 1996, in *Da Protecção Penal do Consumidor: O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo*. Coimbra: Almedina, (n. 8), usa a expressão “criação artificial de necessidades”, sendo esta expressão, de acordo com este autor último esta expressão “a que melhor explica muitos “exageros” que os consumidores cometem quando perante determinados aliciamentos tão apodícticos não resistem à tentação”.

¹⁵⁰ DIAS, Augusto Silva, 2001, 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.

humanas, mas cria ela própria em larga escala essas necessidades, transformando o consumidor de sujeito em objecto manipulável.”

Seja ao nível económico seja ao nível ambiental tudo se alterou desde a época da revolução industrial. De uma economia assente na criação de produtos que primavam pela durabilidade, e pela aptidão de satisfazer as necessidades mais prementes dos indivíduos, passamos para um período em que se prima pela produção de bens de curta durabilidade, pela produção em massa de bens meramente sucedâneos entre si. Tudo se compra e tudo se vende. Há sempre espaço no mercado para mais bens e mais agentes económicos, esteja ou não aquele mercado já saturado, do lado da oferta.

Recorrendo-se a técnicas de marketing e publicidade agressivas e persuasivas, os operadores económicos levam os consumidores a desejarem e adquirirem bens como se fossem a grande descoberta do século¹⁵¹, como se estivesse ali o objecto que em definitivo satisfaz todos os anseios do consumidor, quando, afinal, não passa de mais um bem idêntico a muitos outros existentes no mercado e geralmente até a menor preço.

Quando o consumidor, ou potencial cliente não tem meios financeiros que lhe permitam adquirir o bem que lhe é “impingido”, eis que o agente económico apresenta a solução para o “problema” do consumidor e vende-lhe a crédito. Sim, porque na sociedade de consumo, da perspectiva do vendedor, o importante é vender! Tudo se faz parecer fácil, mesmo o que não é. Como refere FERREIRA MONTE,¹⁵² hoje, na sociedade de consumo em que se encontra inserido, o homem consome não porque tem necessidade de o fazer, mas antes *porque precisa de consumir*. Diríamos antes, porque lhe é imposto.

De uma situação de confinidade dos bens ao seu mercado espaço-temporalmente delimitado, passamos a um mercado global espaço-temporalmente ilimitado e onde, não raro, se compra e vende por amostra ou catálogo e onde os contraentes, variadíssimas vezes, nunca, ou quase nunca, se encontram entre si ao longo do processo negocial.

O grau de endividamento dos consumidores atinge recordes nunca antes vistos. Como diz o adágio popular, antes, “dava-se um boi a quem tinha uma boiada”, hoje, na

¹⁵¹ Conforme RIVAS, Javier Alonso, 1983, *El Comportamiento del Consumidor. Una Aproximación Teórica con Estudios Empíricos*, Instituto Nacional del Consumo, Apud MONTE, Mário Ferreira, 1996, in *Da Protecção Penal do Consumidor : O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo*. Coimbra: Almedina, pág. 18, (n. 8), “o homem do marketing concebe o consumo como fim de todas as actividades económicas e a miúdo necessita de situar-se na perspectiva do consumidor ao tomar as suas decisões comerciais”. Ainda segundo o mesmo autor, “já não se trata de satisfazer uma demanda insaciável, como há alguns anos, mas de pressentir, em pouco tempo, que produtos vão satisfazer o indivíduo e desenvolve-los. Por isso, se compreende que a análise do consumidor tenha adquirido importância”.

¹⁵² MONTE, Mário Ferreira, 1996, in *Da Protecção Penal do Consumidor : O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo*. Coimbra: Almedina, pág. 17, (n. 8).

sociedade de consumo, “dá-se uma boiada a quem diz que vai comprar um boi.” Como refere PAULO SILVA FERNANDES,¹⁵³ as empresas nesta época pós – industrial em que vivemos têm mais poder que muitos Estados e, por isso, ditam as suas leis, condicionando, por vezes, as dos próprios Estados.

Para facilitar toda este ritmo de funcionamento da sociedade de consumo, novas formas de contratar se criam, como sejam os contratos de adesão, com todos os seus inerentes perigos para aderente. O progresso trouxe atrás de si a massificação no mundo dos negócios e das relações pessoais e sociais. Nas palavras de FARIA COSTA¹⁵⁴, “O grande e privilegiado centro da vida económica, principalmente já neste século, deixou de ser a pessoa individual para passar a ser – e de que maneira – a empresa”.

Por tudo isto se pode dizer que a sociedade de consumo em que vivemos é, como a define ULRICH BECK, uma sociedade de riscos.¹⁵⁵ Sociedade de risco cujos seus (novos) riscos, como refere SILVA DIAS,¹⁵⁶ embora resultam de decisões humanas, surgem de um modo involuntário e independente do pensamento humano”, não sendo, por isso, uma sua «opção»,¹⁵⁷ tornando-se transfronteiriços e transgeracionais¹⁵⁸ e acompanhando o processo de globalização.¹⁵⁹

¹⁵³ FERNANDES, Paulo Silva, 2001, in *Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal, Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina.

¹⁵⁴ COSTA, José de Faria, 2003, in *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, pág. 49.

¹⁵⁵ ULRICH BECK, 1986, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, ed. Suhrkamp, Frankfurt, Apud DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 1.

¹⁵⁶ DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 4 e 5.

¹⁵⁷ ULRICH BECK, Apud DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 4.

¹⁵⁸ DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 4. Por sua vez, DIAS, Jorge de Figueiredo, 2004, in *Direito Penal, Questões Fundamentais : A Doutrina Geral do Crime*, Parte Geral, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 127, referindo-se à globalização, diz que ela “Anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a *extinção da vida*”.

¹⁵⁹ DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 4 e 5. Segundo este autor, “A dimensão dos novos riscos acompanha o processo de globalização de técnica e da economia. Também neste aspecto eles são muito diferentes dos riscos típicos das sociedades pré – industrial ou industrial, pois estes eram perfeitamente localizados no espaço e no tempo”.

A sociedade de risco traz para o consumidor novos perigos e novas formas de agressão aos seus interesses patrimoniais a que o Direito, como é sua missão, vai tentando dar resposta no sentido de acautelar tais interesses¹⁶⁰. Este sentimento de insegurança é cada vez mais presente e mais real ao ponto de já ninguém se sentir seguro no mundo em que vivemos e todos sentirmos a sensação de que permanentemente somos vigiados, controlados e condicionados. As reacções de cada grupo de indivíduos são constantemente estudadas ao pormenor com vista a que os nossos comportamentos se tornem previsíveis e sejamos levados a adoptar não os comportamentos que queremos, mas aquelas que nos induzem¹⁶¹. Como refere PAULO SILVA FERNANDES,¹⁶² o indivíduo já não se sente seguro e reclama por segurança, reclama a intervenção do Estado. O indivíduo que acreditou no progresso e o desejou, hoje é a sua vítima. Como *soi dizer-se, virou-se o feitiço contra o feiticeiro*, porque, neste caso, nunca se teve o cuidado de controlar o feitiço.

Estes riscos são novos riscos, ou, pelo menos (para aqueles que defendem que a sociedade sempre foi de risco) serão riscos redefinidos, fruto da evolução económica e social a que a sociedade de consumo não é alheia.

O progresso trouxe atrás de si, como se disse, a massificação no mundo dos negócios, das relações pessoais e sociais, mas, também, trouxe uma drástica mudança na forma como surgem e se concretizam as situações de perigo e agressão aos interesses dos indivíduos. Os novos riscos não são agora, como ficou dito, ao contrário do que acontecia outrora, espaço-temporalmente delimitáveis, nem individualizáveis. Os novos riscos são de natureza diversa, causados, quer pela evolução social, quer pelo progresso económico ou por uma conjugação de várias causas, sem que nenhuma delas se possa considerar como a principal, e manifestam-se de diversas formas em diversos momentos e com grau de danosidade geralmente muito elevado e não delimitável¹⁶³. Veja-se a este propósito, por exemplo, um qualquer desastre ambiental ou uma qualquer situação de alteração no mercado

¹⁶⁰ Segundo GASPAR, Henriques, 1995, in *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 448, pág. 37, “o consumo constituirá, potencialmente, a principal fonte geradora de conflitos”.

¹⁶¹ RIVAS, Javier Alonso, 1983, *El Comportamiento del Consumidor. Una Aproximación Teórica con Estudios Empíricos*, Instituto Nacional del Consumo, Apud MONTE, Mário Ferreira, 1996, in *Da Protecção Penal do Consumidor : O problema da descriminalização no incitamento ao consumo*. Coimbra: Almedina, pág. 18, (n. 8).

¹⁶² FERNANDES, Paulo Silva, 2001, in *Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal, Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina.

¹⁶³ Como bem ensina COSTA, José de Faria, 2003, in *Direito Penal Económico : Textos Jurídicos*. Coimbra: Quarteto, pág. 59, “uma burla de quantitativo astronómico ou um crime de abuso de informação privilegiada pode desencadear, até pelo efeito da chamada repercussão, consequências económicas devastadoras e acumuláveis” e, ainda, “certo tipo de infracções anti-económicas – sobretudo aquelas que se desenvolvem em um mercado global – irradia as suas consequências lesivas muito para lá das chamadas vítimas directas. E mais. Os efeitos dessas infracções podem ter lugar em ondas sucessivas.”

dos preços no mercado de um dado bem. Geralmente, tem várias causas e as suas consequências ou implicações são geralmente de difícil, se não impossível, quantificação, identificação e delimitação.

Mas se os riscos são novos e de origem diversa, as vítimas dos novos riscos tanto são um indivíduo em concreto, como o são concomitantemente um universo de pessoas mais ou menos individualizáveis, ou, todos os seres humanos existentes à face da terra. Vítimas dos novos riscos podem ser uma comunidade, ou um país, um sector de economia ou todo o sistema económico¹⁶⁴. Como refere SILVA DIAS¹⁶⁵, “o consumidor pode ser lesado nos seus interesses quer como sujeito individual, quer como sujeito social. Por outras palavras, o consumidor lesado tanto pode surgir na veste de vítima individual, como de vítima difusa.” Vítimas dos novos riscos da sociedade de consumo podem ser pessoas indeterminadas, ou os próprios Estados, como, ainda, os sistemas económicos e financeiros e, neste particular, todos os seus intervenientes. É que, com o surgimento da sociedade do consumo novos interesses, novos bens jurídicos surgem, pertencendo não a um concreto indivíduo, mas a grupos de indivíduos, ou outros, ainda que, destituídos do referente pessoal a que alude SILVA DIAS¹⁶⁶, porque dizem respeito a organizações, sistemas (por exemplo o sistema económico) que não um indivíduo ou grupo determinado ou indeterminado de indivíduos.

Para debelar essas situações de perigosidade ou lesão dos bens jurídicos é reclamada a intervenção do Estado no sentido de criar instrumentos que, não só transmitam à vítima a segurança ou tranquilidade perdidas por causa dessas acções ofensivas dos bens jurídicos, mas, também e principalmente, que afastem as tais situações de perigo, ou que reponham a integridade dos interesses lesados.

Na economia (ao nível dos preços e do incitamento ao consumo) ou no ambiente (ao nível dos resíduos e seu destino final) encontramos duas áreas por excelência onde os novos riscos assumem grande relevo, quer ao nível do seu aparecimento, quer ao nível da sua concretização. Por via disso, urge que o direito, enquanto ciência vocacionada para a prevenção e resolução de conflitos com relevância social, intervenha.

¹⁶⁴ Neste sentido COSTA, José de Faria, 2003, in *Direito Penal Económico : Textos Jurídicos*. Coimbra: Quarteto, pag.55, anotação 23, quando diz: “Sob o ponto de vista estritamente sociológico as vítimas da infracção estão dentro de um círculo bastante mais lato do que aquele que normalmente o pensamento jurídico dá ao conceito de vítima”.

¹⁶⁵ DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 14.

¹⁶⁶ DIAS, Augusto Silva, 2001, 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.

Mas intervir a que nível e com recurso a que meios? Eis a questão que se pode e deve colocar, desde logo, porque ao Direito não cabe regular ou prevenir conflitos éticos ou morais, ou, ainda, relações que não sejam susceptíveis de criar danosidade. Como refere HOMMEL,¹⁶⁷ “O jurista e o político que pensa com autonomia não deve ceder à sugestão de práticas morais ou palavras sonoras e cair no erro de procurar a dimensão do delito em algo que não seja exclusivamente o dano que do facto resulta para a sociedade.”

Ao contrário do que acontecia na sociedade da época da revolução industrial, a danosidade e perigosidade que os novos riscos da sociedade pós-industrial, sociedade de consumo, podem causar aos interesses dos indivíduos em geral, ou ao sistema económico, exige, do Estado a intervenção através de instrumentos, nomeadamente legislativos, capazes de salvaguardarem tais interesses. Normativos pertencentes aos vários ramos do direito, desde o direito civil ao direito penal, passando pelo direito administrativo, mais concretamente pelo “direito administrativo de carácter sancionatório”¹⁶⁸ – o direito contra-ordenacional (já que muitos desses interesses [bens jurídicos] não tendo dignidade penal, nem por isso deixam de ter dignidade jurídica) –, normativos surgem, dizíamos, com vista a regular as relações sociais e económicas que se criam, prevenindo ou reprimindo os possíveis focos ou conflituosidade, não fosse, como dissemos, o Direito a ciência que regula a convivência em sociedade e impões a justa composição dos interesses.

Falamos em bens jurídicos porque tal (bem jurídico), como escreve FIGUEIREDO DIAS¹⁶⁹, será “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo Estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e, por isso, juridicamente reconhecido como valioso.” Um bem jurídico será pois um interesse valioso do indivíduo ou da comunidade que, por isso, deve ser acautelado pelo direito devido a essa valiosidade ou relevância social. A relevância jurídica de muitos destes novos interesse (bens jurídicos) e pela sua natureza levou a que o legislador tutelasse uma grande parte destes interesses acautelando e sancionando os riscos que surgem para esses interesses, através do Direito Penal, mais concretamente através do Direito Penal Económico.

¹⁶⁷ Apud ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 391.

¹⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, in *Temas Básicos da Doutrina Penal, Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal Sobre a Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 136.

¹⁶⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, in *Temas Básicos da Doutrina Penal, Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal Sobre a Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 43.

1.1 - A natureza dos (novos) bens jurídicos da sociedade do risco e, em especial, do bem jurídico estabilidade dos preços.

Num Estado de direito democrático há uma série de *bens jurídicos* (como sejam, o direito ao trabalho; à qualidade dos bens e serviços; à protecção da saúde, segurança e dos interesses económicos dos consumidores; o direito à iniciativa privada; à segurança social; à habitação; o direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado; o direito à educação e cultura) que se consideram fundamentais dada a sua relevância e preciosidade para cada um dos indivíduos em particular e, porque não dizê-lo, para todos, em geral. Por esse motivo, não só a lei fundamental portuguesa – a Constituição – mas as Constituições da generalidade dos países onde vigora um Estado de direito democrático os consagram nos seus catálogos de direitos fundamentais.

No entanto, e como ficou dito no item anterior, a sociedade de consumo em que vivemos é (fruto da globalização) uma sociedade de novos, ou pelo menos reformulados, valores ou interesses (entre outros, liberdade de circulação de pessoas e bens; liberdade de estabelecimento, liberdade de concorrência e de fixação e estabilidade de preços). Valores esses que, não cuidando aqui de saber se são, ou não, fundamentais e, desse modo, se encontram, ou devem encontrar, acolhimento nas normas contidas nos catálogos constitucionais de direitos fundamentais, são bens jurídicos que, mais que pertencerem a cada um dos indivíduos em concreto, pertencem a todos, em geral, ou a todos suscitam interesse. Contudo, fruto do desenvolvimento económico e da globalização, desses novos interesses, ou bens jurídicos surgidos (ainda que alguns apenas reformulados) muitos não contam com o *referente pessoal* que encontramos nos bens jurídicos clássicos. Alguns desses novos bens jurídicos, são interesses próprios não dos indivíduos, mas do Estado, ou do próprio sistema económico (v.g. a estabilidade dos preços no mercado, e a livre concorrência), sendo, por isso, bens jurídicos supra individuais, ou trans-individuais, mas a que urge, também, proteger.

Enquanto que nos bens jurídicos, vida, património, ou propriedade, os mesmos dizem respeito às pessoas individualmente consideradas ou a uma comunidade definida ou individualizável e, neles encontram um *referente pessoal*, nos bens jurídicos, estabilidade dos preços, livre concorrência, qualidade dos bens ou serviços e, ainda, no bem jurídico paz e tranquilidade pública, entre outros, estes bens já não dizem respeito a uma pessoa ou grupo de pessoas determinado, sendo antes bens jurídicos que a todos dizem respeito, ou a todos

suscitam interesse¹⁷⁰, ao ponto de poder ser vítima da falta de qualidade dos bens ou da instabilidade dos preços, quem, por exemplo, nunca comprou o bem sem qualidade, ou nunca interveio no mercado onde essa instabilidade dos preços reina. Além de que em muitos desses bens jurídicos não se encontra um *referente pessoal*, sendo próprios, por exemplo, do mercado económico e estando relacionados com o seu funcionamento. Como refere FIGUEIREDO DIAS,¹⁷¹ “ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, trans-individuais, trans-pessoais, colectivos.”

Quer os novos, ou reformulados, bens jurídicos da sociedade de consumo quer os bens jurídicos da época da revolução industrial, são interesses (bens jurídicos) dignos de tutela legal, não havendo, nesta medida, bens jurídicos de segunda e de primeira. Todos têm dignidade jurídica. Contudo, o mesmo não se dirá quando toca a averiguar da sua dignidade penal, sendo que nem todos têm tal dignidade, só a tendo aqueles que causam um grau de lesão insuportável a bens jurídicos fundamentais ao indivíduo ou à comunidade.

Se novos bens jurídicos surgem nesta sociedade de consumo, novos riscos ou ameaças para eles aparecem, também. Riscos esses que, embora resultantes de decisões humanas quanto à sua materialização, são na sua génese fruto do progresso económico e do processo de globalização, o que os torna, transfronteiriços e transgeracionais.¹⁷² Dentro dessas formas de agressão a esses bens jurídicos supra-individuais, nomeadamente aos bens jurídicos que dizem respeito à ordem económica, temos crimes contra a saúde pública e os crimes económicos (entre estes últimos, os crimes de branqueamento de capitais, fraude fiscal e fraude sobre mercadorias, entre outros).

Estas novas ameaças aos bens jurídicos reclamam do Estado a sua intervenção, não raro através do recurso ao Direito Penal, no sentido proteger esses bens jurídicos.

E o que dizer em particular quanto ao bem jurídico estabilidade dos preços?

¹⁷⁰ GASPAR, Henriques, 1995, in *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 448, pág. 38. Segundo este Autor, “as infracções antieconómicas têm essencialmente a ver com a protecção de interesses colectivos”.

¹⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, in *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal, Sobre a doutrina geral do crime*, pág. 175.

¹⁷² DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 4. Já segundo COSTA, José de Faria, 2003, *Direito Penal Económico : Textos Jurídicos*. Coimbra: Quarteto, pág. 59, “o efeito de um crime de abuso de informação privilegiada pode não se fazer sentir exclusivamente no resultado danoso de um tempo preciso mas pode repercutir-se, com hiatos ou sucessivamente, em outros momentos, obviamente, posteriores”.

No que diz respeito a este bem jurídico, até pelo seu passado histórico¹⁷³, não é, ao contrário do que se pudesse e possa pensar, um novo bem jurídico surgido da sociedade de consumo. No entanto, estamos certos que, fruto da globalização que se verifica na sociedade de consumo, este bem jurídico adquiriu uma nova dimensão, uma nova actualidade, podendo-se, por isso, considerar um bem jurídico reformado (um velho/novo bem jurídico). A sua nova dimensão alcança-se, desde logo, do facto de que, se antes, tal como hoje, ele poderia ser visto como um bem jurídico próprio da economia, a necessidade da sua tutela não era, no entanto, ao contrário de hoje, considerada à escala global, ou seja para além do mercado onde a agressão a esse bem jurídico se verificava¹⁷⁴. Se repararmos, hoje, a manipulação, por exemplo, dos preços do crude, por exemplo, não tem implicações apenas no seu mercado, mas nos demais mercados que com ele mantêm relações de dependência. Desde logo, se o preço do crude sobe ou se mantém instável, isso repercute-se nos preços das matérias-primas dele derivadas (por exemplo, o polímero) e, por maioria de razão, nos preços dos produtos finais resultantes dessas matérias-primas (por exemplo o plástico), o que condicionará ainda o preço dos produtos que são embalados com recurso ao plástico.

Hoje os danos colaterais, ou seja, os danos que a instabilidade dos preços de um mercado pode causar em outros mercados, arriscam-se, em bom rigor, a ser maiores que os danos sofridos dentro do próprio mercado.

Por outro lado, o bem jurídico estabilidade dos preços é, já o dissemos, ao contrário do que por alguns juristas é defendido¹⁷⁵, um bem jurídico respeitante à economia, mais concretamente ao funcionamento do mercado. Com a sua tutela visa-se, mais que a salvaguarda da estabilidade dos preços em si, a salvaguarda da estabilidade do próprio mercado e, com isso, permitir que se criem condições para o desenvolvimento económico

¹⁷³ Conforme DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *Problemática geral das infracções conta a economia nacional*. In *Direito Penal económico e europeu: Textos doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, pág. 323 e 324 “Não que anteriormente se desconhecemos casos de autêntico direito penal económico. A punição – por vezes drástica – do açambarcamento, da especulação, da venda bens essenciais deteriorados, da violação das normas sobre exportação de certos bens, é fenómeno que se localiza em todas as épocas da história. No direito romano, a *lex Julia de anona*, editada no tempo de César e cuja vigência se prolongo até Justiniano, punia severamente a alta dos preços e o ilícito em matéria de importação e comércio de cereais”.

¹⁷⁴ Como refere COSTA, José de Faria, 2003, in *Direito Penal Económico : Textos Jurídicos*. Coimbra: Quarteto, pág.56, “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”.

¹⁷⁵ Entendimento diverso parece ter, assim, GASPARGAR, Henriques, 1995, in *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 448, pág. 44, quando refere que “As praticas especulativas no comércio de bens e na prestação de serviços afectam directamente os interesses dos consumidores”. E continua o mesmo Autor, “O crime de especulação, previsto no artigo 35º do Decreto-Lei n.º 28/84, está, pois, preordenado fundamentalmente à tutela de interesses colectivos dos consumidores”.

em geral. Nesta medida, é a estabilidade dos preços um bem jurídico se natureza supra individual ou, se quisermos, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS¹⁷⁶, de natureza trans-individual¹⁷⁷.

1.2 - A constituição como ordem jurídica de referência axiológica para toda a actividade criminalizadora do Estado.

Deverá, sem mais, o Estado ceder ao apelo que lhe é feito pelos cidadãos, criminalizando as condutas que mais alarido social causam?

Já referimos atrás, na esteira de HOMMEL¹⁷⁸, que “O jurista e o político que pensa com autonomia não deve ceder à sugestão de práticas morais ou palavras sonoras e cair no erro de procurar a dimensão do delito em algo que não seja exclusivamente o dano que do facto resulta para a sociedade”. Já segundo COSTA ANDRADE¹⁷⁹, para que um comportamento seja considerado crime tem que causar um dano à *república*, sendo tão mais punível quanto maior for esse dano, pelo que “se não produz nenhum agravo à república, é indiferente, ou pelo menos, não é o objecto das leis penais do Estado”. Quer isto dizer que, para que um comportamento seja criminalizado ele não pode ser juridicamente neutro, como acontece nos comportamentos punidos como contra-ordenação, tendo antes que comportar elevado grau de danosidade ou perigosidade para bens jurídicos, que não será para todos os bens jurídicos, mas somente para aqueles que encontra reflexo no texto constitucional. Como refere FIGUEIREDO DIAS,¹⁸⁰ “um bem jurídico político-criminalmente tutelável existe ali – e só ali – onde se encontra reflectido num valor juridico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que “preexiste” ao ordenamento jurídico-penal”.

¹⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os fundamentos da doutrina penal : Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 175

¹⁷⁷ Sobre esta designação de “trans-individual”, debruçaremos-nos mais adiante.

¹⁷⁸ Apud ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 391. Neste sentido, também AQUINO, Tomás, in *Summa Theologica*, 1.º, 2ª, 96, at. 2, Apud, DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 41.

¹⁷⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 391, citando HOMMEL.

¹⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 47.

A dignidade penal do bem jurídico não é nem pode ser conferida pela norma penal que o tutela, preexistindo à norma. O bem jurídico-penal é, ainda segundo este autor, “apenas” o *padrão crítico insubstituível e irrenunciável* com o qual se deve aferir a legitimação da função do Direito Penal no caso concreto.

O Direito Penal deve pois obedecer ao princípio do bem jurídico,¹⁸¹ tendo por função suprema a defesa dos bens jurídicos fundamentais, imprescindíveis para a “convivência humana”¹⁸². Só a esses interesses fundamentais deve o Direito Penal dispensar a sua tutela, sendo a ordem jurídico-constitucional, o *quadro obrigatório de referência à actividade punitiva do Estado*.¹⁸³

Se a Constituição considera um dado bem jurídico fundamental, ele poderá vir, então, a adquirir dignidade penal. Caso contrário, não a adquire.

Em termos materiais, crime será, então, o atentado a um bem jurídico com dignidade penal, sendo o conceito material de crime, na esteira de FIGUEIREDO DIAS¹⁸⁴, “essencialmente constituído pela noção de bem jurídico”. Um conceito previamente dado ao legislado e constituindo o seu *padrão crítico*.

Por outro lado, será, também, ao conceito material de crime que, como refere MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA¹⁸⁵, se há-de ir buscar a fronteira entre

¹⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 51.

¹⁸² ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 389.

¹⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 48 de acordo com ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 389, “O crime é, em primeira linha, lesão de um bem jurídico e só complementarmente a violação de um dever jurídico, mas não o contrário.” Já segundo JESCHECK, *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 389 “Ao Direito Penal (...) é cometida a missão de proteger bens jurídicos. A toda a norma jurídico-penal subjazem juízos de valor positivos sobre bens vitais imprescindíveis para a convivência humana em sociedade que são, por isso, merecedores de protecção através do poder coactivo do Estado representado pela pena.

¹⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, in *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 57

¹⁸⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 1995, in «*Constituição e Crime*» *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Estudos e Monografias. Porto: Universidade Católica Portuguesa, pág. 197 e 198. Ainda de acordo com esta autora a intervenção penal deverá “ter sempre por fundamento a tutela de um bem jurídico, o qual, para merecer esta designação, terá que se encontrar nessa relação de «analogia substancial» com a ordenação axiológica constitucional, enquanto que a tutela concedida pelo Direito de mera ordenação social já não exige tal relação. Consequentemente, também o Direito Penal secundário protege bens jurídicos, distinguindo-se do Direito Penal primário por ser diverso o tipo de bens jurídicos protegidos – enquanto que o Direito Penal primário se relaciona com «o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal», concretizando assim «valores constitucionais ligados aos direitos, liberdades e garantias fundamentais», o Direito Penal secundário relaciona-se com «a actuação da personalidade do homem enquanto

o Direito Penal e o Direito de mera ordenação social e, dentro do Direito Penal, a fronteira entre o Direito Penal de Justiça e o Direito Penal Secundário.

O que fica dito, permite-nos, desde já, concluir uma coisa: criminalizar ou descriminalizar uma determinada conduta, não pode ser uma decisão que o legislador toma de ânimo leve, nem se reduz, nem pode, ao contrário do que resulta da teoria da selecção¹⁸⁶, a uma mera opção de política criminal, fomentada pelo respeito à vontade da força partidária ou grupo político que governa e que, por isso, com base na legitimação que obteve pelo voto popular e na ânsia de satisfazer os apelos ruidosos das multidões, toma as opções que mais convenientes lhe parece e mais populares se mostram.

Criminalizar ou descriminalizar é algo de muito mais complexo. Ter-se-á, antes de mais que identificar o bem jurídico a tutelar e, após isso, confrontá-lo com a ordem dos bens jurídicos constitucionais – *maxime* os direitos fundamentais. Só quando esse bem jurídico que se pretende tutelar obtém substrato ou reflexo nos valores fundamentais constitucionais é que ele terá dignidade penal. Só assim se respeitará o princípio da legalidade.

No entanto, como vem refere SILVA DIAS¹⁸⁷, não é pelo facto de um bem jurídico ter dignidade penal que a sua criminalização se encontra justificada. Essa é apenas uma etapa do longo caminho a correr pelo legislador penal, e não a que mais atenção merece,

fenómeno social, em comunidade e em dependência recíproca dela», concretizando, assim, «valores ligados aos direitos sociais e á organização económica, contidos na Constituição».”

¹⁸⁶ Numa crítica a esta teoria veja-se DIAS, Jorge De Figueiredo, ANDRADE, Manuel Costa, 1992, in *Criminologia : O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 409 a 411.

¹⁸⁷ DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 16, Anotação 31, “não significa evidentemente que com a afirmação da dignidade penal de certos comportamentos, está justificada a respectiva criminalização. Apenas foi dado um primeiro passo nesse sentido. Tem de se somar um outro que consiste em saber se a intervenção penal é no caso necessária, ou seja, imprescindível e eficaz. Só se, tudo medido, a resposta for afirmativa é legítima a configuração do comportamento como crime.”

Por sua vez, na esteira de DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel Costa, 1992, in *Criminologia : O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, pag.407, “A definição duma conduta como socialmente danosa, isto é, lesiva de bens jurídicos cuja integridade é importante, porventura mesmo imprescindível á subsistência da comunidade, não esgota porém o problema da legitimidade da criminalização. A dignidade penal constitui apenas a *legitimidade negativa* (HASSEMER), sendo suficiente para impor a descriminalização ou contrariar a criminalização *ex novo*, mas não impor, sequer para legitimar positivamente, a criminalização”. Ainda segundo estes professores da escola de Coimbra, in *Criminologia : O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, pág 406, “o conceito de dignidade penal implica, assim, um princípio de *imanência social* e um *princípio de consenso*. O primeiro significa que não deve assegurar-se através das sanções criminais a prossecução de finalidades socialmente transcendentais, designadamente moralistas ou ideológicas. O segundo, por seu turno, postula a redução do direito criminal ao núcleo irredutível – se bem que historicamente variável – dos valores ou interesses que cotam com o apoio generalizado da comunidade”.

pois o critério de necessidade de tutela penal e o critério da eficácia¹⁸⁸ dessa tutela são outras a ter em conta e que a nosso ver exigem uma atenção mais cuidada.

Quer isto dizer que, mesmo que um bem jurídico tenha dignidade penal só deve sofrer a intervenção do Direito Penal na sua salvaguarda quando nenhum outro ramo do direito o seja capaz de tutelar cabalmente. A isso impõe o princípio constitucionalidade da necessidade ou, como refere TERESA BELEZA¹⁸⁹, o princípio da *intervenção mínima*. Só nessa situação se poderá chamar o Direito Penal a tutelar o bem jurídico que se quer proteger. O Direito Penal terá sempre que funcionar como último “*ratio*”, a título subsidiário, e só quando a sua intervenção for estritamente necessária para salvaguarda do bem jurídico que visa tutelar.

Como refere FIGUEIREDO DIAS¹⁹⁰ “o Estado só deve tomar de cada pessoa o mínimo dos seus direitos e liberdades que se revele indispensável ao funcionamento sem entraves da comunidade. A ela conduz, por outro lado, a regra do Estado de direito democrático, segundo a qual o Estado só deve intervir nos direitos e liberdades fundamentais na medida em que isso se torne imprescindível ao asseguramento dos direitos e liberdades fundamentais dos outros. A ela conduz, ainda, por outro lado, o carácter pluralista e secularizado (laico) do Estado de Direito contemporâneo, que o vincula a que só utilize os seus meios punitivos próprios para tutela de bens de relevante importância da pessoa e da comunidade e nunca para a instauração ou reforço de ordenações axiológicas transcendentais de carácter religioso, moral, político, económico, social ou cultural.”

Aliás este é, de resto, o sentido que impõe o nosso texto constitucional, no seu artigo 18º, n.º 2, quando refere que “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos

¹⁸⁸ Neste sentido, também, BELEZA, Teresa Pizarro, 1984, *Direito Penal, Vol. I. 2ª ed.*, revista e actualizada. [S.l.]: AAFDL, pág. 35.

¹⁸⁹ Neste sentido, também, BELEZA, Teresa Pizarro, 1984, *Direito Penal, Vol. I. 2ª ed.*, revista e actualizada. [S.l.]: AAFDL, pág. 35, “o direito penal só deve intervir, só deve querer aplicar-se, só deve tomar conta de um certo tipo de actuações ou de actos quando isso for por um lado eficaz e por outro necessário.”

¹⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, in *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 54. Também neste sentido o mesmo autor, in *Direito Penal : Questões fundamentais : A doutrina Geral do Crime*, Parte Geral, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 117. Ainda, neste sentido, também, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 1995, «*Constituição e Crime*» *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Estudos e Monografias. Porto: Universidade Católica Portuguesa, pág. 204, segundo a qual “por um lado, as diferentes características dos princípios, direitos e valores expressos na Constituição, relativamente aos bens jurídico-penais e, mais ainda, aos tipos penais; e, por outro, o princípio segundo o qual o Direito Penal deve ser o «último» meio a intervir para defesa de um bem digno de tutela penal e só o deverá fazer quando para tal for considerado adequado”. Por último, ver, ainda, GASPAS, Henriques, 1995, in *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 448, pág. 49. Segundo este Autor, “Com os limites das exigências constitucionais de proporcionalidade e da natureza subsidiária ou fragmentária do direito penal, o direito penal apenas deverá ser chamado a título subsidiário quando todos os outros remédios se mostrem ineficazes.”

casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Se o legislador optar por criminalizar uma dada conduta por ofensiva de um dado bem jurídico com dignidade penal, mas a salvaguarda do mesmo for perfeitamente conseguida através de um outro ramo do direito, então isso significa que a intervenção do Direito Penal, naquela situação, não é *imprescindível* e, se assim é, aquela norma criminalizadora viola materialmente os princípios constitucionais da necessidade e proporcionalidade, pelo que estará ferida de inconstitucionalidade material¹⁹¹.

Concorda-se assim, com SILVA DIAS¹⁹² quando diz que “os sentimentos de insegurança não podem converter-se em critério racional ou ideia reitora da intervenção penal.”

Por outro lado, se a criminalização dos comportamentos atentatórios contra o bem jurídico não é eficaz, quer no modo como se criminaliza os comportamentos ofensivos, quer ao nível das sanções adoptadas, tal pode levar à banalização e descrédito da norma penal¹⁹³, o que pode, ainda, ser mais grave para a tutela do bem jurídico que a inexistência de tutela penal. O perigo de a norma penal se tornar numa norma simbólica sem capacidade dissuasora sobre os indivíduos deve ser uma constante preocupação no pensamento do legislador.¹⁹⁴

2 - O direito penal económico como verdadeiro direito penal que tutela de bens jurídicos com dignidade penal

2.1 – Colocação do problema.

Do que ficou dito no item anterior constatamos que ao Direito Penal cabe a tarefa ou função de *tutela subsidiária de bens jurídico com dignidade penal*, havendo, nas palavras de

¹⁹¹ Neste sentido DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 57

¹⁹² DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 22.

¹⁹³ Crítica esta feita à teoria da selecção e seus defensores.

¹⁹⁴ Conforme BELEZA, Teresa Pizarro, 1984, in *Direito Penal*, 1º Vol.. 2ª ed., revista e actualizada. [S.l.]: AAFDL, pág. 38, “Se (...) uma incriminação não obtém os fins que se pretendem, também não faz sentido que o direito penal intervenha em relação a esse tipo de actos.”

FIGUEIREDO DIAS¹⁹⁵, entre os bens jurídicos com dignidade penal e os bens jurídicos constitucionais, não uma relação de identidade, mas de *analogia material* fundada numa essencial *correspondência de sentido e de fins*. Segundo este professor da Escola de Coimbra, “é nessa acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretização dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais.”¹⁹⁶

Analisemos, então, agora mais de perto o Direito Penal Económico, já que será dentro deste que se situa o objecto deste trabalho – a especulação de preços e a dignidade jurídico-penal do bem jurídico aí tutelado.

Dissemos atrás que a sociedade de consumo é uma sociedade de risco. Uma sociedade em que, se por um lado, novos, ou, pelo menos, reformulados, bens jurídicos surgem, não raro de caris supra ou trans-individual, na medida em que dizem respeito ou a um universo indiscriminado de pessoas (tal como a saúde pública, ou a qualidade e genuinidade dos bens ou serviços, em que todos podem ser afectados pela violação ou ofensa a esses bens jurídicos) ou, então, a organizações ou núcleos de interesses (como a economia, ou mercados ou o ambiente, que estão, por isso, para lá da pessoa ou indivíduo, embora a ela indirectamente possam dizer respeito) e, por isso, em qualquer dos casos, merecedores de tutela jurídica, por outro lado, também novas formas de agressão a esses bens se materializam e contra as quais ao direito cabe reagir.

A sociedade de consumo traz ao Homem de hoje uma outra dimensão – a dimensão social – a dimensão do Homem enquanto ser gregário. Uma dimensão diferente daquela que ele tinha na época da revolução industrial.

A ordem de valores do Homem e da sociedade da idade da revolução industrial, ao nível económico e ambiental, quase não encontra correspondência com a ordem de valores actual.

Como dissemos já, o comércio à distância e por amostra é uma realidade incontornável. Os negócios são feitos à escala global ou planetária, comprando-se num país aquilo que num outro, ou outros, se vai preparar para ser introduzido no mercado, sendo, por sua vez, o negócio concluído noutro lugar completamente diferente. Os processos de incitamento ao consumo são cada vez mais numerosos e com níveis de persuasão nunca antes vistos. A compra e venda de valores mobiliários (o negócio bolsista) é uma forma, e

¹⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 48.

¹⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 48.

das mais rentáveis, de investimento e de criação de riqueza que antes não existia.¹⁹⁷ Não é rico quem tem bens fundiários, como outrora acontecia, mas quem tem recursos disponíveis para investir a curto, médio ou longo prazo, nomeadamente em participações sociais e daí obter dividendos.

Mas se a ordem de valores se alterou, também, ao nível da criminalidade tudo se modificou. A criminalidade tornou-se transfronteiriça¹⁹⁸, não tendo, como bem refere FARIA COSTA¹⁹⁹, *locus delicti*, pelo menos na sua acepção clássica, já que, por exemplo, um crime consumado em Portugal pode ter sido idealizado na China, preparado na França e coordenada a sua execução desde Espanha, o que levanta, desde logo, problemas quanto à ordem jurídica competente para julgar e punir esse ilícito.

Por outro lado, hoje, o fenómeno da criminalidade assume cada vez mais níveis de extrema organização, além da actuação criminosa não ser já algo das classes média/baixa, mas um fenómeno transversal a todas as classes sociais, de que o chamado *white-collar-crime*²⁰⁰, é disso, esclarecedor.

O fenómeno da criminalidade nesta sociedade pós-industrial assume, pois, contornos nunca antes vistos, quer ao nível de organização, quer ao nível de danosidade para os bens jurídicos²⁰¹. Hoje, ao nível da chamada criminalidade económica, atingem-se níveis de organização tal que chegam (arriscámo-nos a dizer) a rivalizar, ou até a superar, a organização social e económica de alguns Estados. Organizações criminosas existem

¹⁹⁷ Como refere COSTA, José de Faria, 2009, *Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 97, “poder-se à dizer que a globalização se recorta como «mecanismo» social hiperdinâmico que torna globais os espaços económicos, culturais e informativos que antes se estruturavam, primacialmente, a um nível nacional.”

¹⁹⁸ COSTA, José de Faria, 2009, *Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 99. Segundo este autor, a criminalidade economia “tem cada vez menos um espaço, um território nacional, onde se desenvolva e perpetre”.

¹⁹⁹ COSTA, José de Faria, 2009, *Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 100.

²⁰⁰ Conforme se alcança de SANTOS, Cláudia Maria Cruz, 2001, *O Crime do Colarinho Branco*, in *Studia Jurídica n.º 56, Boletim da Faculdade Direito de Coimbra*, pág. 45, 59 e 61, este fenómeno foi definido, primeiramente, por SUTHERLAND, como aquela criminalidade que *é cometida no âmbito da sua profissão por uma pessoa de respeitabilidade e elevado estatuto social*, tendo mais tarde sido retomado por EDELHERTZ, e definido como “um acto ilegal ou uma série e actos ilegais, praticados através de meios não físicos e com dissimulação ou engano, para obter dinheiro ou bens, para evitar o pagamento ou a perda de dinheiro ou bens, ou para obter vantagens negociais ou pessoais” deslocando, assim, a tónica principal do problema da espera do agente para a esfera do facto.

²⁰¹ Segundo COSTA, José de Faria, 2003, in *Direito Penal Económico : Textos Jurídicos*. Coimbra: Quarteto, pág.58, fazendo o paralelismo entre os crimes contra as pessoas e contra a vida e a criminalidade económica, “a criminalidade económica tem um potencial de lesão serial infinitamente superior àqueloutas infracções.” Ainda segundo este autor in *Direito Penal Económico : Textos Jurídicos*. Coimbra: Quarteto, pág. 59, “ o efeito de um crime de abuso de informação privilegiada pode não se fazer sentir exclusivamente no resultado danoso de um tempo preciso mas pode repercutir-se, com hiatos ou sucessivamente, em outros momentos, obviamente, posteriores”.

(mafiosas ou terroristas) que são mais poderosas que muitos Estados, sendo que algumas delas, se não de forma explícita, seguramente de forma implícita, influem na própria organização e funcionamento dos Estados onde operam.

Como refere FARIA COSTA²⁰² as organizações criminosas “assumem-se como autênticas empresas de alto risco cuja actividade fundamental é a prática organizada de actuações criminosas possibilitadora de lucros fabulosos”.

Mas, se as formas e modos de ofensa aos bens jurídicos são cada vez mais diversos e com níveis de eficiência e organização nunca antes vistos, ao nível das consequências, da danosidade para os bens jurídicos não mais estamos, também, ao nível do que outrora se verificava. Se antes, de um modo geral, os problemas de criminalidade se suscitavam num plano, podemos dizer, individual, em que o infractor, ou infractores, eram perfeitamente identificados ou identificáveis e os danos, ou prejuízos, resultantes da sua acção para os bens jurídicos eram delimitáveis e quantificáveis, hoje não mais é assim. Uma actuação danosa, por exemplo, de um administrador de um grupo económico pode implicar variadíssimos ilícitos (v.g. branqueamento de capitais, fraude fiscal, falsificação de documentos, infidelidade), e as consequências que dessa actuação advêm ou podem advir são, por certo, indeterminadas ou indetermináveis²⁰³. Lesados com essa actuação serão não só os accionistas, que verão as suas participações sociais desvalorizarem em resultado daquela actuação ilícita do, ou dos, administradores do grupo económico onde detêm tais participações e o próprio grupo económico (ao nível da sua imagem e reputação no mercado e confiança perante os potenciais clientes em futuros negócios), mas, também, o próprio mercado e sistema económico, com a instalação de um clima de insegurança e incerteza quanto às reais consequências que dessa actuação possam advir, levando a um resfriamento nos investidores quanto à sua intenção de investir, em prol de uma maior vontade de realizar mais-valias, vendendo, ou procurando vender, as suas participações sociais e evitando, assim, o risco de poderem vir a ser prejudicados por aquela actuação.

Por outro lado, o facto de as empresas cada vez mais se organizarem em grupos económicos com objectos sociais diversos e ligados aos mais diversos ramos de actividade (é comum encontrarmos grupos económicos num mesmo momento com interesses no ramo da distribuição, telecomunicações, banca e imobiliário, entre outros), ou, simplesmente,

²⁰² COSTA, José de Faria, 2009, *Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico*. In *Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 104.

²⁰³ Como refere COSTA, José de Faria, 2003, in *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, pág. 59, “pode desencadear, até pelo efeito da chamada repercussão, consequências económicas devastadoras e acumuláveis”.

deterem participações sociais em outros grupos económicos, se, por um lado, torna-as menos susceptíveis à instabilidade que possa surgir num dos ramos de actividade em que estão presentes, diluindo, assim, o risco, torná-las-á, no entanto, mais vulneráveis aos problemas que surjam nos grupos económicos onde detêm essas participações sociais, quer fruto de actuações desses grupos, quer fruto da instabilidade que surja nos mercados onde esses grupos exercem actividade, tornando, assim, o risco mais disperso e mais global.

Além disso, sendo os mercados cada vez mais globais, indo para além das fronteiras nacionais de cada país, a instabilidade económica que existir num dado país influenciará por certo os interesses económicos das empresas que, apesar de aí não terem sede, aí têm interesses económicos.

É neste contexto que ganha relevo e expressão o chamado Direito Penal Económico e os bens jurídicos que lhe são atribuídos para efeitos de tutela.

Mas, serão tais bens jurídicos novos ou renovados valores fundamentais a que o Direito Penal de justiça não é capaz de tutelar cabalmente? É do que cuidaremos a seguir.

2.2- Os bens jurídicos do Direito Penal Económico.

Ao Direito penal cabe, como refere JESCHECK²⁰⁴, “a missão de proteger bens jurídicos. A toda a norma jurídico-penal subjazem juízos de valor positivos sobre bens vitais imprescindíveis para a convivência humana em sociedade que são, por isso, mercedores de protecção através do poder coactivo do estado representado pela pena”. Já segundo FIGUEIREDO DIAS²⁰⁵, “Num Estado de direito material deve caber ao direito penal uma função exclusiva de protecção dos bens fundamentais da comunidade, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada homem e cuja violação constitui o crime”.

É, pois, o bem jurídico o *padrão critico insubstituível e irrenunciável* com que se deve aferir a legitimação da função do Direito Penal.

Contudo, como dissemos já, em resultado da globalização, do progresso social e económico, novos ou reformulados interesses, bem como novas formas de agressão a tais

²⁰⁴ JESCHECK, H., Tratado de Derecho Penal, Barcelona, Bosch, 1981, I Vol., pag. 9-10, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro)*. In *Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 389.

²⁰⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português*, ROA, 1983, pág. 15.

interesses surgiram. Coloca-se então a questão de saber se deve o Direito Penal, especialmente o Direito Penal Económico, intervir nestes novos domínios, no domínio dos novos riscos, especialmente no domínio da economia, tutelando e protegendo os novos bens jurídicos que aí surgem?

É comumente aceite pela doutrina que o Direito Penal não deve intervir a não ser para proteger bens jurídicos fundamentais ao indivíduo ou a interesses supra individuais e quando nenhum outro ramo do direito (nomeadamente civil ou administrativo) for capaz de os proteger cabalmente. Só nesses casos de absoluta necessidade o Direito Penal pode intervir e, mesmo assim, limitando-se a adaptar as medidas que forem de extrema necessidade, tomando de cada indivíduo, como refere FIGUEIREDO DIAS²⁰⁶, “o mínimo dos seus direitos e liberdades que se revele indispensável ao funcionamento sem entraves da comunidade”.

Pode dizer-se na esteira de COSTA ANDRADE²⁰⁷ que “A par de bens de contornos tão definidos como a vida, a integridade física do homem ou das coisas objecto do crime de dano e, de construção jurídico-económicas como a propriedade ou o património, aparecem «coisas» como a ordenação económica e os seus múltiplos sistemas”.

O que se cuida de saber é se os interesses tutelados em sede de Direito Penal Económico são, ou não, bens jurídicos autónomos, ou se, como defende HASSEMER²⁰⁸, a autonomização do Direito Penal Económico é resultado do “aparecimento (nas sociedades modernas) de novas possibilidades de lesão de bens jurídicos pré-existentes”. Ou seja, se os bens jurídicos do Direito Penal Económico são, ou não, os mesmos do direito penal de justiça, embora com novas formas de agressão. É que se os bens jurídicos são os mesmos que já existem no direito penal de justiça e não novos ou autónomos bens jurídicos, então falha o fundamento para a existência de um novo ramo do direito.

Não pode haver direito penal se não existir o seu fundamento – bens jurídicos fundamentais que não sejam susceptíveis de ser salvaguardados com recurso aos demais ramos do direito.

A questão colocada é, pois, incontornável.

²⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, in *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal, A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 54

²⁰⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro)*. In *Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 395.

²⁰⁸ HASSEMER, W, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ausätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre*, Frankfurt: Europäischer Verlagsanstalt, 1980, pág. 75 e seg., *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro)*. In *Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 398.

Se de acordo com a Escala de Frankfurt o Direito Penal deve reservar a sua tutela para os bens jurídicos de caris individual, só admitindo a sua intervenção no âmbito dos novos riscos “nos campos do modelo liberal, assente na protecção de bens jurídicos individuais tangíveis, na restrição da responsabilidade penal às pessoas singulares”²⁰⁹, sob pena de o Direito Penal se funcionalizar, tornando-se “instrumento de sociedade, componente de uma prática social que visa controlar e minimizar as situações de risco”²¹⁰, outros há, como FIGUEIREDO DIAS²¹¹, que consideram que “ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma existem autênticos bens jurídicos *sociais, trans-individuais, trans-pessoais ou colectivos*”.

Entendemos, na linha daquele que é o entendimento dominante na doutrina, que não são só novas formas de agressão aos bens jurídicos que surgiram na sociedade moderna e contemporânea, mas também novos ou reformulados interesses (qualidade e genuinidade dos bens e serviços; leal concorrência; estabilidade de preços e mercado; segurança e transparência nos mercados e nas relações económicas e comerciais; protecção na saúde e segurança social; direito a um ambiente sadio e sustentável; direito à educação e cultura) surgiram. Ponto é saber se esses novos ou reformulados bens jurídicos têm, ou não, dignidade jurídico-penal e, em caso afirmativo, se se mostra necessário o recurso a tal ramo do direito com vista a tutelar tais interesses.

O Direito Penal Económico é, na esteira de LINDENAM²¹², “o ramo do ordenamento votado à defesa penal da «Economia nacional no seu conjunto ou das suas

²⁰⁹ In DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág.19. Segundo, RIGHI, Esteban, in *Derecho Penal económico Comparado*, Editorial Revista de Derecho Privado: Editoriales de Derecho Reunidas, pág. 306, “En la actualidad no se advierte ninguna necesidad de regulación específica, pues los problemas de derecho penal económico pueden ser adecuadamente resueltos aplicando los principios generales.”

²¹⁰ In DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág.17.

²¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, in *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal, A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág.175. Ainda segundo este autor, apud ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro)*. In *Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 401, fazendo o paralelismo entre o Direito Penal Clássico e o Direito Penal Económico, “Num como no outro trata-se de lesões de bens jurídicos e, portanto, de uma ordem legal análoga à ordem axiológica constitucional”.

²¹² K LINDEMAN, Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?, Jane: Gustav Fischer, 1932 pag. 15 e seg. Apud ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro)*. In *Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 400

instituições fundamentais»”, sendo os crimes contra a economia, como refere SCHMIDT²¹³, “as infracções que lesam o interesse estatal na existência e manutenção da ordenação económica estabelecida pelo Estado”.

Estamos, pois, em sede de Direito Penal Económico, face a bens jurídicos sem o referente individual que existe em bens como a propriedade, vida e integridade física, mas com referente supra ou trans-individual, relacionados com o sistema, organização e funcionamento económico, interesses que estão para lá da esfera pessoal de cada indivíduo, ou até são mesmo estranhos a este, insusceptíveis, em qualquer dos casos, de serem particularizados.

São bens jurídicos, tal como ensina COSTA ANDRADE²¹⁴, caracterizados “pela sua relevância directa para o sistema económico cuja sobrevivência funcionamento ou implementação se pretende assegurar”. São bens jurídicos “em grande medida um produto histórico do intervencionismo do Estado moderno na vida económica”, “«artificialmente»” construídos sem um “referente ontológico claramente definido como acontece no Direito Penal de Justiça”.

O Direito Penal não é, nem pode ser, estaque sendo capaz de acompanhar a mudança dos tempos e dar resposta às novas solicitações de que for alvo, tanto mais que, “é da própria natureza desta área do direito penal atender essencialmente à reprovação das condutas em si mesmas lesivas dos valores fundamentais do ordenamento socioeconómico²¹⁵”. Ponto é que saiba manter-se sempre fiel à sua missão – tutela subsidiária de bens jurídicos²¹⁶ com dignidade penal²¹⁷. Como bem referem FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE²¹⁸, do ponto de vista político-criminal, para analisar da legitimidade de um processo de neocriminalização, o critério decisivo será saber “se se trata de fenómenos sociais novos, ou em todo o caso anteriormente raros, que desencadeiam

²¹³ EB. SCHEMIDT, *Das neue westdeutsche wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen: J.C. Mohr, 1950, pag. 20 e segs, apud ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro)*. In *Direito Penal Económico e Europeu* : Textos Doutrinários, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 400.

²¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro)*. In *Direito Penal Económico e Europeu* : Textos Doutrinários, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 402 e 403.

²¹⁵ In Texto preambular do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

²¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, in *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal, A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 175.

²¹⁷ Dignidade penal essa que, na esteira de DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1992, in *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, pág.406, implicará como aí referem estes autores respeito por um princípio de *imanência social* e um *princípio de consenso*.

²¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1992, in *Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, pág.441,

consequências insuportáveis e contra os quais só o direito penal é capaz de proporcionar protecção suficiente”. É que no domínio dos bens jurídicos colectivos “é de verdadeiros bens jurídico-penais que se trata”²¹⁹.

O Direito Penal Económico é um verdadeiro Direito Penal que goza da mesma dignidade que o Direito Penal Clássico. Os bens jurídicos que o Direito Penal Económico protege gozam da mesma dignidade penal que está inerente aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Clássico, não se estando apenas, como defende HASSEMER, perante novas formas de “lesão de bens jurídicos pré-existentes”. Por outras palavras, os bens jurídicos salvaguardados pelo Direito Penal Económico não são bens jurídicos inferiores, de segunda classe, ou com menos dignidade penal que os tutelados pelo Direito Penal Clássico. Pelo contrário! A sua dignidade penal é idêntica à dos outros bens jurídicos tutelados no Direito Penal Clássico. Citando FIGUEIREDO DIAS²²⁰ (referindo-se ao Direito Penal Clássico e ao Económico) “num como no outro trata-se de lesões de bens jurídicos e, portanto, de uma ordem legal análoga à ordem axiológica constitucional. Só que os bens jurídicos do Direito Penal de justiça se relacionam com o livre desenvolvimento da personalidade de cada homem como tal, enquanto os do Direito Penal secundário se relacionam com a actuação da personalidade do homem enquanto fenómeno social em comunidade e em dependência recíproca deles.”

Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, é o diploma por excelência que tutela penalmente os bens jurídicos económicos que o legislador penal entendeu terem então dignidade penal. Bens jurídicos que, muitos deles, são resultado da evolução económica e social, da sociedade de risco, ou, como refere COSTA ANDRADE²²¹, “são em grande medida um produto histórico do intervencionismo do Estado moderno na vida

²¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, in *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal, A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora. Ainda a este propósito, não podemos deixar de transcrever aqui o ensinamento deste professor da escola de Coimbra, ob. Cit., pág. 52, onde segundo Ele, “O grande perigo para a subsistência e evolução da doutrina do bem jurídico como instrumento por excelência de determinação do conceito material de crime não provem hoje tanto, na verdade, de uma argumentação como o que ficou expendida e criticada [referindo-se à preexistência ou não de um bem jurídico] ^(a). Provém sim do argumento de que, por mais que se antecipe a tutela dos bens jurídicos (...) tal não é bastante para assegurar efectivamente o cumprimento eficaz da função do direito penal na sociedade dos nossos dias e, ainda mais, na já previsível sociedade do futuro.”

^(a) Entre parêntesis rectos nosso.

²²⁰ Apud ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 401.

²²¹ ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 403.

económica. Eles resultam da projecção de um sistema mais ou menos ideologicamente condicionado sobre o sistema «espontâneo» do fluir «natural» da economia.”

Se aceitamos sem reservas que o Direito Penal não é, nem pode ser, estanque, tendo, por isso, que ser capaz de acompanhar a mudança dos tempos e dar resposta às novas solicitações de que for alvo, sem deixar, contudo, de ser fiel à sua missão – a missão de tutela de bens jurídicos com dignidade penal – e que no Direito Penal Económico tal como no Clássico “trata-se de lesões de bens jurídicos e, portanto, de uma ordem legal análoga à ordem axiológica constitucional”²²², não podemos, no entanto, deixar dizer que nos custa admitir, ao contrário do que defende FIGUEIREDO DIAS²²³, que bens jurídicos *trans-individuais* possam adquirir dignidade penal.

Aceitamos, na esteira deste autor,²²⁴ que o bem jurídico seja o “critério legitimador” e o “padrão crítico da incriminação”, assim como aceitamos que determinados bens jurídicos com natureza *supra-individual* (tais como o direito à saúde, à qualidade e genuinidade dos bens, nomeadamente bens alimentares, o direito a uma publicidade verdadeira, ou o direito a uma igualdade de condições de acesso ao mercado), na medida em que tais bens jurídicos a toda a comunidade, directa ou indirectamente, interessam e a ela são fundamentais, tenham dignidade jurídico-penal e, por isso, por esse ramo do direito possam ser tutelados, na medida em que o recurso a tal ramo do direito se mostre necessário, segundo critérios de adequação. Contudo, admitir a existência de bens jurídicos *trans-individuais* com dignidade jurídico-penal é algo que nos custa a admitir.

Ou aquele professor da escola de Coimbra pretende identificar com ambas as expressões (*supra-individuais* e *trans-individuais*) a mesma coisa, ou a dignidade jurídico-penal de bens jurídicos *trans-individuais* é algo que nos atrevemos a questionar, na medida em que, enquanto os bens jurídicos *supra-individuais*, tal como refere FARIA COSTA²²⁵, se mostra numa linha vertical, onde “quer-se sublinhar o carácter de supra-infra ordenação” e, nessa medida, podemos dizer, que são bens jurídicos com referente pessoal, ao passo que os bens jurídicos *trans-individuais*, na esteira deste mesmo professor de Coimbra²²⁶ seriam bens

²²² Apud ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 401

²²³ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, in *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal, A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág.175, que considera que “ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, *trans-individuais*, *trans-pessoais* ou colectivos.

²²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, in *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal, A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág.173.

²²⁵ COSTA, José de Faria, 2003, in *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, pág. 39 e 40.

²²⁶ COSTA, José de Faria, 2003, in *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, pág. 39 e 40.

jurídicos que, apesar de serem “representação de um pedaço da realidade”, estariam para lá do indivíduo, que com ele não se confundiria e, por isso, não possuiriam aquele referente pessoal. Ora, como bem conclui este autor²²⁷, o direito penal, “nada tem a ver com tais valores trans-individuais. Em definitivo: a categoria operatória para o direito penal é aquela que se estrutura no eixo vertical da compreensão dos bens jurídicos vistos a partir do indivíduo”.

Deste modo, conseguimos aceitar que haja interesses ou bens jurídicos próprios da economia que, porque mantêm uma estreita conexão com os indivíduos ou a comunidade, possam ter dignidade jurídico-penal. Já no caso contrário, quando essa conexão não existe, ou só muito reflexamente exista, e, por isso, tais bens jurídicos se possam considerar como trans-individuais na verdadeira acessão do termo, custa-nos aceitar que tais bens jurídicos possam ter dignidade jurídico-penal.

2.3 - A necessidade de antecipação da tutela penal no domínio dos (novos) riscos, em especial no direito penal económico

2.3.1 - O recurso aos crimes de perigo como meio de antecipação da tutela penal

Ficou dito atrás que a sociedade em que vivemos (a sociedade de consumo) é uma sociedade com novos valores e novos interesses, ou melhor dizendo, novos bens jurídicos, que ao direito cabe tutelar salvaguardando-os contra as, também novas, ou renovada, formas de agressão transfronteiriças e transgeracionais²²⁸ a tais bens. Formas essas de agressão que, muitas delas, comportam um grau de lesão tal para os bens jurídicos que não se compara àquele que se verificava no domínio da velha sociedade industrial. A demonstrá-lo temos, a título de exemplo, o branqueamento de capitais, ou a fraude fiscal (comportamentos que no

²²⁷ COSTA, José de Faria, 2003, in *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, pág. 39 e 40.

²²⁸ DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 4. Por sua vez, DIAS, Jorge de Figueiredo, 2004, in *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I : Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 127, referindo-se à globalização, diz que ela “Anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a *extinção da vida*”.

domínio da velha sociedade industrial não se falava), ou, então, as formas agressivas de publicidade, ou as práticas restritivas da concorrência.

Todos estes comportamentos consubstanciam formas, algumas delas novas, de agressão aos bens jurídicos, cabendo, por isso, ao Direito encontrar meios de os salvar. No entanto, dada a dificuldade cada vez maior em determinar quer a vítima, quer o alcance, ou grau da lesão para os bens jurídicos, nem sempre os instrumentos tradicionais de resposta do Direito, se mostram eficazes a essa prevenção. As situações de ofensa aos bens jurídicos, especialmente as novas formas de ofensa para os bens jurídicos, comportam para eles um grau cada vez maior de dano ou lesão e consequências colaterais nefastas para outros bens, não menos dignos de serem acautelados, que exigem, em muitos casos, uma antecipação da tutela jurídica.

Como refere OST²²⁹ “os novos riscos são virtuais sem ser quiméricos, improváveis sem ser fantasiosos, infiguráveis sem ser irreais e essa natureza ou qualidade não pode deixar de reflectir-se no sistema penal.”

Por via destes novos riscos e do seu grau de lesão para os bens jurídicos, surgiu em muitos casos (em uns mais que noutros, é certo) a necessidade de recorrer ao Direito Penal, nomeadamente ao Direito Penal Económico, com os seus instrumentos de reacção aplicáveis (sanções) e, nomeadamente, modo e timing de reacção, dado, as sanções e o modo e timing de reacção do Direito Penal Clássico, ou de justiça, em muitos casos, não se mostrarem adequados. Desde logo, uma das necessidades sentidas na reacção aos comportamentos delituosos de forma a tornar essa reacção mais eficaz foi, em muitas situações, a de antecipação da tutela jurídica para o estado anterior ao da efectiva lesão do bem jurídico. Por via disso, o Direito Penal lançou mão da figura do crime de perigo²³⁰, nomeadamente da figura do crime de perigo abstracto, em cujo perigo, como refere RUI CARLOS PEREIRA²³¹, “constitui um mero motivo de incriminação”, não fazendo parte do tipo, ao contrário do que acontece nos crimes de perigo concreto, facto que não só facilita a

²²⁹ Apud DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 27.

²³⁰ Na esteira de BAJO, Miguel, BACIGALUPO, Silvina, in *Derecho Penal Económico*, Colección Cura. [S.l.] Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., pág. 558, referindo se ao delito de perigo do artigo 284, do Código penal espanhol, “El comportamiento típico de este delito de peligro, consiste en intentar alterar los precios que habrían de resultar de la concurrencia, siempre que tal intento se realice difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño o utilizando información privilegiada

²³¹ PEREIRA, Rui Carlos, 1995, in *Dolo de Perigo*. Lisboa: Lex, pág. 24. Neste sentido, também, DIAS, Jorge de Figueiredo, 2004, in *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 292. Segundo este autor, “Nos crimes de perigo abstracto o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente *motivo* da proibição”.

“superação das dificuldades de prova que a criminalidade económica acarreta”²³², mas, e principalmente, permite aquela antecipação da tutela dos bens jurídicos.

Não escondemos, na esteira de FARIA COSTA e COSTA ANDRADE²³³, que a antecipação da tutela penal para o estágio prévio ao da consumação da lesão, através da criminalização de situações que se traduzem na criação de perigo²³⁴ para os bens jurídicos (como seja a criminalização da produção ou venda de géneros alimentares falsificados e destinados ao consumo público – artigo 24º do Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) vem permitir a tutela desses bens de uma forma mais eficaz²³⁵, nomeadamente nos crimes económicos, já que o legislador não guardou a intervenção do Direito para as situações em que o bem jurídico já se encontra ofendido.

2.3.2 - O recurso à punibilidade da tentativa como regra e não excepção, outra forma de antecipação da tutela penal nos crimes económicos

Mas se o recurso à figura dos crimes de perigo se revelou uma forma de antecipação da tutela penal dos bens jurídicos no âmbito do Direito Penal Económico, de forma a tornar essa tutela mais eficaz, outra forma de antecipação dessa tutela penal é a punibilidade da tentativa e os moldes em que é prevista.

²³² COSTA, José de Faria, ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *Sobre a Conceção e os Princípios do Direito Penal Económico : Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 356. Quanto a esta técnica jurídica RIGHI, Esteban, *Derecho Penal económico Comparado*, Editorial revista de Derecho Privado: Editoriales de Derecho Reunidas, pág.308, considera que “Crear tipos de peligro abstracto para simplificar la prueba puede resultar lesivo al principio de presunción de inocencia.

²³³ COSTA, José de Faria, ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *Sobre a Conceção e os Princípios do Direito Penal Económico : Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 356. Segundo estes professores da escola de Coimbra, “a grande maioria dos danos provocados pela criminalidade económica não é susceptível, muitas vezes, de uma apreciação directa e imediata.

²³⁴ Perigo é segundo PEREIRA, Rui Carlos, 1995, *Dolo de Perigo*. Lisboa: Lex, pág. 37, “a possibilidade ou probabilidade de lesão do bem jurídico”.

²³⁵ COSTA, José de Faria, ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *Sobre a Conceção e os Princípios do Direito Penal Económico : Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 356. Segundo estes professores da escola de Coimbra, “Os rimes de perigo (*delits de mie en danger; Gefährungsdelikte; per se bans*) foram também considerados, na maior parte dos relatórios, incluindo o português, como uma figura delituosa eficaz na luta contra a criminalidade económica”. Segundo DIAS, Jorge de Figueiredo, 2004, in *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I : Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 293, o recurso a esta técnica jurídica não é, ao contrário do que se possa pensar inconstitucional, tendo, de resto, o próprio Tribunal Constitucional, no Ac. 426/91, de 6/11/1991, pronunciado a sua não inconstitucionalidade quando visarem a protecção de bens jurídicos de grande importância, quando for possível identificar claramente o bem jurídico tutelado e a conduta típica for descrita de uma forma tanto quanto possível precisa e minuciosa”.

Em termos de Direito Penal Clássico ou de Justiça, prevê o artigo 22º, n.º 1, do nosso Código Penal vigente, sob a epígrafe “tentativa”, que “Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se”.

Por sua vez, o artigo 23º, n.º 1, do mesmo diploma, sob a epígrafe “Punibilidade da tentativa”, prevê que “Salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão”.

Em função do previsto no ordenamento nacional, o agente só será punido pela prática de um crime na forma tentada, quando “praticar actos de execução” desse mesmo crime “que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se”. Na tentativa o legislador pune o desvalor da acção do agente e não o desvalor do resultado, já que este não existe, sob pena de, a existir, não se estar perante uma tentativa, mas antes perante o crime na forma consumada.

O agente tem que querer praticar o facto típico na sua forma consumada, tem que querer, por exemplo, vender um determinado bem por preço que sabe ser superior ao permitido por lei e, por razões externas à sua vontade, não ter conseguido consumir os seus intentos. Se o agente deixa de praticar os “actos de execução” do ilícito que havia decidido praticar, não por razões externas à sua vontade, mas porque a dado momento se deixou de motivar para a sua prática, não será punido, pois verifica-se a desistência do agente para a prática do facto típico.

O dolo do agente é o mesmo que é exigido para o facto típico na forma consumada. O agente não pode querer apenas tentar praticar o facto típico. Tem que o querer na forma consumada, pois se o quiser apenas na forma tentada, efectivamente nenhum ilícito pratica.

Em função do que fica dito, a punibilidade da tentativa só se verifica nos crimes de resultado, pois só esses admitem o resultado típico a que se destina a conduta do agente, mas independente dessa conduta.

Não se poderá confundir a tentativa com o delito de “emprendimiento”, ou de *consumação antecipada* a que se refere MARTINEZ-BUJAN²³⁶, já que nos delitos de empreendimento, é um delito de mera actividade e, desse modo, prescinde de um qualquer resultado típico para que o delito se encontre consumado.

Outra questão que releva em sede de punibilidade da tentativa é o facto de esta só ser punida “se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão”.

²³⁶MARTINEZ, Carlos, PEREZ, Bujan, 2000, in *El delito de maquinaciones para alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia, in sistema penal de protección del mercado y de los consumidores, actas del II seminario internacional de derecho penal económico*. Jerez: Ed. Luis Ramon Ruiz Rodrigues, pág. 96.

Ou seja, regra geral, qualquer crime de resultado punido com pena superior a três anos é também punido na forma tentada, ainda que nada seja dito na lei. Deste regra geral decorre, desde logo, um outro corolário a contrarium sensu que é, se o crime for punido com pena inferior a três anos, só será punido se a lei expressamente o disser.

Inerente ao regime de punibilidade da tentativa está pode dizer-se, não a lesão do bem jurídico tutelado pela norma penal, mas antes a perigosidade da conduta para com esse bem jurídico²³⁷. Na esteira de FARIA COSTA²³⁸, a tentativa é “um excelente barómetro para se avaliar do grau de intensidade punitiva do direito penal. Em regra o legislador só considera que as condutas são merecedoras de punição quando elas revelam como dano violação. A antecipação da tutela penal para as situações de perigo-violação tem um sentido excepcional. Por isso, é fácil de compreender que a regra é a de que, abaixo de uma certa moldura penal abstracta, a tentativa só é punível se excepcionalmente a lei o determinar”.

Se este é, em termos gerais, o regime jurídico da punibilidade tentativa em sede de Direito Penal Clássico e, em particular, no ordenamento jurídico português, o que dizer desse regime em sede de Direito Penal Económico?

Em sede de Direito Penal Económico, como dá conta EDUARDO CORREIA²³⁹, há um “alargamento da punibilidade de certos novos crimes económicos” onde se inclui o alargamento “à mera tentativa”, ao lado da “criação de crimes abstractos”, facto esse (o alargamento da punibilidade à mera tentativa) que, diga-se, mereceu a desaprovação deste eminente jurista, na medida em que, como refere “alargar a punibilidade, sem mais, a mero delitos abstractos, em que, como disse, não só o dano, mas o mero perigo de lesão, não seriam elementos do crime, mas motivo da incriminação e, assim, tipicizar formas de comportamento de crimes de mera actividade, incompletas porque só iniciadas, envolveria uma perspectiva de terror”.

Esta tendência de alargamento foi acolhida, de resto, em sede de ordenamento jurídico vigente em Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, o qual não seguiu a regra geral prevista no artigo 23º do Código Penal.

²³⁷ Neste sentido BRITO, Teresa Quintela, 2000, *A tentativa nos crimes comissivos por omissão : Um problema de Delimitação da conduta típica*, Coimbra, pág. 308. Segundo esta autora, “tanto nos crimes comissivos por acção, como nos comissivos por omissão, a impressão de perigo, que determina o estágio da tentativa inacabada ou acabada, necessariamente se funda na maior ou menor probabilidade, aferida «ex ante», de uma reversão das condições de surgimento do resultado”.

²³⁸ COSTA, José de Faria, 2003, in *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, pág. 121.

²³⁹ CORREIA, Eduardo, 1998, in *Notas críticas à penalização de actividades económicas, Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 370, (texto este inicialmente publicado na Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 116 (1984 -1985, pág. 361 – 363 e ao 117, (1985 – 1986, pág. 33 – 36).

De acordo com o artigo 4º deste decreto-lei, sob a epígrafe “Tentativa”, “nos crimes previstos no presente diploma a tentativa é sempre punível”. Quer isto dizer que, a perigosidade que a conduta típica do agente reveste para o bem jurídico é sempre punida, mesmo não havendo efectiva lesão de tal bem.

Pede dizer-se com FARIA COSTA²⁴⁰ que, por detrás desta opção legislativa, e na senda do que é característica do Direito Penal Económico, está a vontade do legislador de alargar as margens de actuação deste ramo do direito no campo da criminalidade económica, através da antecipação da tutela penal para um estágio prévio ao da lesão efectiva do bem jurídico. No entanto, o modo escolhido pode não ser o mais adequado e, por isso, talvez merecesse uma reflexão. É que, como refere EDUARDO CORREIA²⁴¹, “uma simples revelação da vontade criminosa só pode ser punida quando abrange interesses altamente relevantes. Como pode, pois, pensar-se em punir em todos os casos, qualquer que seja a pena que lhe corresponda meros actos incompletos ou frustrados de execução.”

Quanto a nós, não sendo contra a antecipação, quando necessária, da tutela penal (nomeadamente no domínio do Direito Penal Económico) para estádios prévios ao da consumação da lesão do bem jurídico, pensamos que a opção legislativa plasmada no artigo 4º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, ao lado da, quanto a nós ainda mais grave, punição com multa e pena de prisão (duas penas principais) da prática dos crimes tipificados, vem no seguimento duma cedência do legislador à tentação de recorrer ao Direito Penal na ânsia de encontrar neste a solução para os problemas económicos com que se debatia. Ora esta não é, nem nunca foi, a função do Direito Penal e esta opção só serve para banalizar e descredibilizar não só este ramo do Direito, mas todo o sistema judicial. Aliás, talvez, em parte, o problema de falta de credibilidade do nosso sistema judicial que hoje existe passe, também, por aqui. É que, e a terminar, como bem referem N. MORRIS/G. HAWKINS²⁴², “Os políticos confiam exageradamente na lei criminal e gostam de invocar as

²⁴⁰ COSTA, José de Faria, 2003, in *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, pág. 121, segundo este professor da escola de Coimbra, “quando o art. 4º do Decreto-Lei n.º 28/84 consagra que «nos crimes previstos no presente diploma a tentativa é sempre punível», dúvidas não podem subsistir no que se refere à especial intencionalidade de alargamento das margens da punibilidade no domínio das infracções anti-económicas”.

²⁴¹ CORREIA, Eduardo, 1998, in *Notas críticas à penalização de actividades económicas, Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 370, (texto este inicialmente publicado na Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 116 (1984 -1985, pág. 361 – 363 e ao 117, (1985 – 1986, pág. 33 – 36).

²⁴²N. MORRIS/G. HAWKINS, *The Honest Politician’s Guide to Crime Control*, Chicago: University of Chicago, 196, pág. 2, apud DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1992 *Criminologia, O homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 414.

sanções criminais a propósito dos mais variados problema sociais, que mais não seja para declinar o seu fervor moral e as suas virtudes politicas”.

Ao Direito Penal o que é do Direito Penal!

Capítulo IV

O enquadramento jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços e sua dignidade jurídico-penal.

1 - O enquadramento jurídico-penal do bem jurídico.

Aqui chegados, é hora de dispensarmos particular atenção ao bem jurídico estabilidade dos preços, procedendo, em particular, ao seu enquadramento jurídico.

Como facilmente se constata, o bem jurídico, estabilidade dos preços, é, pela sua própria natureza, um bem jurídico que diz respeito directamente à economia, mais concretamente ao seu funcionamento, sendo denominado como *especulação*, ou (se quisermos, e entendemos que seja a melhor denominação) manipulação, ou adulteração de preços, toda a actividade que vise atentar contra este bem jurídico.

Sendo um bem jurídico próprio da economia e relacionado, em particular, com o funcionamento dos mercados²⁴³ (na medida em que é um bem jurídico que diz respeito a um factor – os preços – de cuja sua estabilidade depende, em muito, a estabilidade do mercado e da economia na sua globalidade), poder-se-ia, numa primeira análise, considerar que é um bem jurídico, trans-individual, no sentido que lhe é dado por FARIA COSTA²⁴⁴, na medida em que lhe faltaria o referente pessoal. Contudo, isto não será inteiramente verdade, já que, neste particular, o bem jurídico – estabilidade dos preços – colateralmente, corresponde a um interesse colectivo, ou difuso que a todos, de uma forma ou de outra, é caro, uma vez que a todos interessa a estabilidade dos preços, por dela depender, em muito, o planeamento dos orçamentos, não só das empresas, mas também das famílias, com todas as suas implicações, nomeadamente ao nível do consumo público e do peso que ele tem no crescimento económico. Não fosse esta relação do bem jurídico, ainda que a um segundo nível ou plano, com tal interesse colectivo ou difuso da comunidade e estamos certos que o mesmo seria, na

²⁴³ Como ensina ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro)*, *Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 402, este bem jurídico, tutelado com recurso ao Direito Penal Económico, caracteriza-se “materialmente pela sua relevância directa para o sistema económico cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação se pretende assegurar”.

²⁴⁴ COSTA, José de Faria, 2003, in *Direito Penal Económico : Textos Jurídicos*. Coimbra: Quarteto, pág.39 e 40.

verdadeira acepção do termo, um bem trans-individual com o sentido que lhes é dado por FARIA COSTA²⁴⁵.

Sendo um bem jurídico supra-individual, tal como os demais bens jurídicos dessa natureza, há-de caracterizar-se por ser *artificialmente construído*²⁴⁶, sendo a sua identificação feita, como refere COSTA ANDRADE²⁴⁷, “à custa de múltiplos elementos hermenêuticos, designadamente do apelo à própria descrição da conduta incriminadora”.

Por outro lado, sendo um bem jurídico próprio da economia, que tutela em primeira linha um interesse próprio deste sector, a sua tutela só colateralmente, ao contrário do que defende HENRIQUES GASPAR²⁴⁸, protege interesses patrimoniais, ou melhor dizendo, interesses económicos dos consumidores²⁴⁹. Estes sim com dignidade constitucional aos quais a lei fundamental impõe expressamente, no seu artigo 60º, a sua defesa ao inscrevê-los no seu catálogo de direitos fundamentais e relativamente aos quais se poderá aceitar que tenham dignidade jurídico-penal, sendo que, mesmo que a tenham não se pode só por isso admitir que devam ser tutelados com recurso ao Direito Penal se o critério da necessidade a isso não impuser.

Em sede do nosso ordenamento jurídico, designadamente ao nível da nossa lei fundamental (a Constituição), a estabilidade dos preços não foi contudo acolhida dentro do catálogo dos direitos e deveres fundamentais, nomeadamente ao nível dos de cariz económico, social ou cultural (direitos fundamentais estes com os quais está relacionado o Direito Penal Económico), só se fazendo alusão à especulação de preços, como actividade a combater (tal como às práticas restritivas da concorrência) no domínio das normas que

²⁴⁵ COSTA, José de Faria, 2003, in *Direito Penal Económico : Textos Jurídicos*. Coimbra: Quarteto, pág. 39 e 40.

²⁴⁶ Neste sentido ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro), Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 404. Ainda segundo este autor, “são bens jurídicos que não contam com um referente ontológico claramente definido como acontece v.g. com a vida ou a integridade física, nem contam sequer com um referente culturalmente em termos de identidade, consistência e consenso generalizado, como sucede seguramente com a propriedade, a honra, a liberdade, etc.”.

²⁴⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro), Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 404.

²⁴⁸ GASPAR, Henriques, 1995, in *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 448, pág. 44.

²⁴⁹ Em sede de direito comparado veja-se a este propósito MARTINEZ, Carlos, PEREZ, Bujan, 2000, in *El delito de maquinaciones para alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia, in sistema penal de protección del mercado y de los consumidores, actas del II seminario internacional de derecho penal económico*. Jerez: Ed. Luís Ramon Ruiz Rodrigues, pág. 95, para quem, relativamente ao tratamento que é dado a esta matéria em sede de direito espanhol, refere: “en el presente delito no se orienta directamente a proteger los intereses de alguna de las partes intervinientes en el mercado, sean los de los consumidores sean los de los competidores, sino la propia libertad de mercado, con independencia de que ello favorezca o perjudique las expectativas patrimoniales del consumidor”.

estabelecem os objectivos da política comercial (art. 99, aln. c) da C.R.P.). Se isto é suficiente para que se possa considerar que o bem jurídico estabilidade dos preços é um interesse fundamental e que, nessa medida, é digno de tutela penal e que para a sua tutela o recurso a tal ramo do direito é necessário, é algo que adiante se verá.

De *jure condito*, em sede do nosso ordenamento, este bem jurídico tem tradição, tendo merecido ao longo dos tempos tutela jurídico-penal e sendo, actualmente, tutelado no artigo 35º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Normativo legal este que está inserido no Capítulo II, Secção II, Subsecção II, sob a epígrafe “Crimes contra a economia”. Ou seja, faz parte daquelas infracções que, segundo EB. SCHEMIDT²⁵⁰, “lesam o interesse estadual na existência e manutenção da ordenação económica estabelecida pelo Estado”. Assim sendo, entendemos que cabe aqui e agora fazer uma análise da tutela que pelo nosso ordenamento jurídico vigente é dispensada ao bem jurídico – estabilidade dos preços.

A finalizar diremos, ainda, que a tutela deste bem jurídico não é recente, remontando já ao tempo do direito romano, mais concretamente à *Lex Julia de annona*, publicada no tempo de César e tendo vigorado até Justiniano, onde já aí se punia a alteração dos preços²⁵¹. Contudo, não será, nem pode, pela tradição histórica, que um bem jurídico justifique a sua tutela com recurso a um dado ramo do direito, especialmente o Direito Penal. Se o elemento histórico é importante não é, de todo, o mais importante. Neste particular o critério da necessidade é de longe, quanto a nós, o mais importante critério a ter em conta com vista a decidir, ou não, pela tutela penal.

1.1 - Especulação ilícita de preços em sede do ordenamento jurídico vigente português (artigo 35º, do decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro)

1.1.1 - Os bens jurídicos protegidos

“De jure condito” o legislador português, no artigo 35º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, previu que:

²⁵⁰ EB. SCHEMIDT, apud, ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro)*, *Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág.400.

²⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *Problemática geral das infracções contra a economia nacional : Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 324,

“1 - Será punido com prisão de 6 meses a 3 anos e multa não inferior a 100 dias quem:

a) Vender bens ou prestar serviços por preços superiores aos permitidos pelos regimes legais a que os mesmos estejam submetidos;

b) 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 ou, independentemente daquela intenção, os que resultariam da regulamentação legal em vigor;

c) Vender ou prestar serviços por preço superior ao que conste de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas elaborados pela própria entidade vendedora ou prestadora do serviço;

d) 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 nestas mencionadas.

2 – Com a pena prevista no número anterior será punida a intervenção remunerada de um novo intermediário no círculo legal ou normal da distribuição, salvo quando da intervenção não resultar qualquer aumento de preço na respectiva fase do circuito, bem como a exigência de quaisquer compensações, que não sejam consideradas antecipação do pagamento e que condicionem ou favoreçam a cedência, uso ou disponibilidade de bens ou serviços essenciais.

3 – Havendo negligência, a pena será a de prisão até 1 ano e multa não inferior a 40 dias.

4 – O tribunal poderá ordenar a perda de bens ou, não sendo possível, a perda de bens iguais aos do objecto do crime, que sejam encontrados em poder do infractor.

5 – A sentença será publicada”²⁵².

Como ficou dito atrás, em sede de análise ao conceito de especulação, o legislador não definiu em concreto o que é especulação de preços,²⁵³ optando antes por punir determinados comportamentos que, em epígrafe, os apelida de especulativos. Sabe-se, assim, quais os comportamentos que o legislador considera como especulativos, mas não se sabe, o que é especulação. Deste modo, se é certo que o bem jurídico que o legislador pretendeu

²⁵² Itálico nosso.

²⁵³ ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 409. Segundo este Autor, “por definição, a especulação implica, assim, a violação de um preço subtraído á livre disponibilidade dos operadores económicos.”

tutelar com a criminalização da especulação de preços é (à semelhança do que acontecia no Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957) a estabilidade dos preços,²⁵⁴ também é certo que não se sabe se o legislador considera como cabendo dentro da especulação apenas estes comportamentos criminalizados ou se, embora entendendo que outros comportamentos haja atentatórios da estabilidade dos preços, não os quis punir e, por isso, não os criminalizou.

Por outro lado, nem todos os comportamentos punidos neste artigo 35º são condutas violadoras do bem jurídico estabilidade dos preços. Desde logo, na aln. d), n.º 1, deste mesmo artigo, (à semelhança do que já acontecia no Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957, no artigo 26º, embora aí equiparado à tentativa de especulação) o comportamento que aí é punido não é mais que um caso de fraude sobre mercadorias²⁵⁵ e, desse modo, a conduta que aí se encontra punida já se encontra sancionada no artigo 23º, deste mesmo diploma legal, mais concretamente sob a epígrafe “Fraude de Mercadorias”.

Tem, por isso, total razão SILVA DIAS e COSTA ANDRADE quando defendem que a aln. d), do n.º 1, do artigo 35º está duplamente criminalizada e que, por isso, esta alínea “de jure condendo” deverá ser revogada pelo legislador.²⁵⁶

²⁵⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 402. “Resulta líquido que o crime de especulação tutela um específico bem jurídico: a estabilidade dos preços. Para que ele ocorra, há-de dar-se a violação de um preço subtraído á disponibilidade dos operadores económicos”. Neste sentido, também, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, publicado na Colectânea de Jurisprudência, 1986, Tomo I, 119. Segundo tal acórdão, “O crime de especulação previsto no Decreto-Lei n.º 28/84 é, como tipo legal, o mesmo que era previsto no Decreto-Lei n.º 41 204, quanto à referência à prática de preços superiores a um certo preço padrão, pois a única alteração existente entre essas duas legislações, nesse aspecto, respeita apenas à forma de determinação de tal «preço-padrão»”.

²⁵⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 409, “É certo que nem todas as condutas incriminadas e punidas como especulação nos vários números e alíneas do artigo 35 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 alínea d) do n.º 1 (...). Práticas que mais não são, aliás, do que casos especiais de Fraude sobre mercadorias e que como tais já seriam punidas.” Já segundo GASPARGAS, HENRIQUES, 1995, in *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 448, pág. 44, “vender bens ou prestar serviços por preço superior ao que consta de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas elaboradas pela própria entidade vendedora ou prestadora do serviço, ou 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 ás mencionadas, ultrapassa os critérios ou exigências imperativas quanto à formação dos preços para prevenir especialmente o engano em que pode incorrer ou é provocado ao adquirente”.

²⁵⁶ DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 94, Anotação 185, “Concordo com Costa Andrade que «de jure condendo» o tipo da al. d) do n.º 1 do art. 35º devia ser incluído no art. 23º ou simplesmente suprimido, por se considerar que a conduta já se encontra prevista na aln. b) do art. 23º (...), mas o facto de a fraude através do peso ser tida como um «caso especial» (...) da fraude sobre mercadorias, punível com pena mais grave, desloca «de jure

Estamos certos que a opção por parte do legislador da criminalização desta conduta como especulação de preços não foi feliz e que na sua origem estará, por certo, a tendência do Estado para intervir no funcionamento da economia e “na racionalização dos circuitos de distribuição”, conforme se alcança do texto preambular deste Decreto-Lei.

Se nas aln.s a), b), c), do n.º 1 e no n.º 2, deste artigo 35º, do Decreto-Lei n.º 28/84, o legislador, à semelhança do que vinha fazendo nos diplomas legais anteriores, quis salvaguardar o bem jurídico supra individual de estabilidade nos preços, conferindo-lhe tutela penal, já na aln. d), do n.º 1, deste mesmo artigo, quis salvaguardar um outro bem jurídico supra individual, que não a estabilidade dos preços; desta feita, o “direito a uma informação veraz sobre a natureza e características das mercadorias postas no mercado” e os “interesses económicos dos adquirentes”²⁵⁷ dessas mesmas mercadorias na veracidade dessas informações.

Sobre a dignidade jurídico-penal destes bens jurídicos pronunciar-nos-emos mais adiante. Pode dizer-se e admitir-se que, embora estes interesses protegidos pelo legislador sejam interesses directamente ligados à economia e, por isso, supra individuais, estes bens jurídicos terão sempre, nas palavras de SILVA DIAS²⁵⁸, um referente pessoal, pelo que, nessa medida, se pode aceitar a tese de que, também, se poderá considerar tutelado pelas normas legais do artigo 35º, do Decreto-Lei n.º 28/84, ainda que de forma indirecta ou colateral, o interesse dos consumidores na “estabilidade dos preços” e numa informação verdadeira sobre a natureza e características dos bens existentes nos mercados.

Contudo, apesar disso e “*de jure condito*”, não é aos consumidores que pertencem efectivamente os bens jurídicos tutelados no artigo 35º do Decreto-Lei n.º 28/84. Aliás, este normativo legal está, como já se referiu, sistematicamente inserido no capítulo II, secção II, subsecção II, sob a epígrafe de “crimes contra a economia” o que, desde logo, de *per si*, permite constatar a *mens legis* subjacente à criação deste normativo legal.

Ao nível dos interesses protegidos deve, pois, dizer-se que o legislador incriminou condutas lesivas de interesses próprios do sector económico e do regular funcionamento da

condito» a questão da punibilidade para o âmbito do art. 35º.”; e ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 409, “Práticas que mais não são, aliás, do que casos especiais de Fraude sobre mercadorias e que como tais já seriam punidas.”.

²⁵⁷ DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 91.

²⁵⁸ DIAS, Augusto Silva, 2001, 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.

economia e só colateralmente (só porque essas condutas podem lesar, também, interesses dos consumidores) é que o legislador protegeu interesses dos consumidores. Este entendimento ficou bem patente na decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no seu acórdão de 9 de Março de 1988,²⁵⁹ quando refere que “não é admissível a fixação de indemnização a favor dos prejudicados no crime de especulação, por estes não terem a natureza de ofendidos pela comissão desse crime.”²⁶⁰

Como refere EB. SCHMIDT²⁶¹, os crimes contra a economia são «as infracções que lesam o interesse estadual na existência e manutenção da ordenação económica estabelecida pelo Estado, atingindo esta ordenação no seu conjunto ou nos seus ramos particulares, como pressuposto necessário da capacidade do Estado para realizar as suas superiores tarefas económicas». Já para TIEDEMANN²⁶² “o Direito Penal Económico é o ramo de direito a que compete tutelar primordialmente o bem constituído pela ordem económica Estatal no seu conjunto e, em consequência, o curso normal da economia e sua organicidade, numa palavra, a economia nacional”.

1.1.2 - Análise das condutas típicas

1.1.2.1 - Tipicidade objectiva

Ao nível da tipicidade objectiva são várias as condutas que o legislador criminalizou na previsão normativa do artigo 35º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Assim,

²⁵⁹ In Colectânea de Jurisprudência, 1988, Tomo II, 153.

²⁶⁰ No que diz respeito à posição vertida neste Acórdão do Tribunal da Relação pode a mesma, à partida, parecer um pouco forçada. No entanto, se considerarmos que numa situação de manipulação de preços está em causa, por um lado, um bem jurídico de natureza supra-individual, não pertencendo, por isso, em primeira linha, a cada indivíduo, mas a todos os indivíduos, à comunidade e, por outro, o preço pago, apesar de não ser aquele que deveria ser praticado, foi efectivamente aceite pelas partes, não pode, por falta de legitimidade processual activa, a pessoa que naquele caso em concreto foi vítima, ou prejudicada pela actuação especulativa, obter a seu favor a fixação pelo tribunal de uma qualquer indemnização, com vista a ressarcir-lo ou compensá-lo dos prejuízos que sofreu.

²⁶¹ EB. SCHMIDT, 1950, *Dss neue westdeutsche wirtschaftsstrafrecht*, Tubingen: J.C. Mohr, pág.20 e segs, *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 400, e, 1985, in *Direito Penal Económico*, Centro de Estudos Judiciários, Ciclo de Estudos, pág. 89.

²⁶² K. TIEDEMANN, 1969, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, tubigen: J.C.B. Mohr. *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 400, e, 1985, in *Direito Penal Económico*, Centro de Estudos Judiciários, Ciclo de Estudos, pág. 89.

desde logo, pratica especulação ilícita de preços todo aquele que “*vender bens ou prestar serviços por preços superiores aos permitidos pelos regimes legais a que os mesmos estejam submetidos* [n.º 1, aln. a), artigo 35º].

Exige o legislador, nesta situação, que o preço do bem ou serviço seja determinado administrativamente e que quem vende tais bens ou presta esses serviços sujeitos a tais preços, os venda ou preste por preço superior ao permitido. Estão, como já ficou dito, compreendidos dentro destes preços fixados administrativamente – preços legais – os regimes de preços máximos, preços declarados, preços contratados, preços fixados por margens de comercialização e, ainda, os regimes de preços controlados (revogados estes últimos pelo artigo 11º, do Decreto-Lei n.º 75-Q/77, de 28 de Fevereiro), pelo que em todos eles a entidade administrativa que tutela o sector económico onde os mesmos são praticados tem que entrevir para que tais preços sejam fixados ou alterados.

De fora deste normativo legal ficam, pois, os preços livres, aqueles que para a sua fixação não intervém nenhuma entidade administrativa e que, por isso, a sua fixação há-de resultar da lei da oferta e da procura.

Pratica, assim, de acordo com o artigo 35º, n.º 1, aln. a), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, especulação ilícita de preços aquele que vende por preço superior ao permitido legalmente. Contudo, pode perguntar-se: E se o operador económico propuser ao consumidor, ou cliente, a venda de produtos, ou a prestação de serviços por preço superior ao permitido *pelos regimes legais a que os mesmos estejam submetidos*, mas nada tiver vendido, nem algum serviço tiver prestado por esse preço? No fundo o que se cuida de saber é se é necessário haver, efectivamente, venda, negócio, para cometer o ilícito ou, pelo contrário, se basta, apenas, a colocação do produto ou serviço a preço superior ao permitido legalmente à disposição de quem o quiser adquirir.

Se o agente por alguma razão procura vender bens ou prestar serviços por preço superior ao permitido administrativamente, mas não foi capaz de concretizar o acto por facto alheio à sua vontade, estaremos perante uma tentativa de especulação e não perante a prática do ilícito na forma consumada. Tentativa esta que segue o regime legal estabelecido para ela, não no Código Penal, mas no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Estamos, pois, na aln. a), do n.º 1, do artigo 35º, perante um crime de resultado.

Poder-se-ia ser levado a pensar que o legislador quis contornar esta situação nas alíneas seguintes e evitar que esta tentativa se verifique. Se não vejamos: na alínea b), n.º 1, do mesmo normativo legal, prevê-se que pratica especulação ilícita de preços quem “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 ou independentemente daquela intenção, os que resultariam da regulamentação legal em vigor”.

Diga-se de passagem que já o Decreto n.º 29 964 atrás analisado previa a alteração de preço feita “*sob qualquer pretexto*” ou “*por qualquer meio*”, (embora, se diga que, o legislador do Decreto 29 964 exigisse, ao contrário do legislado de 1984 que esse qualquer meio fosse “*apropriado*”), não sendo, por isso, a formulação do normativo legal da aln. b), do n.º 1, do artigo 35º, ao nível do *modus operandi* do agente infractor, original.

Regressando à aln. b), do n.º 1, do artigo 35º, desde logo, este normativo legal deve ser dividido em duas partes. Na primeira parte, o legislador não exige um qualquer resultado da conduta típica do agente para que ele cometa o ilícito de especulação de preços. Para que haja especulação ilícita de preços, o legislador basta-se com o facto de o agente, através da sua conduta, alterar os preços, seja a que título for e por que meio for, desde que essa alteração seja com intenção de obter lucro ilegítimo e esses preços que o agente altera sejam os “que do regular exercício da actividade resultariam para os bens ou serviços”.

O legislador, aqui, não se refere a preços fixados legalmente. Refere-se antes a preços que sofreram uma alteração relativamente àquilo que é normal praticar-se na actividade económica em que se inserem. Ou seja, refere-se aos preços que resultam do regular exercício e funcionamento da actividade onde são praticados.

Mas não basta essa alteração para que se possa considerar preenchida a previsão normativa. Um outro elemento típico, este de cariz volitivo, se tem que verificar para que a tipicidade legal se encontre preenchida. É necessário que o agente quando altera os preços tenha intenção de, com isso, obter um lucro ilegítimo.

Se não houver essa intenção por parte do agente infractor o mesmo não pratica qualquer crime à luz da aln. b), mesmo tendo alterado os preços.

Já na segunda parte do normativo legal o legislador, desde que a alteração dos preços ou serviços tenha por alvo preços legalmente fixados, prescinde dessa intenção de obter lucro ilegítimo, criando assim regimes jurídicos divergentes para a violação de um mesmo bem jurídico. Se a função do direito penal é a da tutela de bens jurídicos com dignidade jurídico-penal²⁶³, não encontramos razões válidas para tal distinção.

Desde logo cabe fazer aqui um parêntesis e levantar uma questão. Pondo de parte o que anteriormente já dissemos a este propósito, o que considerará neste particular o legislador como sendo um lucro ilegítimo?

²⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 51

Em lugar nenhum o legislador definiu este conceito, pelo que terá o mesmo que ser preenchido com recurso às regras da hermenêutica jurídica, sendo que o elemento histórico pode-nos ajudar nesta tarefa.

Com certeza que nos recordamos do que previa o, n.º 1 do artigo 24º, do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho.

Segundo esse normativo já revogado:

“1 - Constitui crime de especulação:

A venda de produtos ou mercadorias por preço superior ao legalmente fixado ou, na falta de tabelamento, com margem de lucro líquido superior a 10 por cento nas vendas por grosso e de 15 por cento nas vendas a retalho.”²⁶⁴

De acordo com este preceito a prática de preços com margem de lucro líquido superior a 10 ou 15 por cento, conforme se tratasse de vendas por grosso ou a retalho, constituía crime de especulação.

É certo que neste preceito, já revogado, o legislador referia-se a condutas que se traduziam em “venda” e não em alteração de preços. No entanto, para o caso vertente, tal é indiferente, já que o que aqui se pretende é preencher o conceito de lucro ilegítimo.

Assim sendo, como poderíamos apelidar o lucro que o agente infractor obtinha no domínio do artigo 24º, do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957, quando o mesmo fosse superior aos ditos a 10 ou 15 por cento, conforme se tratasse de vendas por grosso ou a retalho? Com certeza não seria um lucro legítimo aos olhos da lei.

Ora, se assim é, pensamos que um raciocínio desta natureza valerá em sede de lei actual.

Deste modo, poder-se-á, considerar, porque não, lucro ilegítimo para efeitos do n.º 1, aln. b), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, todo aquele que exceda 10 a 15 por cento dos preços que do regular exercício da actividade económica resultariam para os bens ou serviços.²⁶⁵ Repetimos, não queremos com isto dizer que esta é a margem de lucro permitida pela lei, queremos é mostrar que este é um raciocínio possível para determinar um lucro que se quer equitativo.

Todos sabemos que em muitos sectores económicos, por exemplo, o pronto-a-vestir, ou a restauração se praticam, de forma generalizada, margens de lucro astronómicas, da

²⁶⁴ Itálico nosso.

²⁶⁵ No caso de haver tal lucro ilícito podia o tribunal, à luz do artigo 9º, n.º 1 e 2, deste decreto-lei, sob a epígrafe de “Perda de bens”, decretar a perda dos bens se apurasse que o agente adquiriu os bens empregando na sua aquisição dinheiro ou valores obtidos com a prática do crime, abrangendo-se nessa perda de bens a perda do lucro obtido pelo infractor.

ordem dos 50 e até 100 por cento, já para não referirmos valores superiores. Ora, em face de uma situação destas o que dizer? Pensamos que a resposta não será difícil. Um lucro destes é exagerado.

O legislador pune, na aln. b), a conduta do agente que altere os preços, independentemente de se ter chegado ou não a efectuar qualquer transacção.

Como ficou dito, poder-se-ia ser levado a pensar que o legislador quis criminalizar, na aln. b), aquilo que poderia escapar ao tipo legal da aln. a). Contudo assim não é.

Se não vejamos: na aln. b), pune-se o desvalor da acção do agente, independentemente do bem cujo preço foi alterado vir ou não a ser transaccionado por esse preço alterado. Desde que, com a sua conduta, o agente tenha conseguido alterar os preços, pratica o crime na forma consumada. O crime aqui previsto é um crime de mera actividade.

O tipo legal de crime subsume-se na acção desvaliosa do agente posta em prática – alterar os preços – a qual em si já é o resultado típico. Já na aln. a), ao contrário do previsto na aln. b), exige-se a verificação de um outro resultado típico – a venda ou prestação de serviço – o qual é independente da actuação do agente, nomeadamente da actuação de alterar os preços.

Em face disto, dir-se-á que o legislador, na aln. b), não quis punir como crime consumado aquilo que poderia cair na tentativa na aln. a). A conduta prevista na aln a) é a venda de bens por preço superior ao permitido por lei, ao passo que a prevista na aln b) é a alteração dos preços, sem que esteja em causa qualquer situação de venda ou de intenção de venda de bens.

O ilícito previsto na aln. b) é um ilícito de mera actividade e não de resultado, pelo que o tipo previsto na aln b) não é o mesmo que está previsto na aln. a). Na aln. b) a conduta típica é composta tão-somente pelo desvalor da acção do agente, ao passo que na aln. a) pune-se o desvalor da acção do agente e, também, o desvalor do resultado tido em vista com essa conduta. Resultado esse que, também ele, está tipificado.²⁶⁶

Na alínea c) do n.º 1 do mesmo artigo punem-se situações em que o agente económico vende bens ou presta serviços por preço superior ao que ele anuncia em “etiquetas”, “rótulos”, “letreiros” ou “listas”, elaboradas por si, a informar o preço dos bens. Nesta previsão normativa cabem os preços, quer sejam, ou não, fixados legalmente. Além disso, estamos, também, perante um crime de resultado, em que, para o agente praticar o

²⁶⁶ Neste sentido, o acórdão da relação do Porto, publicado na Colectânea de Jurisprudência, 1985, Tomo II, 243. Segundo tal acórdão, “A aln. b) o n.º 1 do artigo 35º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, não pretende considerar crime consumado de especulação aquilo que materialmente seria simples tentativa.

ilícito, terá que, efectivamente, vender o bem ou prestar o serviço por preço superior ao que anunciou “ao público”. Ou seja, estamos perante um ilícito de resultado.²⁶⁷

Por sua vez, na aln. d), do n.º1, do artigo 35º, temos o que se pode dizer de uma situação estranha de crime de especulação. Se não vejamos: o Decreto-Lei n.º 28/84 consagra no artigo 23º o crime de fraude de mercadorias. Ora, a aln. d), do n.º 1, do artigo 35º não é mais que um caso especial de fraude de mercadorias²⁶⁸.

Em face disto, este normativo deveria ser revogado por as condutas que ele pune já se acharem abrangidas pelo artigo 23º do mesmo decreto-lei.

É certo que o artigo 23º, n.º 1, aln. b), última parte, diz que são punidas como crime de fraude de mercadorias as condutas ali estabelecidas, “salvo se o facto estiver previsto em tipo legal de crime que comine pena mais grave”. É o caso da pena que o artigo 35º comina para a conduta tipificada na aln. d), n.º 1. No entanto, apesar de tudo isso, não deve o legislador tipificar uma conduta, ora como crime de fraude de mercadorias, ora como crime de especulação, usando como critério para tal opção a moldura de pena aplicável, já que o critério para estabelecer se estamos face a um tipo de crime ou face a outro tipo de crime, terá que ser aferido pelo bem jurídico a proteger e não pela moldura penal.

Uma outra conduta típica criminalizada como crime de especulação é a “intervenção remunerada de um novo intermediário no circuito legal ou normal de distribuição, salvo quando da intervenção não resulta qualquer aumento de preço na respectiva fase do circuito” (artigo 35º, n.º 2, primeira parte).

Com esta criminalização o legislador pretendeu evitar a alteração dos preços praticados num circuito económico, salvaguardando, desse modo, a estabilidade dos preços

²⁶⁷ In Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13-Maio-1998, publicado na Colectânea de Jurisprudência., 1998, Tomo III, 230, prevê-se: “Não se verifica num talho a prática do crime de especulação, quando os produtos são de preços para o público do regime de «de venda livre», e o arguido tenha apostado etiquetas junto às peças de carne, de bovino e suíno, expostas no balcão expositor, com preços diferentes, ainda que superiores, dos registados na lista afixada com os preços de todos os produtos a vender no estabelecimento.” Já segundo o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11-Out-1989, publicado, também, na Colectânea de Jurisprudência, 1989, Tomo IV, 237, “A afixação de etiquetas com preço superior ao legal constitui crime consumado de especulação”. Ainda de acordo com o mesmo acórdão “Comete um só crime consumado o réu que, tendo afixado sobre a mercadoria letreiro com preço superior ao legal, já vendeu parte dessa mercadoria e tem exposta para venda ao público a parte restante.

²⁶⁸ Neste sentido ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 409. Segundo este autor “É certo que nem todas as condutas incriminadas e punidas como especulação nos vários números e alíneas do artigo 35 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 alínea 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 ás nestes mencionadas». Práticas que mais não são, aliás, do que casos especiais de Fraude de mercadorias e que como tais já seriam punidas.”

através da proibição da intervenção de novos intermediários remunerados no circuito de distribuição, se dessa intervenção resulta alteração de preços.

Para que o intermediário pratique o ilícito típico terá que ter uma intervenção remunerada no circuito económico de distribuição e, cumulativamente, dessa intervenção, resultar, como causa directa e necessária, uma alteração dos preços que aí se praticam.

Neste normativo – artigo 35º, n.º 2, 1ª parte – estamos face a um crime de resultado, exigindo-se, para haver crime, que a conduta do agente tenha como resultado a alteração dos preços.

Já na sua 2ª parte – prevê-se que é punido pela prática de crime de especulação a situação em que o agente exige alguma compensação que não seja considerada antecipação do pagamento e que condiciona ou favoreça a cedência, uso ou disponibilidade de bens ou serviços essenciais, pretendendo-se com esta previsão normativa salvaguardar a estabilidade dos preços dos bens e serviços, proibindo-se que os agentes económicos exijam, além do preço dos bens ou serviços, compensações que acabariam por gerar um agravamento do preço final do bem ou do serviço.

Por outro lado, o legislador exige, para haver crime, que além de a compensação exigida não ser considerada como antecipação do pagamento, ao pagamento da mesma fique condicionada ou favorecida a cedência, uso ou disponibilidade de bens ou serviços essenciais. Ficam assim restringidos os bens ou serviços sobre que podem incidir as condutas típicas para que possa haver a prática de um crime. Terão que estar em causa bens ou serviços essenciais e não qualquer outros bens ou serviços.

O legislador ao criminalizar a conduta tipificada neste preceito (2ª parte, do n.º 2 do artigo 35º) quis, não só, antecipar a tutela do bem jurídico, através da criação de um delito de perigo abstracto, mas também sancionar condutas que não só poderiam criar uma lesão para o bem jurídico, estabilidade dos preços, como também poderiam, através do descontrolo que poderiam criar no mercado, dar origem a comportamentos de corrupção.

1.1.2.2 - Tipicidade subjectiva

Não basta que o agente do crime tenha praticado as condutas que o legislador quis criminalizar e as tenha praticado da forma que no tipo legal de crime estão previstas. É necessário mais alguma coisa para que ao agente possa ser imputada a prática de um crime. É necessário que o agente tenha praticado os factos com conhecimento de que a sua conduta

é proibida e, mesmo assim, tenha intenção de a praticar – actue com dolo ²⁶⁹ – ou, pelo menos, tenha praticado a conduta típica com inobservância do dever de cuidado a que por lei está obrigado – com negligência ²⁷⁰.

Há, porém, situações em que a lei estabelece uma intenção ou dolo específico para que o agente pratique a conduta típica. Significa isto que não basta o agente ter conhecimento de que a conduta era proibida por lei e, mesmo assim, a querer praticar. É necessário que o agente ao praticar a conduta tenha uma especial intenção. É necessário que o agente ao praticar a sua conduta tipificada aja com uma especial intenção, com a intenção de obter não só o resultado típico, mas, também, com intenção de obter esse resultado de uma da forma ou em determinadas circunstâncias. Por outras palavras, é necessário um dolo específico por parte do agente infractor.

É do elemento volitivo que se vai tratar em seguida.

O crime de especulação conforme está tipificado – artigo 35º, Decreto-Lei n.º 28/84 – pode ser praticado de forma dolosa ou negligente.

De acordo com o n.º 3 do mesmo artigo “havendo negligência, a pena será a de prisão até um ano e multa não inferior a 40 dias”.

Vamos analisar as condutas típicas do ponto de vista da sua prática de forma dolosa.

No n.º 1, aln. a), o legislador, para que o agente infractor pratique crime de especulação, não exige que o mesmo tenha qualquer especial intenção com a prática dos factos. O legislador exige apenas que o agente, quando pratica os factos, o faça com a consciência de que está a praticar uma conduta ilícita, um crime, e mesmo assim tenha querido levar por diante a sua conduta. Ou seja, o agente tem que saber que os factos que está a praticar são proibidos por lei penal e, mesmo assim, querer praticá-los. Não necessita de qualquer outra especial intenção.

O mesmo sucede com as condutas tipificadas nas alíneas b), 2ª parte, e nas aln. c), d) e n.º 2 do mesmo artigo 35º, em que o legislador apenas exige, por parte do agente, um dolo “*generalis*”.

²⁶⁹ Diz o Código Penal no art. 14º: “1 - Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar.

2 - Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta.

3 - Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.”

²⁷⁰ Diz o Código Penal no art. 15º: “Age com negligência quem, por não proceder com cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz:

a) Representar como possível a realização de um facto que preencha um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou

b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.”

Por sua vez, na aln. b), 1ª parte, o legislador, para que o agente infractor pratique o crime aí tipificado, além de exigir que este aja com intenção de levar à prática a sua conduta, exige também, que o legislador a pratique com intenção de obter lucro ilegítimo. Significa isto que tem que existir uma intenção especial, um dolo específico por parte do agente que é a intenção de “obter lucro ilegítimo”.

Se o agente pratica os factos sem essa intenção não pratica o crime sob a forma dolosa, pelo que, como o legislador previu o crime de especulação sob a forma negligente poderá o agente ser punido pela prática do crime na forma negligente.

Estamos, tal como sucede em outros ilícitos penais, perante um delito de intenção²⁷¹.

De acordo com o n.º 3, do artigo 35º, “havendo negligência, a pena será a de prisão até 1 ano e multa não inferior a 40 dias”.

Na esteira do Acórdão da Relação de Coimbra,²⁷² “Comete o crime de especulação consumado negligente, quem tem exposto para venda ao público qualquer artigo marcado por preço superior ao legal, sem intenção dolosa, ainda que se prove nada ter sido vendido”.

Ao contrário do previsto no artigo 4º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de 1957, no Decreto-Lei n.º 28/84, de 24 de Janeiro, a intenção de obter lucro é um elemento do tipo e não circunstância agravante. Contudo, a efectiva obtenção do lucro já não é elemento do tipo legal do crime.

1.2 - Da dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços e o seu paralelismo com o bem jurídico (leal) concorrência.

É incontornável e pacífico que nem todos os bens jurídicos têm dignidade jurídico-penal a ponto de merecerem ser tutelados com recurso a este ramo do direito. Se é verdade que, como refere FIGUEIREDO DIAS, todos os bens jurídicos merecem a tutela do Direito²⁷³, por serem, *interesses* cuja sua manutenção e integridade é desejada pelos indivíduos ou pela comunidade²⁷⁴, nem todos são merecedores da tutela jurídico-penal.

²⁷¹ Veja-se a este propósito o que ensina A.M.ALMEIDA COSTA, 1999, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Coimbra, pag. 309.

²⁷² In Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18-Maio-1988, publicado na Colectânea de Jurisprudência, 1988, Tomo III, 109.

²⁷³ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. 2001. *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os fundamentos da doutrina penal, Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 147. Segundo este professor da Escola de Coimbra, ob. Cit., «*todo o ilícito ofende um “bem” juridicamente protegido*».

²⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2001. *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os fundamentos da doutrina penal, Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 43. Segundo este autor o

Um bem jurídico político-criminalmente relevante só existe, como ensina FIGUEIREDO DIAS²⁷⁵, “ali – e só ali – onde se encontre reflectido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido”, que há-de preexistir ao ordenamento jurídico-penal. Como ensina, ainda, este professor da Escola de Coimbra, do conceito material de crime “têm que ser expurgados todos os comportamentos que não acarretem lesão (ou perigo de lesão) para bens jurídicos claramente definidos ou que possam razoavelmente ser cometidos ou controlados por meios não penais”²⁷⁶. Ou seja, uma conduta capaz de ter, em termos materiais, relevância criminal há-de ser “axiológico-socialmente relevante”²⁷⁷ e não “neutra” como acontece no domínio do direito contra-ordenacional. Se o ilícito nenhum dano relevante causa ao indivíduo ou à comunidade, não é axiologicamente digno de tutela penal.

Mas se um bem jurídico-penal há-de ser um bem jurídico claramente definido e que encontre reflexo na ordem dos valores jurídico-constitucionalmente reconhecidos, ou, como refere, ainda, FIGUEIREDO DIAS, há-de ter uma “uma referência, expressa ou implícita, na ordem constitucional dos direitos e deveres fundamentais”²⁷⁸, pode acontecer que exista tal correspondência, ou reflexo ao nível axiológico e, mesmo assim, não deva o bem jurídico ser tutelado com recurso ao direito penal. É que não existe uma imposição criminal activa, ou como refere FIGUEIREDO DIAS²⁷⁹, “imposições jurídico-constitucionalmente implícitas de criminalização”.

Como se disse atrás e, de resto, é comumente aceite na doutrina, o direito penal só deve intervir como *ultima ratio*, ou seja, quando nenhum outro ramo do direito for capaz de acautelar ou proteger um dado bem jurídico com dignidade jurídico-penal. Quer isto dizer que o direito penal só deve intervir a título subsidiário ou, se quisermos, quando a sua intervenção se revelar necessária, devendo, ainda, essa intervenção pautar-se por critérios de proporcionalidade. É que a lei penal como lei restritiva dos direitos fundamentais, apenas

bem jurídico há-de ser “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.

²⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2001. *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os fundamentos da doutrina penal, Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 47.

²⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2004. *Direito Penal : Parte geral, Tomo I : Questões fundamentais : A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 124.

²⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2001. *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os fundamentos da doutrina penal, Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 147.

²⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2001. *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os fundamentos da doutrina penal, Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 59.

²⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. 2001. *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os fundamentos da doutrina penal, Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 59.

pode e deve tutelar os bens jurídicos com dignidade penal e de acordo com critérios de necessidade e de proporcionalidade sob pena de ser materialmente inconstitucional.

Como ensina FIGUEIREDO DIAS²⁸⁰ “o Estado só deve tomar de cada pessoa o mínimo dos seus direitos e liberdades que se revele indispensável ao funcionamento sem entraves da comunidade. A ela conduz, por outro lado, a regra do Estado de Direito Democrático, segundo a qual o Estado só deve intervir nos direitos e liberdades fundamentais na medida em que isso se torne imprescindível ao asseguramento dos direitos e liberdades fundamentais dos outros.

Há assim uma limitação constitucional negativa ou, na esteira de HASSEMER²⁸¹, uma “*legitimação negativa*”, que se traduz numa tripla limitação ao direito penal: Por um lado, a limitação de que o Direito Penal só intervenha a título subsidiário, ou seja em face da incapacidade provada dos outros ramos do direito protegerem o bem jurídico; por outro a limitação que obriga a que essa intervenção se pautem por critérios de proporcionalidade; e, por último, a limitação que determina que a intervenção que se quer subsidiária e proporcional se limite a bens jurídicos com dignidade jurídico-penal.

No que diz respeito ao bem jurídico estabilidade dos preços, este, enquanto bem jurídico próprio da economia (nos termos já focados) há-de caracterizar-se por ser *artificialmente construído*²⁸², e cuja sua identificação se há-de fazer, como refere COSTA

²⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, in *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 54. Também neste sentido o mesmo autor, in *Direito Penal : Questões fundamentais : A doutrina Geral do Crime*, Parte Geral, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pág. 117. Ainda, neste sentido, também, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, 1995, «*Constituição e Crime*» *Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Estudos e Monografias. Porto: Universidade Católica Portuguesa, pág. 204, segundo a qual “por um lado, as diferentes características dos princípios, direitos e valores expressos na Constituição, relativamente aos bens jurídico-penais e, mais ainda, aos tipos penais; e, por outro, o princípio segundo o qual o Direito Penal deve ser o «último» meio a intervir para defesa de um bem digno de tutela penal e só o deverá fazer quando para tal for considerado adequado”. Por último, ver, ainda, GASPAS, Henrique, 1995, in *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 448, pág. 49. Segundo este Autor, “Com os limites das exigências constitucionais de proporcionalidade e da natureza subsidiária ou fragmentária do direito penal, o direito penal apenas deverá ser chamado a título subsidiário quando todos os outros remédios se mostrem ineficazes.”

²⁸¹ Apud DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel Costa. 1992. *Criminologia: O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 407

²⁸² Neste sentido ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro)*, *Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 404. Ainda segundo este autor, “são bens jurídicos que não contam com um referente ontológico claramente definido como acontece v.g. com a vida ou a integridade física, nem contam sequer com um referente culturalmente em termos de identidade, consistência e consenso generalizado, como sucede seguramente com a propriedade, a honra, a liberdade, etc.”.

ANDRADE²⁸³, “à custa de múltiplos elementos hermenêuticos, designadamente do apelo à própria descrição da conduta incriminadora”.

Além disso, é um bem jurídico que pode caracterizar-se como tendo ganho e perdido importância ao longo dos tempos, conforme se viveu, ou não, em época de crise económica, e cuja essa importância variou de lugar para lugar, conforme o Estado pretendesse, ou não, interferir na economia. Ou seja, foi, se quisermos, um bem jurídico mutável espaço-temporalmente, muito ao sabor das intenções intervencionistas do Estado na economia e não em função dos interesses fundamentais dos indivíduos ou da comunidade. É um bem jurídico que pertence à categoria daqueles interesses que segundo COSTA ANDRADE²⁸⁴ “são em grande medida um produto histórico do intervencionismo do Estado moderno na vida económica”.

Mas, se no passado foi assim, hoje as coisas não mudaram muito, e se em épocas de crise económica como aquela em que vivemos é frequente ouvir-se apelar a medidas que garantam a estabilidade dos preços e, conseqüentemente, combatam a especulação, considerando-se esta a causa de quase todos os problemas (mesmo daqueles que nada têm haver com ela) já em época de estabilidade, ou até de crescimento económico, o fenómeno especulativo é perfeitamente tolerado, quando não passa mesmo despercebido, a ponto de a preocupação quanto à estabilidade dos preços (que em épocas de crise era uma constante) deixar de existir ou, pelo menos, diminuir muito. Por outro lado, se nas economias capitalistas ou desenvolvidas o fenómeno da especulação de preços é, também, tolerado, nas economias em desenvolvimento, ou economias dirigidas, tal tolerância não existe²⁸⁵. Podemos, pois, dizer que a estabilidade de preços continua a ser um bem jurídico mutável espaço-temporalmente e cuja sua tutela é, por um lado, reclamada com maior ou menor

²⁸³ ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro)*, *Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 404.

²⁸⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 403.

²⁸⁵ Segundo DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *Problemática geral ds infracções contra a economia nacional : Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 324, “as carências provocadas pela guerra levaram (em 1914) às leis que autorizaram o Bundesrat a tomar as medidas consideradas necessárias em matéria económica e, em especial, no domínio dos preços (máximos)”. Ainda segundo os mesmos autores, Ob. Cit., pág. 325 “o carácter dirigista da economia do regime nacional-socialista e o seu posterior empenhamento na guerra fizeram surgir um Direito penal Económico hipertrofiado, caracterizado pela natureza administrativa do seu processamento e pelo rigor das sanções.”

clamor, conforme se vive, ou não, em período de crise económica, e, por outro, é assegurada com maior ou menor rigor, conforme o Estado pretende, ou não, intervir na economia²⁸⁶.

Ora, vistas as coisas pela perspectiva que fica exposta, deverá ou não o bem jurídico estabilidade dos preços, ser tutelado com recurso ao direito penal? Esta é a questão fulcral deste trabalho. Tem, ou não, este bem jurídico dignidade jurídico-penal? Sabemos que ao longo da história este bem jurídico tem sido tutelado com recurso a este ramo do direito. Vejamos a este propósito o ordenamento jurídico português e cuja análise à figura da especulação de preços deixamos feita atrás. No entanto, será ele, o bem jurídico em análise, digno dessa tutela penal? Será ela necessária para assegurar a sua protecção?

A resposta a esta questão não será certamente pacífica, sendo nosso objectivo tão-somente dar a nossa opinião acerca desta questão.

A questão colocada tem, pois, quanto a nós cabimento, tanto mais que o recurso ao Direito Penal para reprimir comportamentos antieconómicos é visto, não raro, como fenómeno contrário ao movimento de descriminalização que domina a política criminal moderna²⁸⁷. Além de que, em muitos casos, “tal caminho conteria cobertura para uma perigosa modelação ou direcção da vida económica que contraria o princípio da liberdade de exercício de actividades económicas”²⁸⁸, princípio este basilar ao comum das economias desenvolvidas e que no nosso ordenamento jurídico recebeu acolhimento na aln. c), do artigo 80º da nossa lei fundamental. Se não repararmos: deve o Estado regular a forma como devem agir, ou operar os agentes económicos (e não esqueçamos que o especulador também é um agente económico), estabelecendo-lhes um *modus operandi*? Onde está na economia, ao nível da negociação, a fronteira entre o lícito e o ilícito? Faz ou não parte do mundo dos negócios uma certa dose de astúcia e de reserva mental? É ou não verdade que, no mundo dos negócios, a perda ou prejuízo de uns nem sempre tem na sua origem um acto ilícito e deliberado a causá-lo? Foi ou não o Estado, no passado, muitas vezes, um “especulador” internacional, melhor dizendo, um manipulador do mercado, quando valorizava e

²⁸⁶ Veja-se a este propósito o que escreve COSTA ANDRADE acerca dos bens jurídicos do Direito Penal e económico in, ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 403, e que se pode aplicar neste particular à especulação de preços e ao bem jurídico aí protegido. Segundo este autor, “Numa perspectiva genética, os bens jurídicos de Direito Penal Económico são em grande medida um produto histórico do intervencionismo do Estado moderno na vida económica. Eles resultam da projecção de um sistema mais ou menos ideologicamente condicionado sobre o sistema «espontâneo» do fluir «natural» da economia.

²⁸⁷ Neste sentido CORREIA, Eduardo, 1998, in *Introdução ao Direito Penal Económico : Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 296.

²⁸⁸ CORREIA, Eduardo, 1998, in *Introdução ao Direito Penal Económico : Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 296.

desvalorizava a moeda com vista controlar as importações e as exportações? Como em tudo na vida, deve também na economia, e em particular nos preços, haver um ponto de equilíbrio cuja sua descoberta nem sempre é fácil e não raro se faz de forma empírica. Ponto é que não se cause danos, ou prejuízos deliberados²⁸⁹.

Que o bem jurídico estabilidade dos preços, axiologicamente, é digno de tutela jurídica, não temos dúvidas. No entanto, como já dissemos, a protecção dispensada pelo Direito Penal deve reservar-se para interesses fundamentais axiologicamente análogos aos da constituição. Ora, a estabilidade dos preços é um bem jurídico que diz directamente respeito à economia e só indirectamente, ou colateralmente, se pode considerar um interesse do indivíduo ou da comunidade, nomeadamente dos consumidores.

No que concerne à nossa ordem jurídica, sendo um bem jurídico próprio da economia, ligado ao seu funcionamento, não é, contudo, um interesse que faça parte do catálogo dos interesses ou direitos fundamentais com dignidade constitucional. A protecção da estabilidade dos preços e o consequente combate às práticas especulativas é um interesse que (ao lado da proibição das práticas restritivas da concorrência) é tutelado não ao nível dos interesses fundamentais, mas antes ao nível das normas relativas à organização económica e, destre destas, ao nível das normas que estabelecem os princípios e objectivos da política comercial (Artigo 99, da CRP). Ora, salvo melhor entendimento, tais normas, apesar de terem obtido acolhimento na nossa lei fundamental, não deixam de reflectir, por um lado, uma opção política e legislativa do momento da sua criação e, por outro, um desejo intervencionista do Estado a nível económico²⁹⁰, em vez de corresponderem a um interesse fundamental dos indivíduos ou da comunidade, de que dependa a sua subsistência.

Além disso, se anteriormente no domínio da nossa lei fundamental, na sua versão de 1976, se previa, no artigo 88º, sob a epígrafe de “actividades delituosas contra a economia nacional”, no seu n.º 1, que “as actividades delituosas contra a economia nacional serão definidas por lei e objecto de sanções adequadas à sua gravidade” e, no n.º 2, que “as sanções poderão incluir, como efeito da pena, a perda dos bens, directa ou indirectamente obtidos com a actividade criminosa, e sem que ao infractor caiba qualquer indemnização” (o que pressupunha que as actividades delituosas contra a economia nacional fossem

²⁸⁹ Como referem N. Morris/ G. Hawkins, *The Honest Politician's Guide to Crime Control*, Chicago : University of Chicago Press, 1969, pág. 2, Apud DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel Costa. 1992. *Criminologia: O Homem Delinquent e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora. “do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o alienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem directamente a pessoa ou a propriedade alheias.”

²⁹⁰ Neste sentido ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 403.

combatidas com recurso nomeadamente ao direito penal), não podemos, no entanto, esquecer que tal determinação decorria do previsto no artigo 80º, da lei fundamental, sob a epígrafe “Fundamento da organização económico-social”, que determinava que a organização económico-social do nosso país assentava “no desenvolvimento das relações de produção socialistas, mediante a apropriação colectiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e o exercício do poder democrático das classes trabalhadoras”. Ou seja, a organização económico-social do país assentava numa economia dirigida, ou intervencionada pelo Estado, típica de um Estado de cariz socialista.

Ora, hoje, tais normas não recebem mais acolhimento no texto da nossa lei fundamental, recebendo agora aí acolhimento (ao contrário de que acontecia na versão de 1976) no artigo 80º, aln. c), sob a epígrafe “princípios fundamentais” o princípio de que a organização económico-social assenta, entre outros, na “liberdade de iniciativa e de organização empresarial, no âmbito de uma economia mista”, o que significa que o Estado deixou de ter o papel intervencionista e conformador que anteriormente reservou para si. Aliás, tal papel é-lhe agora vedado. A sua missão é, agora, outra, a de vigilante atento do cumprimento das regras do mercado, das regras a que deve obedecer um mercado livre e assente na iniciativa privada.

Por outro lado, o combate às actividades especulativas é, no nosso ordenamento jurídico, ao nível constitucional, tratado numa relação de paridade com a imposição do respeito pela leal concorrência no mercado. Da mesma forma que a nossa lei fundamental determina como princípio e objectivo da política comercial o combate às actividades especulativas, impõe, também, o combate às praticas restritivas da concorrência. São, assim, ambos os bens jurídicos – estabilidade dos preços e concorrência – tratados em pé de igualdade e ao mesmo nível constitucionalmente. E justifica-se que assim seja, tanto mais que entre especulação de preços e práticas restritivas da concorrência, como já vimos, existe uma relação estreita, muitas vezes de causa e efeito, sendo que ambos causam instabilidade no mercado e, especialmente, aos preços aí praticados. Ou seja, atentam ambos contra o normal funcionamento do mercado, provocado, quase sempre, senão sempre, a alteração dos preços aí praticados.

Ora, se constitucionalmente têm um tratamento igualitário, porquê ao nível da legislação ordinária tal não se verifica? É que no que diz respeito à especulação de preços, o legislador ordinário, continua a sancioná-la com recurso ao direito penal (artigo 35º, do Decreto lei 28/84), já no que diz respeito à proibição das práticas restritivas da concorrência,

o legislador ordinário sanciona-as com recurso ao direito de mera ordenação social (Lei n.º18/2003,d e 11 de Junho). Porquê esta diferença de tratamento? Será que se justifica?

Sendo que em ambos os casos estamos perante interesses supra individuais, ligados à economia e ao regular funcionamento dos mercados, qual a razão de ciência criminal para esta disparidade de tratamento dispensado a ambos os bens jurídicos, nomeadamente para que se mantenha a criminalização da especulação de preços? Quanto a nós, a nível axiológico, ou dogmático, entendemos que nenhuma razão existe, a não ser uma opção governamental de cariz intervencionista a nível económico, motivada por razões políticas, económicas e sociais e que levaram a que quando se legislou no tocante à especulação de preços se tivesse optado por recorrer à tutela penal com vista à salvaguarda do bem jurídico estabilidade dos preços. Ou, ainda, uma razão histórica, já que sempre foram, de um modo ou de outro criminalizadas determinados comportamentos tidos como especulativos e porque, de um modo ou de outro, as práticas especulativas sempre causaram alarido e repulsa social que serviu de justificação à sua criminalização. O que acaba por se traduzir numa cedência à tentação a que todo o Estado deve resistir de funcionalizar o Direito Penal.

Vistas as coisas por este prisma, pela vertente axiológica, deverá ou não o bem jurídico estabilidade dos preços, ser tutelado com recurso ao direito penal? Terá ele dignidade jurídico-penal? Entendemos que não. Do ponto de vista axiológico, o bem jurídico, estabilidade de preços, enquanto for visto de forma restrita, como um bem jurídico ligado ao sector económico e ao funcionamento da economia, quanto a nós e pelos argumentos atrás exposto, não tem dignidade jurídico-penal²⁹¹ para ser protegido através do recurso a tais normas restritivas dos direitos fundamentais.

O Estado não pode nem deve utilizar o Direito Penal como instrumento de protecção ou regulação do bom funcionamento do sistema económico. Essa não é a missão do Direito Penal. A sua missão é proteger bens jurídicos fundamentais ao individuo ou à comunidade e quando outro ramo do direito não seja capaz de o fazer cabalmente.

Por outro lado, sendo as práticas comerciais comportamentos que pela sua natureza implicam sempre alguma reserva mental, algum grau de astúcia e de egoísmo (egoísmo no bom sentido do termo, no sentido de que não são, nem têm que ser, comportamentos

²⁹¹ Para DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel Costa. 1992. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 406, “o conceito de dignidade penal implica, assim, um princípio de imanência social e um princípio de consenso. O primeiro significa que não deve assegurar-se através das sanções criminais a prossecução de finalidades socialmente transcendentais, designadamente moralistas ou ideológicas. O segundo, por seu turno, postula a redução do direito criminal ao núcleo irredutível se bem que historicamente variável – dos valores ou interesses que contam com o apoio generalizado da comunidade”

altruístas) têm inerente a si o recurso a alguns comportamentos ou expedientes que podendo ser moralmente criticáveis, estarão, contudo, no limiar entre o lícito e o ilícito; são comportamentos que se para muitos são normais e para alguns sectores do mercado ou agentes económicos trazem até benefícios, para outros, os não beneficiados com o resultado final da actuação económica, só por isso, são criticados.

Além disso, podendo admitir-se que as práticas especulativas não sejam condutas de todo neutras, não terão um grau de danosidade que ponha em causa interesses fundamentais da comunidade ou dos indivíduos pelo que, por esta via, serão condutas, se não neutras, muito próximas de poderem ser classificadas a esse nível, o que lhe retira toda a dignidade jurídico-penal que se lhes quisesse atribuir e que, de resto, em sede de ordenamento jurídico português, de *jure condito*, o legislador lhe atribui.

Que este bem jurídico é digno de tutela legal, não duvidamos, entendemos é que a sua tutela com recurso ao Direito Penal é excessiva e desnecessária. Aliás, indicador dessa falta de dignidade jurídico-penal é o facto de (e faça-se um périplo pela nossa jurisprudência) a maioria das punições por crime de especulação se verificarem relativamente a práticas comerciais, nomeadamente vendas ou prestações de serviços por preços superiores aos permitidos ou estabelecidos por decisão administrativa. Ou seja, está o direito penal (um instrumento pensado para a tutela dos bens jurídicos fundamentais e na medida em que tal se justifique) a ser usado para sancionar comportamentos comerciais, contrários, é certo, a normas legais, mas que nem sequer têm, e nunca o terão, poder ou capacidade para produzir uma real alteração dos preços no mercado, que é o que se quer evitar ao combater as actividades especulativas e não a alteração isolada, num concreto negócio, sem qualquer efeito sobre o preço praticado no mercado.

Dito por outras palavras, está o Direito Penal a ser colocado ao serviço da punição de condutas que nenhuma relevância jurídico-penal têm, já que nenhum dano relevante causam ao indivíduo ou à comunidade²⁹². Como refere FARIA COSTA²⁹³, referindo-se à especulação de preços, “ a infracção existe não para proteger o direito daquela concerta pessoa a comprar os bens a um preço justo e não especulativo”. No entanto, é para isso que a incriminação típica está a ser usada, sendo que os verdadeiros casos de especulação passam todos ao lado, nenhum é sancionado e, não raro, são considerados ou outras formas de ilícito penal, ou formas de ilícito contra ordenacional (práticas restritivas de concorrência).

²⁹² Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel Costa. 1992. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, pag. 405.

²⁹³ COSTA, José de Faria. 2003. *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, pag. 56.

Por outro lado, sendo a especulação de preços um comportamento antieconómico que atenta contra o bem jurídico estabilidade dos preços²⁹⁴, da análise efectuada quer ao bem jurídico tutelado no artigo 35º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, quer às condutas típicas aí criminalizadas, verificamos que este preceito (passe a expressão) hoje, como no passado, mistura tudo, ao ponto de que quando seria suposto tutelar o bem jurídico estabilidade dos preços, punindo os comportamentos que realmente atentam contra ele, tal preceito legal pune (veja-se a aln. d) como se de comportamentos especulativos se tratassem, comportamentos que são casos flagrantes de fraude sobre mercadorias e que atentam contra o interesse ou bem jurídico que se traduz no direito a uma informação verdadeira sobre as características dos bens disponibilizados no mercado.

Face ao previsto na norma jurídica que no nosso ordenamento pune a especulação ilícita de preços, pensamos que será bem perguntado: Mas afinal o que constitui a especulação ilícita de preços?

Esta confusão legislativa e a indefinição quanto aquilo que efectivamente se pretendeu com a criminalização (associada aquilo que também ao longo do tempo foram sendo as mutações operadas na figura jurídica) demonstra por si, também, a falta de dignidade jurídico-penal desta figura jurídica.

Temos consciência que a posição aqui defendida não é nem será pacífica. No entanto, a aceitar-se que o bem jurídico estabilidade dos preços é digno de tutela jurídico-penal, isso leva-nos a ter que aceitar que o Direito Penal possa ser usado pelo Estado como instrumento de conformação e regulação do *modus* de actuação dos agentes económicos e do funcionamento dos mercados e essa não é, nem será, a sua função, tanto mais que o regular funcionamento do mercado não é um valor fundamental, sendo antes um objectivo da política comercial e com uma necessidade do sistema económico com vista ao seu desenvolvimento.

Aceitar o recurso ao Direito Penal para tutelar este bem jurídico é, pois, aceitar o recurso a um instrumento que, neste caso, além de ser excessivo, recorre a sanções que, sendo, em princípio, adequadas às finalidades do Direito Penal, não o são quando empregues para, por meio deles, se obter o regular funcionamento da economia e dos mercados.

²⁹⁴ Segundo o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25-9-02, publicado na Colectânea de Jurisprudência, 2002, Tomo IV, 129 diz-se o seguinte: “As normas contidas nos artigos 35º n.º 1, al. a) do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20-I e 35º n.º 1, al. a) do Decreto-Lei n.º 263/98, de 19-8 visam proteger interesses jurídicos diversos, pois, enquanto que a primeira configura um delito contra a economia, a segunda estabelece um dos deveres da profissão de motorista de táxi. Por isso, com essa conduta, pratica em autoria material e concurso real o crime de especulação e a contra-ordenação, previstos e punidos nas disposições legais referidas, o condutor de táxi que, ao iniciar o transporte de um cliente não accionou o taxímetro e cobra, pelo serviço um preço superior ao devido”.

1.2.1 - O recurso às sanções penais como um meio excessivo na tutela do bem jurídico estabilidade dos preços

Já do ponto de vista da oportunidade de recurso à tutela penal para a protecção dos bens jurídicos, diremos que nem sempre o recurso a tal tutela (mesmo que os bens jurídicos tenham dignidade jurídico-penal) se mostra necessária, ou é o meio mais adequado para assegurar a protecção dos bens jurídicos. Situações há em que o recurso à tutela penal e a consequente ameaça de sanção penal (pena de prisão ou multa) se mostra excessiva, porquanto os bens jurídicos são perfeitamente tuteláveis ou protegidos com recurso aos demais ramos do direito e suas sanções, nomeadamente o Direito Civil, ou o Direito Administrativo e, dentro deste, o Direito de Mera Ordenação Social. Por outro lado, outras situações há, também, em que a simples ameaça da sanção penal (sem contudo haver lugar à sua aplicação) é suficiente para prevenir a prática do ilícito²⁹⁵. Em qualquer dos casos (quer da desnecessidade de recurso à tutela penal, que deve conduzir à descriminalização, quer de desnecessidade de aplicação de pena, que deve conduzir à despenalização) é d`um problema de necessidade penal, ou, se quisermos, de oportunidade de recurso à tutela penal que se trata.

É incontornável e um dado assente que as penas criminais visam a prevenção geral e especial, *maxime* a ressocialização do agente infractor. Por outro lado, e apesar de a finalidade da pena em Direito Penal não ser a retribuição ao agente da infracção através da aplicação a este de um castigo face ao seu desrespeito pelo bem jurídico, mas antes a prevenção geral e especial contra a violação dos bens jurídicos e a busca da ressocialização do agente, e tendo a pena como limite a culpa do agente, não podemos esquecer que as penas criminais, nomeadamente a pena privativa de liberdade, têm sempre inerente a si um efeito estigmatizante (característica esta não presente nas sanções civis ou administrativas – nulidade, anulabilidade, ineficácia e coimas), o que também por este motivo determina que só em último caso se apliquem tais sanções.

Por via disto, o recurso ao Direito Penal e, consequentemente, o recurso às suas sanções, quando tal não se mostre necessário, constitui, não só, um excesso por parte do legislador, ou do julgador (facto que a nossa constituição claramente proíbe) como contribui,

²⁹⁵ Como ensinam DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel Costa. 1992. *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, pag. 409 e 410, “a eficácia preventiva das normas não tanto função do *quantum doloris* abstractamente cominado, como FEUERBACH acreditava, é-o sobretudo das representações colectivas sobre as probabilidades e o grau da sua aplicação efectiva”.

também, para o descrédito e banalização do próprio Direito Penal. Perigo este (de descrédito e banalização), digamos, que no domínio dos delitos económicos (onde, de resto, se enquadra a especulação ilegítima de preços) é maior que no Direito Penal de Justiça, dado, por um lado, à maior dificuldade de determinação quer da vítima, quer do agente e, por outro, ao complexo *modus operandi* dos agentes, não raro associado a uma diversidade de locais de prática dos factos, que faz destes ilícitos, ilícitos *sine loco*²⁹⁶.

No que diz respeito ao bem jurídico estabilidade dos preços, já o dissemos, é um interesse próprio da economia e relacionado com o funcionamento dos mercados. Além disso, é um bem jurídico que, sendo próprio da economia, onde adquire maior notoriedade é ao nível da macroeconomia. Embora, necessariamente, com repercussões ao nível da microeconomia, é ao nível da macroeconomia que os grandes problemas suscitados pela instabilidade dos preços fazem-se sentir. Contudo, ao nível da reacção às práticas delituosas que atentam contra a estabilidade dos preços, é ao nível da micro economia, nomeadamente ao nível das relações de comércio, e aqui, ao nível dos actos que nenhum poder têm para alterar os preços no mercado, que essa reacção é mais notada, ou unicamente notada. Veja-se a título de exemplo, o que acontece no ordenamento jurídico português, e a forma como está pensado e estrutura o artigo 35º, do Decreto-lei n.º 28/84. Qual o pensamento do legislador quando criou tal norma legal?

O combate às actividades especulativas (e o mesmo já não digo do combate às práticas restritivas da concorrência) não se faz, pois, sentir ao nível dos grandes negócios entre grandes grupos económicos, nem ao nível das suas actuações no mercado em torno dos preços por si praticados. Estamos certos que tal tem a ver, e muito, com o peso que esses grupos económicos têm na economia dos Estados e com o poder que eles têm junto dos governos. Em face disto, bem se poderia, pois, dizer com SUTHERLAND²⁹⁷, que quem pratica este tipo de ilícito são pessoas respeitáveis e com elevado estatuto social, que os praticam no âmbito (não raro a coberto, dizemos nós) da sua actividade profissional e que, “as pessoas de classe sócio-económica mais alta são mais poderosas política e

²⁹⁶ Neste sentido COSTA, José de Faria. 2009. O fenómeno da globalização e o direito penal económico, Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários, Vol. III, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág.99 e 100. Segundo este autor, “A criminalidade económica (...) tem cada vez menos espaço, um território nacional, onde se desenvolva e perpetre. Efectivamente, se até aos anos oitenta essa mesma criminalidade tinha território onde se desenvolvia, hoje está cada vez mais em lugar nenhum”. E continua, mais á frente o mesmo professor da escola de Coimbra, “poder-se-á dizer (...) que o tipo de criminalidade com o qual nos temos que debater tem a qualidade ou característica de não ter *locus delicti*, pelo menos na interpretação clássica que a dogmática nos dá de local do crime”.

²⁹⁷ Apud, SANTOS, Cláudia Maria Cruz Santos. 2001. *O Crime do Colarinho Branco*. Boletim da Faculdade de Direito: Studia Jurídica 56. Coimbra, pág. 45.

financeiramente e escapam em maior numero à detenção e à condenação do que as pessoas a quem falta aquele poder”²⁹⁸, pelo que tal como defende FARIA COSTA²⁹⁹ as penas no Direito Penal Económico devam, em certos casos, em face da danosidade da conduta para os bens jurídicos e da culpa do agente ser “acutilantes”, “curtas” e “chocantes”.

Por outro lado, poderíamos também dizer em sentido oposto que «aqui, está-se a lidar com agentes de infracções que não necessitam de qualquer efeito ressocializador, pois, se se quisesse ser desconstrutivista, poder-se-ia até dizer que tais agentes “sofrem” é de socialização a mais»³⁰⁰,

No entanto, não são estes os argumentos que nos devem fazer apelar, ou rejeitar o Direito Penal para efeitos de tutela do bem jurídico aqui em análise. Os argumentos que nos levam recusar o recurso à tutela penal para efeitos de protecção do bem jurídico aqui em análise são de natureza axiológica e prendem-se, nos termos já expostos, com a falta de dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços. Falta de dignidade essa que se repercute necessariamente no tipo de sanção a evitar.

Por outro lado, se o bem jurídico que se quer proteger com a proibição das práticas especulativas e o bem jurídico que se pretende proteger com a proibição das práticas restritivas da concorrência são tratados constitucionalmente em termos paritários, mantendo uma relação estreita entre si, porquê um tratamento díspar a ambos? Se repararmos, o ramo do direito e sanções a que se recorreu para a salvaguarda da leal concorrência no mercado mostram-se eficientes para a salvaguarda do bem jurídico aí tutelado. Mais até, sem sombra de qualquer dúvida, que o recurso ao Direito Penal e às suas sanções para a tutela do bem jurídico estabilidade dos preços. Porquê não recorrer, então, a eles no que toca à protecção da estabilidade dos preços? Não estará o Direito Penal, através do recurso que a si é feito para tutela do bem jurídico estabilidade dos preços a ser banalizado e vítima de uma funcionalização, coisa que se deve evitar? Parece-nos que sim.

Tenha-se pois coragem de retribuir a dignidade (furtada) ao Direito Penal.

²⁹⁸ Apud, SANTOS, Cláudia Maria Cruz Santos. 2001. *O Crime do Colarinho Branco*. Boletim da Faculdade de Direito: Studia Jurídica 56. Coimbra, pag. 198.

²⁹⁹ COSTA, José de Faria, 2003, in *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, pág. 91 e seg. “basta enumeração de que neste campo as penas devem ser “acutilantes”, “curtas” e “chocantes” para, de imediato, se perceber como se está longe de qualquer fim que classicamente (prevenção geral positiva, prevenção negativa, prevenção especial; ressocialização; retribuição; neo-retribuição) se possa atribuir às penas”.

³⁰⁰ COSTA, José de Faria, 2003, in *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, pág. 92.

1.3 - A manipulação de preços nos bens e serviços essenciais

O domínio dos serviços essenciais, nomeadamente os serviços públicos essenciais é, por natureza, uma área económica e socialmente sensível e mutável ao longo dos tempos, acompanhando a evolução social e humana. Prova disso, é o crescente tipo de serviços que constantemente ascendem à condição de essenciais, tal é a essencialidade, ou, se quisermos, fundamentalidade, que adquirem e vão adquirindo ao longo do tempo para o Homem e o alarme social que causa nos indivíduos e na comunidade qualquer instabilidade que nesse sector se verifique.

No que diz respeito aos chamados serviços públicos essenciais, veja-se, a título de exemplo, o recente alargamento do elenco desses serviços que, no nosso ordenamento, a Lei n.º 12/2008, de 18 de Fevereiro³⁰¹, determinou relativamente à Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, bem como o alarido social que existe quando vêm a público notícias que dão conta que, por exemplo, a água que chega à casa dos consumidores pode não estar nas melhores condições de qualidade, ou então que o preço da água, ou energia eléctrica, ou gás vai subir de preço.

Será bom não esquecer desde já, e façamos aqui um parênteses, que paralelamente a estes chamados serviços públicos essenciais que encontraram tipificação legal, há todo um outro leque de bens e serviços que são prestados ao indivíduo ou à comunidade (muitas vezes por privados no âmbito da actividade económica que desempenham no mercado) e que são materialmente merecedores do mesmo tratamento que aqueles que constam do elenco típico de bens e serviços essenciais plasmado na lei, pelo que este elenco peca por ser demasiado restritivo. Referimo-nos, por exemplo, ao serviço nacional de saúde, o serviço de educação ou ensino (nomeadamente ensino básico), o serviço de transportes públicos, alojamento, restauração, venda, ou revenda de bens alimentares e de vestuário, serviços estes que não sendo considerados públicos essenciais, encontramos neles, pela importância que têm para cada indivíduo em particular e para a comunidade em geral, uma característica de fundamentalidade análoga à daqueles. A dignidade de bem ou serviço público essencial há-de obter-se, não pela designação o até importância que a lei confere ao bem ou serviço, mas pela importância que ele tem para o universo dos indivíduos, a comunidade, vista geralmente

³⁰¹ Se no domínio da Lei n.º 23/96, 26 de Julho, artigo 1º, os serviços públicos considerados essenciais eram Serviço de fornecimento de água; Serviço de fornecimento de energia eléctrica; Serviço de fornecimento de gás; e Serviço de telefone, no domínio da Lei n.º 12/2008, de 18 de Fevereiro, artigo 1º, tal elenco alargou-se e passaram a constar como essenciais Serviço de fornecimento de água; Serviço de fornecimento de energia eléctrica; Serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados; Serviço de comunicações electrónicas; Serviços postais; Serviço de recolha e tratamento de águas residuais; e Serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos.

à escala global. A tónica para efeitos da sua classificação há-de estar a final. Ou seja, do lado do sujeito beneficiário e em função da importância que tem para este.

Se antes os indivíduos procuravam sobreviver, hoje, nas sociedades modernas, procuram viver e com níveis cada vez mais elevados de qualidade. As necessidades de cada indivíduo e da comunidade em geral, que em muito se tendem a aproximar ou até a identificar, já não são mais as mesmas, surgindo cada vez mais novas necessidades a que urge dar resposta e que mais que corresponderem a um desejo de cada indivíduo, correspondem a um desejo da própria comunidade. Se antes os indivíduos viviam em função de si e da sua família, hoje vivem, também, e muito, em função do social.

O alargamento do domínio dos bens e serviços públicos essenciais (também ele um domínio, porque não dizê-lo, de novos ricos) e principalmente pela sua importância para o indivíduo e comunidade determinam a adopção de regulamentação capaz de regular com eficácia esta área económica e social, tanto mais que é, como dissemos, um domínio que toca de uma forma directa e profunda o indivíduo enquanto pessoa física e enquanto ser social.

Deste modo, uma das regras que se impõe neste domínio é a necessidade permanente de assegurar a todos, em pé de igualdade, o acesso a todos os bens e serviços essenciais, o que se consegue, entre outras formas, com a sujeição desses bens e serviços a preços baixos e com a adopção de medidas que os façam chegar a todos.

Ora, se por um lado, há que assegurar a todos o acesso a estes bens e serviços e a preços que para todos sejam comportáveis, também há que ter em conta que para serem prestados a todos de forma igual e a todos chegarem com elevados padrões de qualidade, em inúmeras situações isso implica a afectação de elevados recursos económicos, nomeadamente financeiros. Não é, pois, qualquer empresa ou grupo de empresas que consegue prestar à comunidade, com elevados padrões de qualidade e segurança um serviço, por exemplo, de distribuição de água ao domicílio, ou de recolha e tratamento de lixo, distribuição postal, fornecimento de luz eléctrica ou de serviço telefónico e a preços comportáveis para todos. Por este motivo inúmeros destes bens e serviços são prestados ou pelo Estado, que os presta a todos de forma gratuita, ou tendencialmente gratuita (financiando a sua prestação à custa dos impostos e taxas que cobra), ou por grandes grupos económicos em regime de concessão administrativa, compensados, por vezes, pelo Estado em parte dos custos que suportam com a prestação de tais bens ou serviços.

Ora, no nosso entender, é aqui, quando estes bens ou serviços são fornecidos ou prestados por particulares em regime de concessão, ou não, e especialmente quando são

fornecidos ou prestados em regime de monopólio (que é o que acontece na maioria das vezes) que os problemas podem surgir, nomeadamente ao nível da sua qualidade e preços.

É que os privados não têm o sentimento altruísta que existe ou deve existir por parte do Estado, buscando, ao contrário disso, incessantemente o lucro e sentindo-se constantemente tentados a tudo fazer para o maximizar sem olhar a meios, tanto mais que em inúmeras situações são grandes grupos económicos agindo em regime de monopólio ou oligopólio do lado da oferta e, por isso, sem concorrência que os abrigue a baixar ou praticar preços baixos e a elevar os padrões de qualidade. Além de que, cada vez mais o Estado entrega nas mãos de privados, em regime de concessão, a prestação à comunidade dos serviços essenciais, o que potencia cada vez mais os riscos inerentes à entrega aos privados da prestação destes bens e serviços.

Por tudo isto, não será errado dizer que a área dos bens e serviços essenciais exige uma regulamentação apertada, não só em regime de qualidade, mas também em regime de concorrência e preços.

Não queremos aqui discutir a bondade ou malefício da criação do mercado dos serviços públicos essenciais, com a permissão de acesso dos privados a esse novo mercado cada vez mais florescente, o que faz dos serviços públicos essenciais uma nova oportunidade de negócio, tanto mais que, além de estarmos num mercado livre e concorrencial, haverá sempre argumentos a favor e argumentos contra tal acesso dos privados a este mercados. Queremos tão só analisar o problema na perspectiva dos perigos que tal actuação dos privados importa, ou possa importar, para os preços de tais bens ou serviços no mercado e, conseqüentemente, o prejuízo que essa actuação possa também gerar para os interesses dos consumidores, já que nesta situação a instabilidade dos preços afectará de igual forma quer os interesses do mercado, quer os dos consumidores. Diremos até que a estabilidade nos preços neste domínio a todos (mercado e consumidores) aproveita, e a sua instabilidade a todos prejudica.

Sendo o sector de bens e serviços essenciais, pela sua natureza, um sector em estrita relação com os indivíduos e dos quais estes em muito dependem, é correcto dizer-se que qualquer instabilidade que nesta área exista se repercutirá no indivíduo. Qualquer problema que surja neste sector económico, quer ao nível da qualidade, quer ao nível dos preços, quer, ainda, ao nível das condições de acesso aos produtos no mercado, reflectir-se-á forçosamente na esfera individual e comunitária dos indivíduos.

Se a escassez de alimentos, ou a falta de qualidade ou de abastecimento de água, ou a falta de recolha de lixo, ou a falta ou interrupção do serviço de comunicações

(nomeadamente telefone e correios), ou, ainda, a falta, ou interrupção do serviço de gás, luz eléctrica, causa muitos transtornos aos indivíduos, que sem eles, como é vulgar dizer-se, já não sabem viver, o mesmo se diga se os seus preços não se mantiverem estáveis e dentro de níveis suportáveis de um modo geral a todos.

O domínio dos bens e serviços essenciais é, pois, aquele em que o bem jurídico estabilidade dos preços ganhará necessariamente um referente pessoal e, desse modo, não deixando de ser considerado como um bem jurídico supra-individual não será trans-individual.

Aqui chegados, temos que admitir que o domínio dos bens e serviços essenciais, nomeadamente os domínios em que estes bens são prestados por privados em regime de concessão (domínios estes onde os concessionários agem, por regra, em regime de monopólio ou oligopólio do lado da oferta), são sectores económicos propensos a actuações que visem a manipulação dos preços. Deste modo, uma situação de instabilidade nos preços causada por um comportamento que provoque, ou tenha em vista provocar a sua alteração, pode causar danos não só nesse mercado específico, mas de um modo geral, em todos os consumidores ou a toda a comunidade.

Assim, impondo o nosso texto constitucional a protecção dos interesses económicos dos consumidores³⁰², uma situação de instabilidade dos preços neste domínio, afectará, por certo, tais interesses económicos.

Por via disto, e apesar de estarmos numa economia que assenta no primado do mercado livre e concorrencial, tal como a definiu o parecer da então Câmara Corporativa n.º 46/VI³⁰³ entendendo que neste domínio e na esteira do que é dito nesse parecer, se justifica um regime de excepção, devendo os preços que neste domínio se praticarem estarem sujeitos a um regime legal de preços máximos ou, no mínimo, de preços declarados ou controlados, de forma a evitarem-se situações de especulação ilícita de preços.³⁰⁴

³⁰² Diz o artigo 60º, n.º 1, da Constituição da Republica Portuguesa: “1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.”

³⁰³ Parecer da Câmara Corporativa n.º 46/VI, apud DIAS, Jorge de Figueiredo, 1999, in *Sobre o crime antieconómico de açambarcamento por recurso de venda*. In *Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora.

³⁰⁴ Veja-se a propósito destes preços o que refere DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1999, in *Problemas de especulação e sucessão de leis no contexto dos regimes de preços controlados e declarados*. In *Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora. Já segundo ao regime de excepção defendido, veja-se em termos históricos, o que defende BORGES, J. Marques. *Direito penal Económico e Defesa do Consumidor*. [S.l.]: Rei dos Livros, pág. 72, relativamente às sanções a aplicar no domínio da especulação de preços relativamente a bens essenciais.

Capítulo V
Acerca da relevância ou irrelevância do concurso penal
em sede de especulação ilícita de preços.

1 - Colocação do problema

O problema do concurso em matéria penal é, atrevo-me a dizer, 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 e este é o problema que surge e se resolve em sede de concurso.

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 BELEZA³⁰⁵, “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”.

³⁰⁵ BELEZA, Teresa Pizarro, 1984, Direito Penal, I Vol., 2ª edição revista e actualizada, AAFDL, pág. 517.

Por sua vez, e segundo EDUARDO CORREIA³⁰⁶ “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 autor³⁰⁷, “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 que proíbem, mas que dessas várias normas violadas nem todas sejam passíveis de aplicação com vista à salvaguarda dos bens jurídicos lesados e à sanção do comportamento ofensivo.

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 uma pessoa e, seguidamente, mata-a e oculta o seu cadáver.

Se no primeiro caso estamos perante uma situação de concurso legal, ou aparente, em que, como refere FIGUEIREDO DIAS³⁰⁸, 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

³⁰⁶ 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, pág. 10.

³⁰⁷ 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, pág. 10.

³⁰⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*, 1993, Aequitas e Editorial Notícias, pág. 277.

tipos de crime e constitui, *neste sentido* um concurso (não uma unidade) de crimes”³⁰⁹. 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 consequentemente o problema de que pena aplicar e qual o limite dessa pena³¹⁰.

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 nem sempre tem sido respeitado em muitas decisões proferidas pelos tribunais nacionais, nomeadamente (o que é de estranhar) pelos tribunais superiores.

O Assento n.º 8/2000, proferido pelo STJ³¹¹, ao ter fixado jurisprudência segundo a qual “No caso de a conduta do agente preencher as previsões de falsificação e de burla do art.º 256.º, n.º 1, alínea a), e do art.º 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 19-02-1992³¹², ao ter decidido que “No caso de a conduta do agente preencher as previsões de falsificação e de burla do artigo 228 n. 1 alínea a) e do artigo 313 n. 1, respectivamente, do Código Penal, verifica-se concurso real ou efectivo de crimes”, são, quanto a nós, dois exemplos dos mais flagrantes 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 de que “a falsificação, portanto, 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*”.

³⁰⁹ 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, pág. 102, , *apud*. D’ALMEIDA, Luís Duarte, 2004, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, pág. 11.

³¹⁰ Como ensina FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime, 1993, Aequitas e Editorial Notícias, pág. 279, Perante um concurso efectivo 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”.

³¹¹ Assento n.º 8/2000, proferido pelo STJ, publicada no DR. N.º 119, I série – A, de 23, de Maio.

³¹² Acórdão acessível na internet em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/859c5169d1d1049e802568fc003a00c0?OpenDocument&Highlight=0,burla,falsifica%C3%A7%C3%A3o,concurso>>

Não podemos deixar de reconhecer inteira razão ao TRL, no seu Acórdão de 20-11-2003³¹³, que discordando da posição adoptada naqueles assento e acórdão 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 artigo 30º, 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 á 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,

³¹³ Acórdão acessível em
<<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/386f82a0cab13fb80256e3c005266c6?OpenDocument>>

concurso aparente entre as normas do artigo 131º e 143º e, no segundo, entre as normas do artigo 203º e 210º, 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.

Ora, estando nós a analisar a questão da dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços, poder-se-á perguntar: de que forma a problemática do concurso em matéria penal tem relevância para a questão da dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços e vice verso?

A esse nível (ao nível da questão da dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços) poder-se-ia 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 BELEZA³¹⁴, no plano da aplicabilidade e interpretação da norma jurídico-penal.

Ora, podendo o ilícito de especulação de preços ser praticado por diversas formas, conforme já vimos atrás, será essencialmente a este nível último que a problemática do concurso em matéria penal relevará em sede de especulação ilícita de preços e será a esse nível que iremos aqui abordar a questão do concurso em matéria penal.

Por outro lado, da abordagem que vamos fazer à problemática do concurso procuraremos responder a duas questões relacionadas com a proibição das práticas especulativas. A primeira será a de saber se esta proibição das condutas especulativas visa

³¹⁴ BELEZA, Teresa Pizarro, 1984, Direito Penal, I Vol., 2ª edição revista e actualizada, AAFDL, pág. 517.

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, no fundo, 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-meio” contido ou com visa a um “crime-fim”, como é referido naquele citado acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa?

A resposta a estas questões será útil para, também por aqui, 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.

Ora, se assim é, parece que a análise aqui da questão do concurso em matéria penal pode de alguma forma relevar e contribuir para a resposta a dar ao tema central aqui em análise – a dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços – vista agora essa questão pelo lado específico da necessidade, ou não, de tutela do bem jurídico estabilidade dos preços com recurso ao Direito Penal.

Deixamos dito atrás, na esteira de FIGUEIREDO DIAS³¹⁵, que entre especulação de preços e açambarcamento “podem parcialmente coincidir os modos de comissão”, mas que as coincidências ficam por aí, já que, quanto ao essencial, os bens jurídicos tutelados são diversos. Contudo, também já vimos 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.

³¹⁵ 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, pág. 71.

Por outro lado, dissemos, também, que ente a manipulação dos preços e 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 e que o dumping, em particular, sendo, por sua natureza, um comportamento anticoncorrencial, não 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, então, colocar essa questão quando está 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 preenche 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 tendo em conta aquelas diversas figuras jurídicas no sentido de responder às questões acima suscitadas.

2 - 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 á luz do ordenamento jurídico português vigente.

2.1 - Especulação de preços versus açambarcamento

Ficou dito atrás, na esteira de FIGEIREDO DIAS³¹⁶, que entre especulação e açambarcamento “podem parcialmente coincidir os modos de comissão” dos ilícitos, sendo, contudo, diversos os bens jurídicos tutelados em ambas as figuras.

No seguimento disso, dissemos também que o açambarcamento 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 (com a proibição da especulação de preços visa-se a salvaguarda da estabilidade dos preços, ao passo que com o açambarcamento visa-se 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 CORREIA³¹⁷ a actividade do agente preenche “diversos tipos legais de crime”, tendo-se, por isso, na esteira do mesmo autos 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.

³¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. 1999. Sobre o crime anti-económico de açambarcamento por recurso de venda. In *Direito Penal Económico e Europeu : Textos doutrinários*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora.

³¹⁷ 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, pág. 10.

Assim sendo, aqui chegados, e sem prejuízo de tudo que atrás ficou dito acerca do açambarcamento, a 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, 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, 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 CORREIA³¹⁸ “diversos valores jurídico-criminais” – a estabilidade dos preços e o regula abastecimento do mercado. Se assim é, por que ilícitos poderá ser punido?

³¹⁸ 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, pág. 10.

Entendo que aqui haverá 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 olharmos 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 em análise 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 ordenado e que, caso não consiga alterar os preços, pelo menos faz com que o tenha tentado.

Não podemos esquecer que o artigo 35º, do Decreto-lei 28/84 de 20 de Janeiro, que no nosso ordenamento jurídico prevê o ilícito de especulação de preços, refere na aln 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, onde existirá uma relação de consunção.

Daí que, mais uma vez, assista razão a FIGEIREDO DIAS³¹⁹ 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 dos preços e, assim, na medida em que caiba na punição prevista na especulação.”

³¹⁹ 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, pág. 72, nota 14.

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

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 provatório dos documentos.

Se no ilícito de falsificação de documento estamos perante um ilícito que, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS³²⁰, se situa a “meio caminho entre os crimes contra os bens colectivos e os crimes patrimoniais”, sendo nessa media, “por vezes, visto como um acto preparatório de um crime patrimonial”³²¹ e em que se visa proteger a verdade intrínseca do documento enquanto tal³²², no ilícito de falsificação de pesos e medidas, visa-se proteger a “intangibilidade ou integridade do sistema legal de operações de medição”³²³, sendo este um «um bem jurídico-meio, instrumental ou de perigo»³²⁴ 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, seja para efeitos de forma, ou existência 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) que uma actuação especulativa, ou como actualmente está em voga dizer-se, uma bolha especulativa tenha origem numa falsificação de títulos, ou acções que injectados no mercado façam alterar toda a cotação daquelas que são verdadeiras. 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

³²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, actas 1993, 297, *Apud* MONIZ, Helena Isabel, 1999, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II, Coimbra, pág. 675.

³²¹ ARTZ/Weber, Strafrecht BT LH 4 130-131 e 133, *Apud* MONIZ, Helena Isabel, 1999, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II, Coimbra, pág. 675.

³²² DIAS, Jorge de Figueiredo/ANDRADE Manuel da Costa, *Apud* MONIZ, Helena Isabel, 1999, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II, Coimbra, pág. 679.

³²³ MONTEIRO Cristina Líbano, 1999, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II, Coimbra, pág. 848.

³²⁴ MONTEIRO Cristina Líbano, 1999, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II, Coimbra, pág. 848

difusão de uma notícia falsa onde conste que um dado banco vai fundir-se com um outro dando origem a uma grande instituição financeira, desencadeando com isso uma maior procura das acções dessas instituições e o seu conseqüente aumento de preço. Ou então a notícia falsa que anuncia a eminente falência de um banco fazendo despencar a cotação as suas acções.

Por outro lado, e de acordo com o que vigora no nosso ordenamento jurídico, a prática do ilícito de especulação de preços (veja-se a este propósito o que previu o legislador português no art. 35º, n.º 1, aln c), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, e sem querer aqui deter-me acerca da natureza de tal comportamento) pode, também, verificar-se através da 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, através da “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”. Ou seja, os preços praticados serão superiores àqueles que estão fixados ou anunciados, ou então as quantidades existentes são inferiores ao peso ou medida anunciadas ou fixadas.

Contudo, pode acontecer que o especulador, com vista a adulterar os preços do mercado, adultere, também, tais etiquetas, letreiros, rótulos ou listas, fazendo deles constar preço superior aquele que deveria constar, de forma a ocultar ao mercado e, especialmente, aos consumidores tal alteração de preços efectuada. Ou então, faça constar nos bens a indicação de peso ou medida diferente daquele que efectivamente é o real.

É, pois, manifesta a importância que os documentos³²⁵ e, dentro do nosso ordenamento jurídico, a integridade dos pesos e medidas têm no que diz respeito ao fenómeno especulativo.

Assim sendo, a questão que se coloca é a de saber porque ilícito, ou ilícitos, deverá ser punido o especulador que, com vista à adulteração dos preços no mercado, ou então a praticar preços diferentes daqueles que deveria praticar falsificou documentos, 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

³²⁵ Entendendo-se aqui por documento, a definição que nos é dada pelo artigo 255, aln a) do no Código Penal.

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.

Porque ilícito deverá, então, ser punido o especulador que, com vista à adulteração dos preços no mercado, ou a praticar preços diferentes daqueles que deveria falsificou documentos, pesos ou medidas?

Sendo, neste caso, a falsificação de documentos, de pesos, ou de medidas a forma de atingir um resultado final, só por especulação ilícita 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 consunção³²⁶.

Poder-se á perguntar e porque não punir em termos de concurso efectivo, por exemplo, por crime de falsificação de documento e por crime de especulação de preços? A razão prende-se com o facto de que, apesar de o agente infractor no seu *iter criminis* e antes de atingir o resultado final pretendido ter violado diversos bens jurídicos susceptíveis de serem valorados de forma autónoma ente si, certo é que a adulteração, ou falsificação de documentos, ou de pesos, ou medidas foi somente um meio, uma forma, de atingir um resultado final – a adulteração dos preços. Por via disso, não deverá o agente ser punido em termos de concurso efectivo, mas somente pelo ilícito de especulação de preços.

Contudo, raciocínio idêntico não se poderá fazer na concreta situação típica prevista no art. 35º, n.º 1, aln c), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, que prevê verificar-se o ilícito de especulação quando o agente “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”, ou então a situação típica prevista na aln. d), desse mesmo preceito 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”. De facto, 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.

³²⁶ Neste sentido VALDAGUA, Maria da Conceição, Síntese do Concurso. Disponível na internet em <http://www.lis.ulsiada.pt/old/auditor/seguro/documentos/bib_7/2006/sinteseedoconcurso_341_347.pdf>, pág. 343.

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 ³²⁷, 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, n.º 1 do nosso código penal, “por título não translativo”, pode perguntar-se em que é que isso releva relativamente especulação de preços.

Socorrendo-nos de uma situação prática, pode suceder que o titular de um elevado número de acções de um grande grupo económico, por exemplo, o titular de acções representativas de 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 aquele pelo qual as vendeu, por forma a poder entrega-las a quem lhas confiou, mas reservando par si o lucro proporcionado por aquela transacção.

Efectivamente estaremos, por certo, perante um abuso de confiança³²⁸, na medida em que alguém utiliza o património de outrem, sem o seu consentimento, como se de seu património se tratasse, fazendo-o gerar frutos dos quais se apropria. 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?

Entendo que, pelas mesmas razões já atrás referidas, 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

³²⁷ Neste sentido DIAS, Jorge de Figueiredo, 1999, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II, Coimbra, pág. 94.

³²⁸ Em sentido contrário, veja-se por todos DIAS, Jorge de Figueiredo, 1999, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II, Coimbra, pág. 104, 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.

relação de consunção. Diferente será se esse não foi o seu objectivo. Nesse caso deve ser punido por abuso de confiança.

De facto, 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 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 preços³²⁹.

2.4 - Especulação de preços versus burla

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

Podendo considerar-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, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial (art. 217º, do nosso código penal), então o que dizer da actuação do especulador, através do qual, adultera os preços com intenção de obter lucros que de outro modo não obteria. 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 especulativa, (referindo-nos, aqui, à aln. c) do artigo 35º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) em que o agente económico adultera os preços constantes de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas e faz crer aos adquirentes de tais bens que o novo preço ali aposto (o preço adulterado) é o correcto, poder-se-á dizer, que estamos, também, perante uma actuação enganosa que causa prejuízos a outrem.

Tanto na situação concreta da burla, como na de especulação através da venda de bens por preço superior ao que conste de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas elaborados pela própria entidade vendedora ou prestadora do serviço, é posto em causa o bem jurídico

³²⁹ Neste sentido, embora relativamente a crimes diversos, o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, acessível na internet em:
<<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/386f82a0cab13fb80256e3c005266c6?OpenDocument>>

património (este o bem jurídico especificamente tutelado com a criminalização dos actos de burla).

Podemos, pois, dizer que entre a norma da aln. c), do artigo 35º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, e a norma do n.º 1, do artigo 217º do código penal, existe uma situação de concurso aparente, com a norma do artigo 217º, através de uma relação de consunção, a esgotar a protecção conferida pelo ordenamento jurídico-penal ao bem jurídico colocado em crise³³⁰.

2.5 - Especulação de preços *versus* fraude e mercadorias

Prevê o art. 23º, n.º 1, aln. 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 DIAS³³¹, se traduz no “direito a uma informação 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 mercadorias³³²”.

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”³³³ colocados no mercado.

³³⁰ Neste sentido DIAS, Jorge de Figueiredo, 1999, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II, Coimbra, pág. 287 referindo-se desta feita ao crime de publicidade fraudulenta previsto no art. 40, n.º 2 do decreto-lei n.º 28/84 em confronto com a norma do art. 217º do código penal.

³³¹ DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 91.

³³² DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 93.

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 artigo 35º, nº 1, aln. 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.

Ora, penso não restar duvidas de que este comportamento terá tudo a ver com fraude de mercadorias e com burla, mas não terá, por certo, nada a ver, com especulação de preços. Daí que assista razão a COSTA ANDRADE³³⁴ quando refere que “nem todas as condutas incriminadas e punidas como especulação nos vários números e alíneas do artigo 35º 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 alínea 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 ás 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 DIAS³³⁵ no sentido de que “«de jure condendo» o tipo da al. d) do nº 1 do artº 35 devia ser incluído no art. 23 ou simplesmente suprimido por se considerar que a conduta já se encontra prevista na al. b) o nº 1 do artº 23”.

³³³ DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 94.

³³⁴ Neste sentido ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 409.

³³⁵ DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, nota 185 pág. 94.

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, legal, ou de normas, entre não só, como se disse atrás, a norma do n.º 1, do artigo 217º do Código penal, e a do artigo 35º, n.º 1, aln. d), do decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, mas também com a norma da aln. b), do art. 23º, deste mesmo decreto-lei. Com a norma da aln. b), do art. 23º, a esgotar a protecção conferida pelo ordenamento jurídico-penal ao bem jurídico colocado em crise.

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

Segundo o artigo 378º, 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 é pública, e, desse modo, têm uma posição mais vantajosa no mercado face aos demais que não detêm tal conhecimento, possa usar tal informação em seu proveito ou em proveito de alguém.

Pretende-se com esta proibição, como referem FARIA COSTA e ELISABETE RAMOS³³⁶, “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”.

Procura-se, pois, com a proibição evitar posições de vantagem entre concorrentes no mercado. Todos devem estar 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

³³⁶ COSTA, José de Faria/RAMOS, Maria Elisabete, 2006, O crime de abuso de informação privilegiada (Insider Trading) A informação Enquanto Problema Jurídico-Penal, Coimbra, pág. 37 e 38.

investidores – gera-se a suspeita de que aquele título é alvo de *insider trading* – pode conduzir à depreciação do seu valor de mercado”³³⁷.

Com a proibição do *insider trading* o que está em causa é a existência do próprio mercado de valores mobiliários”³³⁸. Como refere ALEXANDRE BRANDÃO DA VEIGA³³⁹ a proibição da *insider trading* consagra “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, por exemplo, recorreria sempre que pudesse às *short sale*, o que, se por um lado, poderia, inicialmente, 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 pode ser mais um meio capaz de adulterar, ou viciar os preços no mercado e, nessa medida, fazer-se especulação ilegítima de preços.³⁴⁰

Se um dado agente do mercado detiver uma dada informação privilegiada e fizer uso dela, negociando, ou aconselhando alguém a negociar de acordo com essa informação que detém procurando, com isso, alterar os preços do mercado, deverá ser punido porque delito?

Nesta situação, o agente tem em mente uma finalidade última – a adulteração dos preços no mercado –, sendo o uso da informação privilegiada que detém um meio para conseguir tal objectivo. Ora se assim é, poderemos admitir 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 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

³³⁷ COSTA, José de Faria/RAMOS, Maria Elisabete, 2006, O crime de abuso de informação privilegiada (*Insider Trading*) A informação Enquanto Problema Jurídico-Penal, Coimbra, pág. 36.

³³⁸ COSTA, José de Faria/RAMOS, Maria Elisabete, 2006, O crime de abuso de informação privilegiada (*Insider Trading*) A informação Enquanto Problema Jurídico-Penal, Coimbra, pág. 37.

³³⁹ VEIGA, Alexandre Brandão da, 2001, Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados, Almedina, pág. 154.

³⁴⁰ Neste sentido VEIGA, Alexandre Brandão da, 2001, Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados, Almedina, pág. 154, nomeadamente quando refere “nada impede que alguém associe a manipulação ao *insider trading*”.

preços previsto na alínea b), do n.º 1, do artigo 35º 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 que temos aqui que referir e que é o seguinte: o agente económico que negoceia, ou leva a que outrem negoceie com base em informação privilegiada visará 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 artigo 379º, n.º 1, do Código 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, sistematicamente, está inserido, tal com 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 valores³⁴¹, 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.³⁴²

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 artigo 379º, do Código de Valores Mobiliários, quanto a nós até

³⁴¹ Neste sentido VEIGA, Alexandre Brandão da, 2001, Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados, Almedina, pág. 159, quando refere que “a especulação está centrada nos preços e medidas, ao contrário da manipulação que se centra no financiamento do mercado”.

³⁴² Neste sentido VEIGA, Alexandre Brandão da, 2001, Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados, Almedina, pág. 159, quando refere que “a manipulação de preços é apenas uma das muitas possibilidades de manipulação”.

mais abrangente para aquele específico mercado, para se considerar nesse mercado 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 revisão típica da aln. b), do n.º 1, do artigo 35º do decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro), são também idóneos a preencher a previsão típica do ilícito previsto naquele artigo n.º379³⁴³, 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.

³⁴³ Como refere VEIGA, Alexandre Brandão da, 2001, Crime de Manipulação, Defesa e Criação de Mercados, Almedina, pág. 160, “pode mesmo dar-se o caso de a especulação ser instrumental à manipulação”.

Capítulo VI

Conclusões

Num estado de direito democrático e de economias ditas desenvolvidas há uma série de *bens jurídicos* (como sejam o direito ao trabalho, à qualidade dos bens e serviços, à protecção da saúde, segurança e protecção dos interesses económicos dos consumidores, o direito à iniciativa privada, entre outros) que se consideram fundamentais dada a sua relevância e preciosidade para cada um dos indivíduos em particular e, porque não dizê-lo, para todos, em geral. Por esse motivo, não só a lei fundamental portuguesa – a Constituição – mas também as Constituições da generalidade dos países onde vigora um Estado de direito democrático e uma economia de mercado livre os consagram nos seus catálogos de direitos fundamentais.

Por sua vez, a sociedade de consumo em que vivemos, fruto da globalização, é também uma sociedade de novos, ou pelo menos reformulados, valores ou interesses. Valores esses que são bens jurídicos que, mais que pertencerem a cada um dos indivíduos em concreto, pertencem a todos em geral, ou a todos suscitam interesse. Desses novos interesses, ou bens jurídicos surgidos muitos não contam com o *referente pessoal* que encontramos nos bens jurídicos clássicos. Alguns desses novos bens jurídicos, são interesses próprios não dos indivíduos, mas do Estado, ou do próprio sistema económico (v.g. a estabilidade dos preços no mercado, e a livre concorrência), sendo, por isso, bens jurídicos supra individuais, ou até trans-individuais, mas a que urge também proteger.

Como refere FIGUEIREDO DIAS,³⁴⁴ “ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, trans-individuais, trans-pessoais, colectivos.” Quer os novos bens jurídicos (sejam ou não da sociedade de consumo) quer os bens jurídicos da época da revolução industrial, todos eles são interesses dignos de tutela legal. Não havendo, por isso, bens jurídicos de primeira, de segunda e de terceira. Todos têm dignidade jurídica. Contudo, o mesmo não se dirá quando toca a averiguar da sua dignidade penal, sendo que nem todos têm tal dignidade, só a tendo aqueles que causam um grau de lesão insuportável a bens jurídicos fundamentais ao indivíduo ou à comunidade.

³⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, in *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal, Sobre a doutrina geral do crime*, pág. 175.

No que diz respeito ao bem jurídico estabilidade dos preços, este, até pelo seu passado histórico³⁴⁵, não é um novo bem jurídico surgido da sociedade de consumo, tendo, isso sim, adquirido nesta uma nova dimensão, uma nova actualidade, podendo-se considerar um bem jurídico reformulado (um velho/novo bem jurídico).

Sendo o bem jurídico estabilidade dos preços, um bem jurídico respeitante à economia, mais concretamente relacionado com o funcionamento do mercado, através da sua tutela visa-se, mais que a salvaguarda da estabilidade dos preços em si, a salvaguarda da estabilidade do próprio mercado e, com isso, permitir que se criem condições para o desenvolvimento económico em geral.

Tal conclusão se alcança, também, claramente, do disposto do artigo 379º, n.ºs 1 e 2, do Código de Valores Mobiliários.

Posto isto, deverá, então o Estado ceder ao apelo de criminalizar as condutas que mais alarido social causarem?

Como ficou dito atrás, na esteira de HOMMEL³⁴⁶, “O jurista e o político que pensa com autonomia não deve ceder à sugestão de práticas morais ou palavras sonoras e cair no erro de procurar a dimensão do delito em algo que não seja exclusivamente o dano que do facto resulta para a sociedade”.

Para que um comportamento seja criminalizado ele não pode ser juridicamente neutro, como acontece nos comportamentos punidos como contra-ordenação, tendo antes que comportar elevado grau de danosidade ou perigosidade para bens jurídicos, que não serão todos os bens jurídicos, mas somente aqueles que encontra reflexo no texto constitucional. Como refere FIGUEIREDO DIAS,³⁴⁷ “um bem jurídico politico-criminalmente tutelável existe ali – e só ali – onde se encontra reflectido num valor juridico-

³⁴⁵ Conforme DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *Problemática geral das infracções contra a economia nacional*. In *Direito Penal económico e europeu: Textos doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra: Coimbra Editora, pág. 323 e 324 “Não que anteriormente se desconhecemos casos de autêntico direito penal económico. A punição – por vezes drástica – do açambarcamento, da especulação, da venda bens essenciais deteriorados, da violação das normas sobre exportação de certos bens, é fenómeno que se localiza em todas as épocas da história. No direito romano, a *lex Julia de anona*, editada no tempo de César e cuja vigência se prolongo até Justiniano, punia severamente a alta dos preços e o ilícito em matéria de importação e comércio de cereais”.

³⁴⁶ HOMMEL Apud ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 391. Neste sentido, também AQUINO, Tomás, in *Summa Theologica*, 1.º, 2ª, 96, at. 2, Apud, DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 41.

³⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 47.

constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que “preexiste” ao ordenamento jurídico-penal”.

A dignidade penal do bem jurídico não é, nem pode ser, conferida pela norma penal que o tutela, preexistindo à norma.

O Direito Penal deve pois obedecer ao princípio do bem jurídico,³⁴⁸ tendo por função suprema a defesa dos bens jurídicos fundamentais, imprescindíveis para a “convivência humana”³⁴⁹. Só a esses interesses fundamentais deve o Direito Penal dispensar a sua tutela, sendo a ordem jurídico-constitucional, o *quadro obrigatório de referência à actividade punitiva do Estado*.³⁵⁰

Se a Constituição considera um dado bem jurídico fundamental, ele poderá vir, então, a adquirir dignidade penal, caso contrário, tal não acontecerá.

Só quando esse bem jurídico que se pretende tutelar obtém substrato ou reflexo nos valores constitucionais é que ele poderá ter dignidade penal. Só assim se respeitará o princípio da legalidade. No entanto, como vem refere SILVA DIAS³⁵¹, não é pelo facto de

³⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 51.

³⁴⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 389.

³⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 48 de acordo com ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 389, “O crime é, em primeira linha, lesão de um bem jurídico e só complementarmente a violação de um dever jurídico, mas não o contrário.” Já segundo JESCHECK, *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, *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, pág. 389 “Ao Direito Penal (...) é cometida a missão de proteger bens jurídicos. A toda a norma jurídico-penal subjazem juízos de valor positivos sobre bens vitais imprescindíveis para a convivência humana em sociedade que são, por isso, mercedores de protecção através do poder coactivo do Estado representado pela pena.

³⁵¹ DIAS, Augusto Silva, 2001, 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, pág. 16, Anotação 31, “não significa evidentemente que com a afirmação da dignidade penal de certos comportamentos, está justificada a respectiva criminalização. Apenas foi dado um primeiro passo nesse sentido. Tem de se somar um outro que consiste em saber se a intervenção penal é no caso necessária, ou seja, imprescindível e eficaz. Só se, tudo medido, a resposta for afirmativa é legítima a configuração do comportamento como crime.”

Na esteira de DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel Costa, 1992, in *Criminologia : O homem delincente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, pag.407, “A definição duma conduta como socialmente danosa, isto é, lesiva de bens jurídicos cuja integridade é importante, porventura mesmo imprescindível á subsistência da comunidade, não esgota porém o problema da legitimidade da criminalização. A dignidade penal constitui apenas a *legitimidade negativa* (HASSEMER), sendo suficiente para impor a descriminalização ou contrariar a criminalização *ex novo*, mas não impor, sequer para legitimar positivamente, a criminalização”. Ainda segundo estes professores da escola de Coimbra, in *Criminologia : O homem delincente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 406, “o conceito de dignidade penal implica, assim, um princípio de *imanência social* e um *princípio de consenso*. O primeiro significa que não deve assegurar-se através das sanções criminais a prossecução de finalidades socialmente transcendentais,

um bem jurídico ter dignidade penal que a sua criminalização se encontra justificada. Mesmo que um bem jurídico tenha dignidade penal só deve sofrer a intervenção do Direito Penal na sua salvaguarda quando nenhum outro ramo do direito o seja capaz de tutelar cabalmente. A isso impõe o princípio constitucionalidade da necessidade ou, como refere TERESA BELEZA³⁵², o princípio da *intervenção mínima*.

Se o legislador optar por criminalizar uma dada conduta por ofensiva de um dado bem jurídico com dignidade penal, mas a salvaguarda do mesmo for perfeitamente conseguida através de um outro ramo do direito, então isso significa que a intervenção do Direito Penal, naquela situação, não é *imprescindível*, e se assim é, aquela norma criminalizadora viola materialmente os princípios constitucionais da necessidade e proporcionalidade, pelo que estará ferida de inconstitucionalidade material³⁵³.

Dissemos que, a ordem de valores do Homem e da sociedade da idade da revolução industrial, ao nível económico e ambiental, quase não encontra correspondência com a ordem de valores actual. Prova disso é que os negócios são feitos à escala global ou planetária. A compra e venda de valores mobiliários (o negócio bolsista) é uma forma, e das mais rentáveis, de investimento e de criação de riqueza que antes não existia.³⁵⁴

Mas se a ordem de valores se alterou, também, ao nível da criminalidade tudo se modificou. A criminalidade tornou-se transfronteiriça³⁵⁵, não tendo, como bem refere FARIA COSTA³⁵⁶, *locus delicti*. O fenómeno da criminalidade, dissemos, assume cada vez mais níveis de extrema organização, existindo organizações criminosas (mafiosas ou terroristas) mais poderosas que muitos Estados.

designadamente moralistas ou ideológicas. O segundo, por seu turno, postula a redução do direito criminal ao núcleo irredutível – se bem que historicamente variável – dos valores ou interesses que cotam com o apoio generalizado da comunidade”.

³⁵² Neste sentido, também, BELEZA, Teresa Pizarro, 1984, *Direito Penal, Vol. I*, 2ª ed., revista e actualizada. [S.l.]: AAFDL, pág. 35, “o direito penal só deve intervir, só deve querer aplicar-se, só deve tomar conta de um certo tipo de actuações ou de actos quando isso for por um lado eficaz e por outro necessário.”

³⁵³ Neste sentido DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral o crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 57

³⁵⁴ Como refere COSTA, José de Faria, 2009, *Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 97, “poder-se à dizer que a globalização se recorta como «mecanismo» social hiperdinâmico que torna globais os espaços económicos, culturais e informativos que antes se estruturavam, primacialmente, a um nível nacional.”

³⁵⁵ COSTA, José de Faria, 2009, *Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 99. Segundo este autor, a criminalidade economia “tem cada vez menos um espaço, um território nacional, onde se desenvolva e perpetre”.

³⁵⁶ COSTA, José de Faria, 2009, *Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico*. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 100.

Da nossa parte entendemos que o Direito Penal, especialmente o Direito Penal Económico, deve intervir nestes novos domínios (no domínio dos novos riscos) tutelando e protegendo os novos bens jurídicos.

O Direito Penal não é, nem pode ser, estaque sendo capaz de acompanhar a mudança dos tempos e dar resposta às novas solicitações de que for alvo”, tanto mais que, “é da própria natureza desta área do Direito Penal atender essencialmente à repressão das condutas em si mesmas lesivas dos valores fundamentais do ordenamento socioeconómico³⁵⁷”. Ponto é que saiba manter-se sempre fiel à sua missão – tutela subsidiária de bens jurídicos³⁵⁸ com dignidade penal³⁵⁹.

O Direito Penal Económico é um verdadeiro Direito Penal que goza da mesma dignidade que o Direito Penal Clássico tutelando bens jurídicos novos ou reformulados, mas com autonomia face aos do Direito Penal Clássico.

São bens jurídicos (tais como o direito à saúde, à qualidade e genuinidade dos bens, nomeadamente bens alimentares, o direito a uma publicidade verdadeira, ou o direito a uma igualdade de condições de acesso ao mercado), com natureza supra individual e na medida em que tais bens jurídicos a toda a comunidade, directa ou indirectamente, interessam e a ela são fundamentais, tem, ou podem ter, dignidade jurídico-penal.

Sendo a estabilidade dos preços também um bem jurídico supra-individual, há-de caracterizar-se, tal como os demais, por ser *artificialmente construído*³⁶⁰, sendo a sua identificação feita, como refere COSTA ANDRADE³⁶¹, “à custa de múltiplos elementos hermenêuticos, designadamente do apelo à própria descrição da conduta incriminadora”.

Por outro lado, sendo um bem jurídico próprio da economia, a sua tutela só colateralmente, ao contrário do que defende HENRIQUES GASPAR³⁶², protege interesses

³⁵⁷ In Texto preambular do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

³⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, 2001, in *Temas Básicos da Doutrina Penal : Sobre os fundamentos da doutrina penal, A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 175.

³⁵⁹ Dignidade penal essa que, na esteira de DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, 1992, in *Criminologia, O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, pág.406, implicará como aí referem estes autores respeito por um princípio de *imanência social* e um *princípio de consenso*.

³⁶⁰ Neste sentido ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro), Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 404. Ainda segundo este autor, “são bens jurídicos que não contam com um referente ontológico claramente definido como acontece v.g. com a vida ou a integridade física, nem contam sequer com um referente culturalmente em termos de identidade, consistência e consenso generalizado, como sucede seguramente com a propriedade, a honra, a liberdade, etc.”.

³⁶¹ ANDRADE, Manuel da Costa, 1998, in *A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro), Direito Penal Económico e Europeu : Textos Doutrinários*, Vol. I, Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 404.

³⁶² GASPAR, Henriques, 1995, in *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 448, pág. 44.

patrimoniais, ou melhor dizendo, interesses económicos dos consumidores³⁶³. Estes, sim, com dignidade constitucional.

Em sede do nosso ordenamento jurídico, a estabilidade dos preços não foi acolhida dentro do catálogo dos direitos e deveres fundamentais, nomeadamente ao nível dos de cariz económico, social ou cultural, só se fazendo alusão à especulação de preços, como actividade a combater (tal como às práticas restritivas da concorrência) no domínio das normas que estabelecem os objectivos da política comercial (art. 99º, aln c), da C.R.P).

Alem disso, enquanto bem jurídico próprio da economia ganhou e perdeu importância ao longo dos tempos, conforme se viveu, ou não, em época de crise económica, e cuja essa importância variou de lugar para lugar, conforme o Estado pretendesse, ou não, interferir na economia.

Vistas as coisas pela perspectiva que fica exposta, que o bem jurídico estabilidade dos preços, axiologicamente, é digno de tutela jurídica, não temos dúvidas. No entanto, a protecção dispensada pelo Direito Penal deve reservar-se para interesses fundamentais axiologicamente análogos aos da constituição. Ora, a estabilidade dos preços é um bem jurídico que diz directamente respeito à economia e só indirectamente, ou colateralmente se pode considerar um interesse do indivíduo ou da comunidade, nomeadamente dos consumidores. Deste modo, sendo um bem jurídico próprio da economia, ligado ao seu funcionamento e à política económica e comercial, não é um interesse que faça parte do catálogo dos interesses fundamentais, com dignidade constitucional.

A protecção da estabilidade dos preços e o conseqüente combate às práticas especulativas é um interesse que, ao lado da proibição das práticas restritivas da concorrência (e veja-se o que acontece na nossa ordem jurídica) é tutelado não ao nível dos interesses fundamentais, mas antes ao nível das normas relativas à organização económica e, dentro destas, ao nível das normas que estabelecem os princípios e objectivos da política comercial (Artigo 99º, da CRP).

A nossa lei fundamental, da mesma forma que determina como princípio e objectivo da política comercial o combate às actividades especulativas, impõe, também, o combate às práticas restritivas da concorrência. São, assim, ambos os bens jurídicos – estabilidade dos

³⁶³ Em sede de direito comparado veja-se a este propósito MARTINEZ, Carlos, PEREZ, Bujan, 2000, in *El delito de maquinaciones para alterar los precios que habriam de resultar de la libre concurrencia, in sistema penal de protección del mercado y de los consumidores, actas del II seminario internacional de derecho penal económico*. Jerez: Ed. Luís Ramon Ruiz Rodrigues, pág. 95, para quem, relativamente ao tratamento que é dado a esta matéria em sede de direito espanhol, refere: “en el presente delito no se orienta directamente a proteger los intereses de alguna de las partes intervinientes en el mercado, sean los de los consumidores sean los de los competidores, sino la propia libertad de mercado, com independência de que ello favorezca o perjudique las expectativas patrimoniales del consumidor”.

preços e concorrência – tratados em pé de igualdade e ao mesmo nível constitucional. E justifica-se que assim seja, tanto mais que entre especulação de preços e práticas restritivas da concorrência existe uma relação estreita (muitas vezes de causa e efeito) sendo que ambas causam instabilidade no mercado e, especialmente, aos preços aí praticados.

Ora, se constitucionalmente têm um tratamento igualitário, entendemos que nenhuma razão existe para haver tratamento díspar aos bens jurídicos a não ser uma opção governamental de cariz intervencionista a nível económico (motivada por razões políticas, económicas e sociais), ou, ainda, uma razão histórica, já que sempre foram, de um modo ou de outro criminalizadas determinados comportamentos tidos como especulativos e porque, de um modo ou de outro, as práticas especulativas sempre causaram alarido e repulsa social que serviu de justificação à sua criminalização. Ora isto acaba por se traduzir numa cedência à tentação a que todo o Estado deve resistir de funcionalizar o Direito Penal.

O bem jurídico, estabilidade de preços, enquanto for visto de forma restrita, como um bem jurídico ligado ao sector económico e ao funcionamento da economia, e pelos argumentos atrás exposto, entendemos que não tem dignidade jurídico-penal³⁶⁴ para ser protegido através do recurso a tais normas restritivas dos direitos fundamentais. O Estado não pode nem deve utilizar o Direito Penal como instrumento de protecção ou regulação do bom funcionamento do sistema económico. Essa não é a missão do Direito Penal.

Por outro lado, do ponto de vista da oportunidade de recurso à tutela penal para a protecção dos bens jurídicos, o ramo do direito e sanções a que se recorreu para a salvaguarda da leal concorrência no mercado mostram-se eficientes para a salvaguarda do bem jurídico aí tutelado. Mais até (sem sombra de qualquer duvida) que o recurso ao Direito Penal e às suas sanções para a tutela do bem jurídico estabilidade dos preços. Porquê não recorrer, então, a eles no que toca à protecção da estabilidade dos preços? Penso estar o Direito Penal, através do recurso que a si é feito para tutela do bem jurídico estabilidade dos preços, a ser banalizado e vítima e uma funcionalização, coisa que se deve evitar.

Tenha-se, pois, como se disse atrás, coragem de, nesta matéria, retribuir a dignidade (furtada) ao Direito Penal.

³⁶⁴ Para DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel Costa. 1992. *Criminologia: O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, pág. 406, “o conceito de dignidade penal implica, assim, um princípio de imanência social e um princípio de consenso. O primeiro significa que não deve assegurar-se através das sanções criminais a prossecução de finalidades socialmente transcendentais, designadamente moralistas ou ideológicas. O segundo, por seu turno, postula a redução do direito criminal ao núcleo irredutível se bem que historicamente variável – dos valores ou interesses que contam com o apoio generalizado da comunidade”

De jure condendo, criminalizar um comportamento (especulativo ou não) que atenta contra os interesses económicos e patrimoniais dos consumidores, desde que tal criminalização seja de acordo com critérios de proporcionalidade e necessidade, e desde que o ponto de partida e os interesses directamente tutelados com a norma incriminadora sejam a defesa dos interesses do consumidor, é de aplaudir e louvar. Agora, criminalizar comportamentos (especulativos ou não) com o objectivo directo de tutelar o funcionamento ou organização do sistema económico, entendemos não ter sentido.

Este é um domínio da administração e das suas normas devendo ser tutelado com recurso ao direito contra ordenacional.

Ao Direito Penal o que é do Direito Penal!

Bibliografia

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19-02-1992. Disponível na internet em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/859c5169d1d1049e802568fc003a00c0?OpenDocument&Highlight=0,burla,falsifica%C3%A7%C3%A3o,concurso>>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20-11-2003. Disponível na internet em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/386f82a0cabc13fb80256e3c005266c6?OpenDocument>>

ARAÚJO, Fernando. 2007. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina.

ARROJA, Pedro. 1989. *O Estado e a Economia*. Porto: Vida Económica.

ANDRADE, Manuel da Costa. 1998. 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.

BELEZA, Teresa Pizarro. 1984. *Direito Penal*, 1º Vol., 2ª ed., revista e actualizada. [S.I.]: A.A.F.D.L..

BAJO, Miguel, BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Economico*. Coleccion Cura. [S.I.]: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A..

BORGES, J. Marques. *Direito penal Económico e Defesa do Consumidor*. [S.I.]: Rei dos Livros.

BRITO, Teresa Quintela. 2000. *A tentativa nos crimes comissivos por omissão: Um problema de Delimitação da conduta típica*. Coimbra: [s.n.].

CANOVES, Antonio Moreno, MARCO, Francisco Ruiz. 1996. *Delitos Socioeconomicos: Comentario a los art.s 262, 270 a 310 del Nuevo Código Penal*. [S.l.]: Editorial Edijus.

CHAVES, Eduardo Arala. 1961. *Delitos contra a saúde pública e contra a economia nacional*. Coimbra: Coimbra Editora.

COLECTÂNEA DE JURISPRUDÊNCIA. 1985, Tomo II; 1986, Tomo I; 1988, Tomo II e Tomo III; 1989, Tomo IV; 1998, Tomo III; 2002, Tomo IV. Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”. Coimbra: Associação de Solidariedade Social “Casa do Juiz”.

CORREIA, Eduardo. 1998. Notas críticas à penalização de actividades económicas. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*. Vol. I, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA, José de Faria, ANDRADE, Manuel da Costa. 1998. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*. Vol. I, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA, José de Faria. 2003. *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto.

COSTA, José de Faria. 2009. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. 1995. *Constituição e Crime: Uma perspectiva da criminalização e a descriminalização*. Porto: Universidade Católica.

D’ALMEIDA, Luís Duarte. 2004. *O “Consumo de Normas” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina.

D’ANDRADE, Francisco José Cabral. 1980. *Relação Económica*. Coimbra: Coimbra Editora.

Diário da República N.º 119, I série – A, de 23 de Maio.

DIAS, Augusto Silva. 2001. *Protecção Jurídico Penal de Interesses dos Consumidores*. Edição policopiada das Lições ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumo e em Direito Penal Económico e Europeu – Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra.

DIAS, Jorge de Figueiredo. 2001. *Temas Básicos da Doutrina Penal: Sobre os fundamentos da doutrina penal, Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo. 2004. *Direito Penal: Parte geral, Tomo I: Questões fundamentais: A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo. 1998. O movimento da discriminação e o ilícito de mera ordenação social. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*. Vol. I, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo. 1985. *Direito Penal Económico: Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciais.

DIAS, Jorge de Figueiredo. 1999. Sobre o crime anti-económico de açambarcamento por recurso de venda. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo. 1993. *O Direito Penal Português: As Consequências Jurídicas do Crime*. [S.l.]: Aequitas e Editorial Noticias.

DIAS, Jorge de Figueiredo. 1983. *Os Novos Ramos da Política Criminal e o Direito Penal Português*. [S.l.]: Revista da Ordem dos Advogados.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel Costa. 1998. Problemática geral das infracções contra a economia nacional. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*. Vol. I, Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel Costa. 1999. Problemas de especulação e sucessão de leis no contexto dos regimes de preços controlados e declarados. In *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*. Vol. I: Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel Costa. 1992. *Criminologia: O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora.

Lello Escolar: Novo Dicionário Ilustrado Da Língua Portuguesa, Com Um Epítome De Gramática E Regras Ortográficas. 1986. Porto: Lello & Irmão – Editores

FERNANDES, Paulo Silva. 2001. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal: Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina.

GASPAR, Henriques. 1995. *Relevância Criminal de Práticas Contrárias aos Interesses dos Consumidores*. Boletim do Ministério da Justiça, n.º 448.

MARTINEZ, Carlos, PEREZ, Buján. 2000. *El delito de maquinaciones para alterar los precios que habían de resultar de la libre concurrencia: Sistema Penal de Protección del Mercado y de Los Consumidores (Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico)*. Jerez: Ed. Luis Ramon Ruiz Rodrigues.

MARTINEZ, Soares. 1991. *Economia Política*. 5ª ed. Coimbra: Almedina.

MENDES, Castro. 1984. *Introdução ao Estudo do Direito*. [S.l.]: [s.n.]

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. 2005. *Constituição Portuguesa: Anotada*, Tomo I. Coimbra: [s.n.].

MONIZ, Helena Isabel. 1999. Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II. Coimbra.

MONTE, Mário Ferreira. 1996. *Da Protecção Penal do Consumidor: O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo*. Coimbra: Almedina.

MONTEIRO, Cristina Líbano. 1999. Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte especial, Tomo II. Coimbra.

PEREIRA, Rui Carlos. 1995. *Dolo de Perigo*. Lisboa: Lex.

PORTO, Manuel Carlos Lopes. *Economia: Um texto introdutório*. 2ª ed. Coimbra: Almedina.

RIGHI, Esteban. *Derecho Penal Economico Comparado*. Editorial Revista de Derecho Privado: Editoriales de derecho reunidas.

RIVAS, Javier Alonso. 1983. *El Comportamiento del Consumidor Una Aproximacion Teorica con Estudios Empiricos*. Madrid: Instituto Nacional del Consumo.

SAMUELSON/NORDHAUS. *Economia*. 12ª ed. [S.l.]: McGraw Hill.

SANTOS, António Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuela Leitão. 2008. *Direito Económico*. 5ª ed. Coimbra: Almedina.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz Santos. 2001. *O Crime do Colarinho Branco*. Boletim da Faculdade de Direito: Studia Jurídica 56. Coimbra

SILVA, Calvão. 1990. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina.

VALDAGUA, Maria da Conceição. *Síntese do Concurso*. Disponível na internet 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*. Coimbra: Almedina.

VIDAL, Caetano Leglise da Cruz. 1964. *Em redor do termo «especulação»*. Revista de Contabilidade e Comércio, n.º 121, Janeiro – Março, Vol. XXXI.