

- MARCELINO ABREU -

ESPECULAÇÃO DE PREÇOS

Da (In) Dignidade Penal do Bem Jurídico Tutelado
(Uma análise tendo por base o
ordenamento jurídico português)

Prefácio do
Professor Doutor Fernando Torrão

Posfácio do
Dr. Rui da Silva Leal

- MARCELINO ABREU -

ESPECULAÇÃO DE PREÇOS

Da (In) Dignidade Penal do Bem Jurídico Tutelado

(Uma análise tendo por base o
ordenamento jurídico português)

Autor

Marcelino Abreu

Editor

Nova Causa

Edições Jurídicas

Paginação e capa

Bruno Dias

www.bdias.pt

ISBN

978-989-8515-19-3

Impressão e Acabamento

NORPRINT

A casa do livro

Data de Edição

Setembro 2015

A reprodução, total ou parcial, desta obra, por fotocópia ou qualquer outro meio, mecânico ou electrónico, sem prévia autorização do autor e do editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

- MARCELINO ABREU -

ESPECULAÇÃO DE PREÇOS

Da (In) Dignidade Penal do Bem Jurídico Tutelado

(Uma análise tendo por base o
ordenamento jurídico português)

ÍNDICE

Agradecimentos	4
Resumo	10
Abstract	11
Palavras-Chave	12
Abreviaturas	13
Introdução ao tema	14
CAPÍTULO I	18
DOS CONCEITOS EM GERAL	18
1 O Conceito de preço	18
1.1 Formação dos preços	22
1.2 A importância da estabilidade dos preços para a economia e as formas de intervenção do Estado ao nível dos preços.	25
2 O conceito de lucro	29
2.1 O lucro como margem de comercialização.	32
2.2 O lucro, um valor livremente fixado?	34
3 O conceito de especulação	37
3.1 A especulação lícita ou legítima por contraposição à especulação ilegítima	37

3.1.1 A especulação lícita ou legítima	37
3.1.2 Especulação ilegítima	43
3.1.2.1 A especulação silenciosa ou dissimulada.	47
3.1.2.2 Aumento do lucro, o (único) objectivo da especulação ilegítima de preços.	51
3.2 Especulação de preços e práticas restritivas da concorrência, que relação?	52
3.2.1 Dumping, um comportamento anticoncorrencial, mas, também, uma forma de especulação.	54
3.3 Inflação versus especulação de preços	57
3.3.1 Da noção de inflação e seus efeitos sobre a economia	57
3.3.2 A (aparente) confusão entre inflação e especulação.	60
3.4 Açambarcamento, outra forma de especulação?	63
3.4.1 A (aparente) confusão entre especulação e açambarcamento. O açambarcamento como forma de comissão da especulação.	66
3.5 Vendas a descoberto ou vendas curtas (Short selling), uma forma de especulação ilegítima?	69
3.6 Noção de especulação ilegítima	72
3.7 O fenómeno das bolhas especulativas (brevíssima alusão)	75
CAPÍTULO II	82
1 Evolução histórica (introdução)	82
1.1 A especulação (ilegítima) de preços no código penal de 1852, de acordo com a reforma de 1886.	83
1.1.1 O bem jurídico tutelado	83
1.1.2 Tipicidade objectiva	84
1.1.3 Tipicidade subjectiva	86
1.2 A especulação de preços no âmbito do decreto n.º 29 946 de 10 de Outubro de 1939.	86
1.2.1 O bem jurídico	87
1.2.2 Tipicidade objectiva	87
1.2.3 Tipicidade subjectiva	89
1.3 O decreto-lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957	90
1.3.1 O bem jurídico	91
1.3.2 Tipicidade objectiva	93
1.3.3 Tipicidade subjectiva	96
1.4 O decreto-lei n.º 329-A/74, de 10 de Julho (breve alusão)	96
1.5 O decreto-lei n.º 75-Q/77, de 28 de Fevereiro (breve alusão)	98

CAPÍTULO III	101
NOVOS HORIZONTES DE INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL	101
1 Sociedade de consumo, sociedade de risco – novos riscos novas vítimas	101
1.1 A natureza dos (novos) bens jurídicos da sociedade do risco e, em especial, do bem jurídico estabilidade dos preços.	107
1.2 A constituição como ordem jurídica de referência axiológica para toda a actividade criminalizadora do Estado.	111
2 O direito penal económico como verdadeiro direito penal que tutela bens jurídicos com dignidade penal	117
2.1 Colocação do problema.	117
2.2 Os bens jurídicos do Direito Penal Económico.	121
2.3 A necessidade de antecipação da tutela penal no domínio dos (novos) riscos, em especial no direito penal económico	127
2.3.1 O recurso aos crimes de perigo como meio de antecipação da tutela penal	127
2.3.2 O recurso à punibilidade da tentativa como regra e não exceção, outra forma de antecipação da tutela penal nos crimes económicos	130
CAPÍTULO IV	134
O ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL DO BEM JURÍDICO ESTABILIDADE DOS PREÇOS E SUA DIGNIDADE JURÍDICO-PENAL.	134
1 O enquadramento jurídico-penal do bem jurídico.	134
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)	137
1.1.1 Os bens jurídicos protegidos	137
1.1.2 Análise das condutas típicas	141
1.1.2.1 Tipicidade objectiva	141
1.1.2.2 Tipicidade subjectiva	148
1.2 Da dignidade jurídico-penal do bem jurídico estabilidade dos preços e o seu paralelismo com o bem jurídico (leal) concorrência.	150
1.2.1 O recurso às sanções penais como um meio excessivo na tutela do bem jurídico estabilidade dos preços	161
1.3 A manipulação de preços nos bens e serviços essenciais	164

CAPÍTULO V	170
ACERCA DA RELEVÂNCIA OU IRRELEVÂNCIA DO CONCURSO PENAL EM SEDE DE ESPECULAÇÃO ILÍCITA DE PREÇOS.	
ESPECULAÇÃO DE PREÇOS VERSUS OUTRAS FORMAS DE ILÍCITO PENAL VISTO Á LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS VIGENTE.	170
1 Colocação do problema	170
Especulação de preços <i>versus</i> outras formas de ilícito penal.	177
2.1 Especulação de preços <i>versus</i> açambarcamento	177
2.2 Especulação de preços <i>versus</i> ilícito de falsificação (de documento ou de peso ou medida)	180
2.3 Especulação de preços <i>versus</i> abuso de confiança	185
2.4 Especulação de preços <i>versus</i> burla	186
2.5 Especulação de preços <i>versus</i> fraude e mercadorias	188
2.6 Especulação de preços <i>versus</i> abuso de informação privilegiada	190
2.7 Especulação de preços <i>versus</i> manipulação do mercado	193
CAPÍTULO VI	196
CONCLUSÕES	196
Bibliografia	205

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 incompatíveis 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 duvidas)¹ tão nefasto económica e socialmente que mereça pura e simplesmente ser “perseguido” e banido? Como escreveu PEDRO ARROJA², referindo-se às “posições curtas” (venda a descoberto ou venda curta – em inglês *Short selling*), “Em situações de queda pronunciada das Bolsas, como nos dias subsequentes ao 11 de Setembro ou nas últimas semanas da recente crise financeira, virtualmente, os únicos compradores que aparecem no mercado são os especuladores curtos, comprando a preço mais baixo aquilo que venderam a preço mais alto, fechando as suas posições e encaixando os seus lucros. Não fossem eles a suportar o mercado, e a queda do mercado seria mais pronunciada – se calhar, de proporções catastróficas”. Serão, pois, todos os comportamentos especulativos, ao nível dos preços, um atentado tal a bens jurídicos³ 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

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 Arroja, Pedro, texto datado de 23/08/2008, publicado na internet no endereço <<http://pedroarrojagrupofinanceiro.blogspot.pt/2008/09/especulao-poses-curtas.html>>

3 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.”

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 e controverso⁴, quer ao nível do sistema económico e das suas implicações nesse sector (principalmente quando se recorre a ele com vista a manipular as condições existentes no mercado), quer ao nível da sua potencial capacidade de conflituar 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 mexer, agitar (por contraposição a estagnar) os mercados, gerando ganhos a uns e perdas, é certo, a outros (não fossem os especuladores, como refere SAMUELSON/NORDHAUS⁵, aquelas pessoas que “estão dispostas a correr riscos”, permitindo que outras se furtem a eles), também não deixa de ser verdade que a especulação desenfreada e despregrada, que é o que assistimos na actualidade, pode trazer inúmeros e gravosos danos 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 e ao determinar, por regra, a subida dos preços o que faz com que se tenha que pagar mais pelos mesmos bens.

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, 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

4 Como escreveu SILVA, Miguel Montenegro, in *Algumas Considerações sobre a Especulação nos Mercados Financeiros*, artigo 10/2010, acessível na internet no endereço electrónico: <http://www.gpeari.min-financas.pt/investigacao/artigos-do-bmep/2010/Artigo-10-Algumas-Consideracoes-sobre-a.pdf> “O conceito especulação é tradicionalmente gerador de tensões e discussões profundas, dada a diversidade de conotações positivas e negativas a que está associado”.

5 SAMUELSON/NORDHAUS, in *Economia*, 12^a ed. [S.I.]: McGraw Hill, pág. 611.

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"*, intervém nos mercados quando, por exemplo, 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.

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”⁶, por serem nefastos à economia e à estabilidade dos mercados.

O denominador comum à censura legal da especulação de preços é a imediata subida do preço e nunca a sua descida. No entanto, somos, desde já, levados a afirmar que o “dumping”⁷ e as condutas tendentes a provocar um abaixamento desmesurado dos preços, quando as mesmas afectem ou, pelo menos, ponham em perigo a estabilidade dos preços, podem, em nosso entender, ser, também elas, em certos casos, 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 económico e jurídico da especulação de preços, que nos vamos deter neste trabalho.

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

7 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.

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 (conceito que, como veremos, mantém estrita conexão como a especulação de preços) e terminando no de especulação, onde procuraremos dar o nosso contributo para uma definição do conceito de especulação ilícita dos preços.