

mutuamente, mormente quando essa inutilização ofende exigências de boa fé e de justiça material.

O recurso merece, pois, provimento.

14 — Pede o recorrido que os recorrentes sejam condenados como litigantes de má fé, em multa e indemnização a seu favor, em montante não inferior a € 2500.

Todavia, procedendo o recurso decorrente da actividade processual desenvolvida pelos recorrentes, não pode concluir-se pela verificação dos requisitos a que a condenação àquele título está legalmente subordinada (artigo 456.º do CPC).

Impõe-se, assim, o indeferimento de tal pedido.

C — **Decisão.** — 15 — Destarte, atento tudo o exposto, o Tribunal Constitucional decide:

- a) Julgar inconstitucional, por violação do direito de acesso aos tribunais, na sua dimensão de direito ao recurso, consagrado no artigo 20.º, n.ºs 1 e 5, e dos princípios da justiça e da tutela da confiança, insitos no princípio do Estado de direito democrático, estabelecido no artigo 2.º, todos os preceitos da CRP, a norma do artigo 681.º do CPC, na interpretação segundo a qual a interposição de recurso de acórdão do Tribunal da Relação para o Tribunal Constitucional constitui facto inequivocamente incompatível com a vontade de, posteriormente, se recorrer do mesmo acórdão do Tribunal da Relação para o STJ, quando aquele recurso para o Tribunal Constitucional vem a não ser admitido por ser haver considerado não ter havido renúncia, com o conseqüente não esgotamento dos recursos ordinários;
- b) Conceder provimento ao recurso;
- c) Ordenar a reforma da decisão recorrida em função do precedente juízo de inconstitucionalidade.

Lisboa, 18 de Maio de 2006. — *Benjamim Rodrigues* (conselheiro relator) — *Mário José de Araújo Torres* — *Maria Fernanda Palma* — *Paulo Mota Pinto* — *Rui Manuel Moura Ramos*.

**Acórdão n.º 336/2006/T. Const. — Processo n.º 901/2005.** — Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional:

A — **Relatório.** — 1 — José Machado de Almeida e Álvaro Santos Legoinha, identificados nos autos, foram julgados e condenados, por sentença proferida pelo 6.º Juízo, 1.ª Secção, do Tribunal Criminal de Lisboa, no processo comum (com tribunal singular) n.º 8086/02.7TDLB, como co-autores de um crime de abuso de informação, previsto e punido pelo artigo 378.º, n.º 1, com referência ao n.º 4, do Código de Valores Mobiliários, nas penas de 180 dias de multa à taxa diária de € 300 cada um deles e o último recorrente, ainda também, pela prática de igual crime, na pena de 120 dias de multa à taxa diária de € 300, e, em cúmulo jurídico, na pena única de 260 dias de multa à referida taxa diária de € 300.

2 — Desta decisão, os arguidos recorreram para o Tribunal da Relação de Lisboa, que, todavia, pelo Acórdão, agora recorrido, de 20 de Abril de 2005, negou provimento aos seus recursos.

Ao contrário, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa concedeu provimento ao recurso que o Ministério Público também interpusera, com o sentido de ver alterada a decisão da 1.ª instância no que toca ao facto de não haver declarado perdidas a favor do Estado, nos termos do artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal, as vantagens económicas ilegítimamente obtidas pelos arguidos através da prática dos respectivos crimes, pelos quais foram condenados.

3 — Dizendo-se inconformados com esta decisão da 2.ª instância, os arguidos recorreram para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, na sua actual versão (LTC), pretendendo, ambos, a apreciação da inconstitucionalidade da norma constante do artigo 111.º do Código Penal, na interpretação segundo a qual o mesmo é «aplicável como consequência da prática dos factos integrantes do “crime de abuso de informação”, por que o[s] recorrente[s] foi [foram] condenado[s], previsto e punível, em 25 de Janeiro de 2000, “pelo artigo 666.º, n.º 1, alínea a), com referência aos n.ºs 4 e 5 do Código do Mercado dos Valores Imobiliários e [...] [após 1 de Março de 2000] pelo artigo 378.º, n.º 1, com referência ao n.º 4, do Código de Valores Mobiliários”».

O recorrente José Machado de Almeida pediu, ainda, a apreciação da inconstitucionalidade da norma constante dos artigos 358.º e 359.º do Código de Processo Penal, numa acepção que definiu.

Todavia, pelo Acórdão n.º 81/2006, disponível em [www.tribunal-constitucional.pt](http://www.tribunal-constitucional.pt), que indeferiu reclamação deduzida contra despacho de delimitação do objecto do recurso proferido pelo relator, o Tribunal Constitucional decidiu não tomar conhecimento desta última questão de inconstitucionalidade, por haver entendido, em síntese, que o recorrente pretendia sindicatá-la a constitucionalidade de tal norma mas o mérito da decisão judicial em si mesma e que, mesmo a entender-se o contrário, sempre esse conhecimento se tornaria inútil por o acórdão

recorrido se haver fundado em um outro fundamento autónomo, não convertido pelo recorrente.

4 — Alegando, no Tribunal Constitucional, sobre o objecto do recurso delimitado nos termos acima precisados, concluíram os recorrentes do seguinte jeito a argumentação expendida:

«1.ª Jamais, anteriormente ao recurso do Ministério Público para a Relação — tanto na *acusação*, como em *juízo*, como na *sentença* a *questão* da “perda das vantagens” do crime foi versada no processo.

2.ª Contra o disposto no artigo 32.º, n.º 5, da *Constituição da República Portuguesa*, a omissão de audição sobre essa questão frustrou-lhes o direito de se pronunciarem sobre os argumentos com que posteriormente vieram a ser confrontados.

3.ª A norma do artigo 111.º do *Código Penal*, na interpretação e na aplicação que o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (de 20 de Abril de 2005) dela fez, é *inconstitucional*, por actuação dos princípios vazados no artigo 32.º, n.º 5, da *Constituição da República Portuguesa*.

4.ª O *direito penal económico* prevê específicos crimes e *consequências jurídicas deles*, distintos dos que se encontram no *Código Penal*; é *autónimo em relação ao direito penal (clássico, primário ou de justiça patrimonial)*.

5.ª Para a determinação da *pena* aplicável e das *medidas* postuladas pelo ilícito previsto no artigo 378.º do *Código dos Valores Mobiliários*, apenas se pode recorrer à previsão vazada nesta norma; não a outra disciplina, designadamente à constante do artigo 111.º do *Código Penal*.

6.ª A decidir-se que a “perda de vantagens” a que se refere o artigo 111.º, n.º 2, do *Código Penal* pode ser ordenada contra os agentes do facto ilícito típico (autores e participantes), ainda que as não tenham auferido, cria-se uma “providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança”.

7.ª A *definição das medidas de segurança e respectivos pressupostos* é matéria “da exclusiva competência da Assembleia da República [...] salvo autorização ao Governo” [artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da *Constituição da República Portuguesa*].

8.ª Ao “ler” no artigo 378.º do *Código dos Valores Mobiliários* que o mesmo, além de prever a pena aplicável pelo ilícito previsto, admite a actuação da disciplina do artigo 111.º, n.º 2, do *Código Penal*, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (de 20 de Abril de 2005) não interpretou o citado preceito com um mínimo de correspondência com a letra da lei, exigível para o efeito, segundo o disposto no artigo 9.º, n.º 2, do *Código Civil*.

9.ª Assim, e por virtude do princípio constante do artigo 29.º da *Constituição*, a norma do artigo 111.º, n.º 2, do *Código Penal*, na interpretação e aplicação que dela fez o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (de 20 de Abril de 2005) é *inconstitucional*».

5 — Por seu lado, o procurador-geral-adjunto, no Tribunal Constitucional, contra-alegou, dizendo em conclusão do seu discurso:

«1 — Não é inconstitucional a norma do artigo 111.º do Código Penal, quando interpretada no sentido de ser aplicável como consequência da condenação pela prática do crime [previsto e punido pelo artigo 378.º, n.º ... — quis dizer-se 4 do Código dos Valores Mobiliários], não assumindo, por outro lado, a perda das vantagens do crime natureza análoga à da medida de segurança.

2 — Deverá, assim, impropeder o presente recurso.»

6 — Na parte útil ao conhecimento da questão de inconstitucionalidade, o acórdão recorrido discorreu do seguinte modo:

«a) *Do crime de abuso de informação privilegiada.* — Contrariamente ao que possa pensar-se, este tipo de ilícito não é — mais um — “filho” da globalização — também — económica, que parece omnipresente nos dias de hoje, mas antes, como se disse, se mostrava já previsto entre nós nos artigos 449.º e 524.º do Código das Sociedades Comerciais de 1987 — sendo tido então, já também, como “um problema actual” (1).

O primeiro referido — no domínio das sociedades anónimas — previa, como sanção para o mesmo, o dever de “indemnizar os prejudicados — ou a sociedade, se estes não pudessem ser identificados — pagando-lhes quantia equivalente ao montante da vantagem patrimonial realizada”, qualificando-o, o segundo, como crime punível com prisão e multa.

Universalmente punível hoje em dia no domínio de qualquer mercado bolsista, no âmbito do novel e cada vez mais insaciável direito penal económico, lembra-nos, avisadamente, o excelente estudo de Frederico de L. da Costa Pinto que “o seu desvalor intrínseco não é, no entanto, imediatamente apreensível, pois as condutas em causa apelam a valorações específicas e regras de funcionamento do mercado que são normalmente estranhas à experiência comum e ao quotidiano judicial”, adiantando desde logo que, “por outro lado, a sua danosidade real não é imediatamente visível, como acontece em geral com a criminalidade económica mais sofisticada”, pelo facto de se tratar

de práticas que surgem num “contexto lícito” (a negociação no mercado de valores mobiliários), ao contrário da generalidade dos crimes comuns, que originam proveitos económicos e que se revelam *ab initio* num contexto “originariamente ilícito” (caso dos furtos, roubos, lenocínio, tráfico de estupefacientes, etc.)<sup>(2)</sup>.

Daí que o bem jurídico tutelado pela incriminação, visando assegurar o regular funcionamento do mercado financeiro, seja complexo e diversificado, como o são a “igualdade entre os investidores, a confiança destes no mercado, o seu património, os pressupostos essenciais de um mercado eficiente ou a função negocial da informação e a justa distribuição do risco dos negócios”, defendendo-se por isso que se trata de uma infracção “pluri-ofensiva”<sup>(3)</sup>.

Comprovando-o, aí está, como se disse, a sua expressa previsão constitucional — artigo 201.º da Constituição da República Portuguesa.

Diz ainda mais Hurtado Pozo: “O ilícito em causa não se destina a proteger apenas um bem jurídico. Simultaneamente, e ainda que a um nível diferente, protege também a própria empresa contra a violação do dever de lealdade das pessoas que recebem a informação em razão das funções que desempenham dentro dela, já que necessariamente também conduzem a consequências negativas sobre a sua reputação. Para além disso, quando a pessoa informada compra barato as acções daquela de que é accionista e as vende logo a seguir, necessariamente, por maior preço, enriquece-se tanto à custa da mesma empresa como em detrimento dos accionistas que não se encontravam igualmente informados. Daí que ao prejuízo causado à reputação da empresa se junta também um prejuízo patrimonial em detrimento da mesma.”

Constituem assim elementos típicos do ilícito quer “as qualidades típicas dos agentes”, a posse e o conhecimento da informação privilegiada, a “relação entre a posse da informação e as condutas proibidas” — artigo 378.º, n.ºs 1 a 4, em tudo igual ao anterior artigo 666.º, n.ºs 1, 3 e 4 — e o elemento subjectivo, que tem de ser doloso — artigo 13.º do Código Penal.

Estes poderão ser levados a cabo com a finalidade de a — o caso dos autos — aquisição de acções a menor preço se obter uma vantagem económica, a mais-valia — aqui certa —, quer também com a sua venda, prevenindo uma baixa do seu valor.

De acordo com a matéria julgada provada, o arguido Machado de Almeida é o que se denomina de *corporate insider* ou *internal insider*, já que, como se disse, ligado ao BCP, a entidade emitente da OTA, integrando o arguido Legoinha o papel dos *external insiders*, também conhecidos por *tippees*, ou seja, não estando ligado ao BCP, recebe do Machado de Almeida a informação privilegiada, que depois utiliza quer em próprio proveito quer também em proveito da JMA — agora denominada também de *second generation tippee* — empresa familiar daquele Machado de Almeida, seu patrão, onde desempenha as funções de director financeiro.

Daí o impor-se a necessária declaração de perda das vantagens percebidas por um e outro dos arguidos, sob pena, no dizer de Figueiredo Dias, o crime compensar.

b) *Da perda das vantagens.* — Estaremos agora, cremos nós, em melhores condições de perceber este instituto da perda de vantagens decorrentes da prática dos “factos ilícitos típicos” em análise — que não crimes, o que, no dizer do conselheiro Maia Gonçalves, “afasta a ideia de culpa”<sup>(4)</sup> nesta matéria —, sem prejuízo, contudo, das também algumas dificuldades interpretativas que o mesmo encerra.

Assim, e desde logo:

1 — Mostram-se de todo injustificadas as dúvidas quanto à necessária aplicação do disposto no artigo 111.º do Código Penal, já que falamos, e repetimos, da prática de “factos ilícitos típicos” e das suas consequências, *verbi gratia* das penas respectivas, sendo daqueles e, óbvia e necessariamente, de todas as suas consequências, que os arguidos, ora recorridos, devem organizar a sua defesa, irrelevando necessariamente o seu eventual esquecimento.

Por outro lado, e contrariamente ao que se diz, a perda das “vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido directamente adquiridas, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie” expressamente prevista no n.º 2 do preceito citado, não se configura como uma medida de segurança.

“E não o é — diz o ilustre Prof. Figueiredo Dias — desde logo, mas decisivamente, porque a medida de segurança criminal constitui um instrumento sancionatório orientado pela e para a perigosidade do agente, que constitui assim um seu pressuposto irrenunciável. Tal não sucede com o instituto da perda, onde a perigosidade e a sua prevenção se referem aos objectos relacionados com o crime como seus instrumentos ou produto, não à pessoa do agente do facto ilícito típico praticado.”

E continua: “A essência político-criminal da regulamentação contida” no actual artigo 111.º do Código Penal “parece só poder alcançar-se quando se parte da ideia de que ela é editada em função dominante (se não mesmo exclusiva) da *perda de qualquer vantagem patrimonial* derivada do facto ilícito típico [...] atribuindo-se à expressão ‘vantagem’ um sentido amplo que abrange toda a recompensa [...] como todo e qualquer benefício patrimonial que resulte do crime ou através dele tenha sido alcançado.”

Adianta depois que “nas vantagens [...] o que está em causa primariamente é um propósito de *prevenção da criminalidade em globo*, ligado à ideia de que ‘o crime não compensa’”.

E conclui: “A perda de vantagens é ordenada, por forma *obrigatória*, contra os agentes do facto ilícito típico”, configurando-se “não como uma pena acessória — como parece ter entendido — também aqui — mal o legislador — mas uma providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança [...] no sentido em que é sua finalidade prevenir a prática de futuros crimes, mostrando ao agente e à generalidade que, em caso de prática de um facto ilícito típico, é sempre e em qualquer caso instaurada uma ordenação dos bens adequada ao direito; e que, por isso mesmo, esta instauração se verifica com inteira independência de o agente ter ou não actuado com culpa”<sup>(5)</sup>.

Presentes que são as considerações acima referidas relativamente ao ilícito em causa, melhor ninguém diria.

2 — Vejamos, pois, das “vantagens” referidas, entendidas como abrangendo, num “sentido amplo [...] tanto a recompensa dada ao prometeda aos agentes, como todo e qualquer benefício patrimonial que resulte do crime ou através dele tenha sido alcançado”<sup>(6)</sup>, ou, agora no dizer de S. Santos e L. Henriques, “uma medida destinada a restabelecer a ordem económica conforme o direito, conduzindo a uma justa privação dos benefícios ilicitamente obtidos que só indirecta e imprecisamente poderia conseguir-se com a multa [...]”<sup>(7)</sup>.

Resultado provado que o arguido Machado de Almeida, beneficiando da informação privilegiada de que dispunha, dela deu conta ao arguido Legoinha, seu director financeiro na JMA, ambos planeando comprar acções do BPA AM, bem sabendo que, em consequência da decidida fusão do BPA no BCP, a troca daquelas por acções do BCP lhes conferia, desde logo, um prémio da ordem de 13,4%, beneficiando também do, de todo previsível, aumento da cotação em bolsa daquelas primeiras acções, logo que pública fosse a fusão referida.

É assim que, nesse mesmo dia 25 de Janeiro de 2000, antes do anúncio público da fusão referida, a JMA, de acordo com o plano referido no n.º 2.1, alínea a), n.º 50, adquire as seguintes acções:

Número de acções	Cotação por acção (euros)	Totais (euros)
150 000	4,35	652 500
9 000	4,35	(8) 39 150
4 500	4,32	19 440
4 500	4,31	19 395
9 000	4,35	39 150
4 500	4,39	19 755
181 500	—	(9) 789 390

Mais se provou que, “se os arguidos tivessem decidido comprar as acções em igualdade de circunstâncias com os restantes investidores, para comprar as 181 500 acções”<sup>(10)</sup>, a JMA teria de pagar pelo menos € 807 675<sup>(11)</sup> — referido no n.º 2.1, alínea a), n.º 60 —, ou seja, com um diferencial, para mais, dada a cotação das mesmas, no dia 26 seguinte, de € 4,45 por acção, no montante total de € 18 285<sup>(12)</sup>.

Com algumas reservas<sup>(13)</sup> — que só devem beneficiar os arguidos —, cremos ser esta a única vantagem a declarar perdida, pese embora o disposto no artigo 111.º, n.º 3, do Código Penal e apesar da vantagem final decorrente de a OPT acima referida, levada a cabo em 6 de Julho seguinte, ter proporcionado uma mais-valia final global bem maior.

E isto porque, em 26 de Janeiro de 2000, já qualquer cidadão poderia ter investido, adquirindo as acções BPA AM, ainda que pelos preços “corrigidos” referidos, público que foi o anúncio da OPT no dia anterior.

4 — No respeitante ao arguido Álvaro Legoinha, provado ficou também que, conhecedor que foi da informação privilegiada referida, adquiriu para si também — referido no n.º 2.1, alínea a), n.ºs 73 a 81 — as seguintes acções BPA AM:

Número de acções	Cotação por acção (euros)	Entidade	Totais (euros)
20 000	4,18	BCP/Guimarães ...	(14) 83 600
15 000	4,18	BCP/Guimarães ...	62 700
20 000	4,103 969	BES/Porto ...	82 079,38
—	—	—	—
55 000	—	—	(15) 228 379,38

Mais se provou também que, “se o arguido [...] viesse a comprar as acções já após a divulgação dessa informação, em 26 de Janeiro

de 2000 [...] não lhe era possível comprá-las a preço inferior a € 4,45 por acção, que foi o preço de abertura da sessão”, pelo que «teria de pagar pelo menos € 244 750», o que equivale a uma vantagem, para mais, de € 16 370,62 (16) — referido no n.º 2.1, alínea a), n.ºs 82 a 84.

Também pelas razões antes deixadas referidas, cremos ser esta a vantagem auferida pelo arguido e, conseqüentemente, a declarar perdida nos termos deixados expostos.

**Decisão.** — 3 — Face a todo o deixado exposto, acorda-se neste Tribunal da Relação:

Em julgar improcedente ambos os recursos interpostos pelos arguidos, mantendo-se, nesta parte, todo o decidido;

Julgar, porém, o recurso interposto pelo Ministério Público procedente e, conseqüentemente, nos termos do disposto no artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal, aqui aplicável *ex vi* do artigo 380.º do Código dos Valores Mobiliários, declarar perdidas a favor do Estado Português as quantias de:

€ 18 285, auferida pela JMA, através dos arguidos José Machado de Almeida e Álvaro Santos Legoinha;

€ 16 370,62, auferida pelo mesmo arguido Alvaro Legoinha;

mantendo-se tudo o mais objecto da douta decisão recorrida.

Custas pelos arguidos.»

**B — Fundamentação.** — 7 — Como se depreende das suas alegações, os recorrentes defendem a inconstitucionalidade do artigo 111.º do Código Penal, na interpretação segundo a qual o regime nele prescrito é «aplicável como consequência da prática dos factos integrantes do “crime de abuso de informação”», previsto e punido no artigo 378.º do Código de Valores Mobiliários, com base na violação do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Segundo os recorrentes, o acórdão recorrido, «“ao ler” no artigo 378.º do Código de Valores Mobiliários (CVM) que o mesmo, além de prever a pena aplicável pelo ilícito previsto, admite a actuação da disciplina do artigo 112.º, n.º 2, do Código Penal [...] não interpretou o citado preceito com um mínimo de correspondência com a letra da lei, exigível para o efeito, segundo o disposto no artigo 9.º, n.º 2, do Código Civil, sendo por isso inconstitucional “por virtude do princípio constante do artigo 29.º da Constituição”».

E, continuando a argumentar dentro da mesma linha, afirmam os recorrentes que, ao interpretar assim o preceito, «o tribunal *a quo* procedeu à criação por analogia de uma “providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança”, violando desse modo a regra de competência da Assembleia da República, constante do artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da Constituição da República Portuguesa».

Pretextam, ainda, os recorrentes que «a interpretação do mesmo preceito com o sentido de o regime dele constante poder ser aplicado [ainda em recurso], sem que ele haja sido “versado”, na acusação, julgamento ou sentença, ofende o princípio do contraditório consagrado no artigo 32.º, n.º 5, da Constituição», por valerem, neste campo, igualmente, as exigências constitucionais que informam o princípio da vinculação temática do processo penal, afirmadas, no quadro de um outro direito, em anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional, de não alteração ou modificação dos elementos constantes da acusação (e da pronúncia).

Em rectas contas, os recorrentes formulam duas questões diferentes de inconstitucionalidade, pois que a segunda dimensão normativa assenta em elementos definitórios que, conquanto alegadamente referidos ao mesmo preceito legal, não constam da primeira enunciação feita da norma, sendo, além disso, certo que o local normativo mais idóneo para a sua imputação residiria na identificação de uma norma processual que autorizasse esse procedimento.

Por isso se conhecerá separadamente de cada uma destas questões.

8 — E a primeira dúvida que se suscita é a de saber se o Tribunal Constitucional deve conhecer da primeira questão de constitucionalidade. Na verdade, a sua resolução passa por saber se constitui uma verdadeira questão de inconstitucionalidade normativa, susceptível de integrar o recurso de fiscalização concreta de constitucionalidade, a concretização de uma interpretação levada a cabo pelo tribunal *a quo*, alegadamente analógica, de normas vigentes em áreas que, como no direito penal a que esta respeita, estão sujeitas ao princípio da legalidade, aqui legalidade criminal.

Na verdade, o que os recorrentes sustentam é que o acórdão recorrido, ao entender o artigo 111.º do Código Penal como lei geral aplicável também ao crime de abuso de informação privilegiada, previsto e punido, à data, pelo artigo 378.º do CVM, ultrapassou o sentido possível deste preceito, violando assim o princípio da legalidade penal que demanda, em síntese, que todos os elementos do tipo penal constem de lei emitida pelo órgão constitucionalmente competente — a Assembleia da República [artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP].

Seguindo a linha da jurisprudência acolhida nos Acórdãos n.ºs 205/99 (publicado in *Diário da República*, 2.ª série, de 5 de Novembro

de 1999, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 486, p. 51, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 43.º vol., p. 225, e *Revista do Ministério Público*, n.º 84, Outubro-Dezembro de 2000, p. 153, com anotação de Eduardo Maia Costa), 285/99 (publicado in *Diário da República*, 2.ª série, de 21 de Outubro de 1999, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 487, p. 72, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 43.º vol., p. 477, e *Revista do Ministério Público*, n.º 84, Outubro-Dezembro de 2000, p. 158, com anotação de Eduardo Maia Costa), 122/2000 (publicado in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 131, de 6 de Junho de 2000, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 494, p. 57, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 46.º vol., p. 449, e *Revista do Ministério Público*, n.º 84, Outubro-Dezembro de 2000, p. 168, com anotação de Eduardo Maia Costa), e 317/2000, 494/2000, 557/2000 e 585/2000 e, mais recentemente, no Acórdão n.º 412/2003, publicado in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 57.º vol., p. 217, o Tribunal Constitucional entende estar-lhe colocada uma questão de constitucionalidade normativa.

Na verdade, não pode deixar de atribuir-se essa natureza à questão que, por assentar na «adopção de um critério normativo, dotado de elevada abstracção e susceptível de ser invocado e aplicado a propósito de uma pluralidade de situações concretas», acabe por conduzir à determinação de uma solução interpretativa que é afirmada como válida para todos os casos idênticos e que alegadamente importe uma ampliação (em termos de interpretação extensiva ou analógica) dos conceitos com base nos quais o respectivo tipo legal foi conformado pelo legislador.

No caso, a questão traduz-se em saber se o resultado (geral e abstracto) de uma interpretação normativa — nos termos do qual as regras substantivas constantes do artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal, relativas à perda de vantagens directamente adquiridas através do facto ilícito típico, são também aplicáveis ao tipo legal de crime previsto no artigo 378.º, n.ºs 1 e 2, do CVM, e ao qual se chegou por virtude da aplicação, por banda do tribunal de critérios jurídicos, genérica e abstractamente, referidos pelo legislador (*critérios hermenêuticos*) — ofende o princípio da legalidade penal, por se traduzir em um sentido ampliativo ou analógico relativamente ao condensado no tipo legal.

Deste modo, o Tribunal passa a conhecer de tal questão.

9 — Dispõe o artigo 111.º do Código Penal:

«Artigo 111.º

**Perda de vantagens**

1 — Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, para eles ou para outrem, é perdida a favor do Estado.

2 — São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé, as coisas, os direitos ou as vantagens que, através do facto ilícito, tiverem sido directamente adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie.

3 — .....  
4 — .....

Por seu lado, o artigo 378.º do Código de Valores Mobiliários, na redacção emergente do Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro, aplicada no caso, tem o seguinte teor:

«Artigo 378.º

**Abuso de informação**

1 — Quem disponha de informação privilegiada devido à sua qualidade de titular de um órgão de administração ou de fiscalização de um emitente ou de titular de uma participação no respectivo capital e a transmita a alguém fora do âmbito normal das suas funções ou, com base nessa informação, negocie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, directa ou indirectamente, para si ou para outrem é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2 — Na mesma pena incorre quem disponha de informação privilegiada em razão do trabalho ou serviço que preste, com carácter permanente ou ocasional, a essa ou outra entidade, ou em virtude de profissão ou função pública que exerça, e a transmita a alguém fora do âmbito normal das suas funções ou, com base nessa informação, negocie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, directa ou indirectamente, para si ou para outrem.

3 — .....  
4 — .....  
5 — .....  
6 — .....

Não obstante este preceito ter sido alterado, recentemente, pelo Decreto-Lei n.º 52/2006, de 15 de Março, diploma este que procedeu

ainda a outras alterações e a aditamentos ao CVM, no uso das autorizações legislativas concedidas pelas Leis n.ºs 55/2005, de 18 de Novembro, e 56/2005, de 25 de Novembro, não tem esse facto qualquer reflexo sobre o conhecimento do objecto do recurso. Na verdade, é jurisprudência pacífica que os recursos de constitucionalidade mantêm interesse apesar da revogação dos preceitos a que dizem respeito (cf., de entre outros, os Acórdãos n.ºs 351/91, 221/92 e 460/99, o primeiro publicado in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 19.º vol., de p. 577 a p. 584, e os outros disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)), podendo não ser esse o caso se a decisão proferida puder ficar, por força da revogação, destituída de qualquer efeito útil. Ora, a situação não se enquadra nesta hipótese.

Ao contrário, porém, do que os recorrentes alegam, o acórdão recorrido chegou à solução interpretativa de o artigo 111.º do Código Penal ser também aplicável ao tipo legal de crime previsto e punido no artigo 378.º, n.ºs 1 e 2, do CVM, não a partir, directamente, da letra deste último preceito mas, antes, do entendimento de que, à falta de preceito próprio relativo à matéria na área específica dos crimes relativos a valores mobiliários, seriam subsidiariamente aplicáveis as disposições reguladoras «das consequências jurídicas do facto ilícito», objecto de previsão no título III do livro I do Código Penal, mais especificamente do seu capítulo VIII, sob o título «Perdas de instrumentos, produtos e vantagens», especificamente ainda nos termos do artigo 111.º, n.º 2.

Ofenderá esta solução interpretativa o princípio constitucional da legalidade penal?

A perda das «vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido directamente adquirido[a]s», prevista no artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal, encontra o seu essencial fundamento político-criminal numa ideia de que «o crime não compensa». Em vista do cumprimento desta funcionalidade político-criminal, ela abrange por isso todo e qualquer benefício patrimonial que resulte directamente do crime ou através dele tenha sido directamente alcançado, podendo essa vantagem traduzir-se na obtenção de coisas, de direitos ou até de simples benefícios de uso, ou mesmo, apenas, no de evitação de dispêndios.

Trata-se de uma medida sancionatória em que «o que está em causa primariamente é um propósito de prevenção da criminalidade em globo», «ideia que se deseja reafirmar tanto sobre o concreto agente do ilícito típico (*prevenção especial ou individual*), como nos seus reflexos sobre a sociedade no seu todo (*prevenção geral*), mas sem que neste último aspecto deixe de caber o reflexo da providência ao nível do reforço da vigência da norma (*prevenção geral positiva ou de integração*) (Jorge Figueiredo Dias, *Direito Penal Português — As Consequências Jurídicas do Crime*, 1993, p. 632)».

Por isso, como diz o mesmo autor, «ela deve ser considerada não uma pena acessória mas uma providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança. Análoga, pelo menos, no sentido em que é sua finalidade prevenir a prática de futuros crimes, mostrando ao agente e à generalidade que, em caso de prática de facto ilícito, é sempre e em qualquer caso instaurada uma ordenação dos bens adequada ao direito; e que, por isso mesmo, esta instauração se verifica com inteira independência de o agente ter ou não actuado com culpa» (*op. cit.*, p. 638).

Tratando-se de uma providência sancionatória penal, não pode a sua conformação legislativa deixar de estar abrangida pela axiologia constitucional do princípio da legalidade penal, consagrado, no que concerne às penas e medidas de segurança, no artigo 29.º, n.ºs 3 e 4, da CRP.

Todavia, daí não decorre que a definição de um determinado tipo de perda de vantagem resultante da prática do facto ilícito criminal tenha de ser feita conjuntamente com a construção normativa de cada um dos específicos factos ilícitos típicos.

Ao invés — tratando-se de uma consequência cuja previsão de aplicação o legislador, dentro da sua discricionariedade normativo-constitutiva, pode associar aos mais diversos factos ilícitos típicos, ressalvado o respeito pelos princípios da subsidiariedade do direito penal, da necessidade e da proporcionalidade das penas e medidas de segurança, acolhidos no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, na medida em que tal regulação é susceptível de afectar o direito e garantia fundamental à liberdade e segurança, reconhecido no artigo 27.º da CRP —, aconselha a mais elementar técnica legislativa que ela seja prevista em termos gerais, independentemente do concreto facto ilícito típico conformado pelo legislador.

É assim que, tendo em conta uma tal técnica expressa na sistemática adoptada pelo legislador, deve entender-se que o artigo 111.º do Código Penal tem uma vocação reguladora geral relativamente a todos os factos ilícitos típicos que estão previstos na sua parte especial, satisfazendo-se o princípio da legalidade e da tipicidade penais relativamente a esses tipos legais de crime através dessa expressa inserção sistemática.

Todavia, dispondo a norma do artigo 111.º do Código Penal para dentro do sistema conformado nesse compêndio normativo, não poderá a sua aplicação ao crime de abuso de informação privilegiada, previsto no artigo 378.º, n.ºs 1 e 2, do CVM, ser sustentada apenas

nessa sua vocação reguladora geral, como perfunctoriamente se satisfaz a decisão recorrida, sob pena de sair postergado o princípio da legalidade penal.

A aplicabilidade do regime constante de tal preceito do n.º 2 do artigo 111.º do Código Penal aos factos ilícitos típicos definidos no tal artigo 378.º do CVM encontra, porém, claramente, apoio verbal no disposto no artigo 8.º do Código Penal, segundo o qual «as disposições deste diploma são aplicáveis aos factos puníveis pelo direito penal militar e da marinha mercante e pela restante legislação especial, salvo disposição em contrário».

Decorre claramente do texto deste preceito que as disposições constantes do Código Penal, com relevância — evidentemente, atenta a sua aptidão reguladora geral — das que estabelecem os princípios gerais da lei criminal, os pressupostos de punição, as consequências jurídico-penais dos factos, a escolha e medida da pena, a perda de instrumentos e vantagens, a extinção de responsabilidade penal e outras, são aplicáveis aos factos puníveis pelo direito penal militar e da marinha mercante e pela restante legislação especial, salvo a existência, no domínio desse direito especial, de preceitos que disponham em sentido contrário.

Nessa legislação especial se incluem, seguramente, os artigos 378.º a 380.º do CVM, dado preverem tutela sancionatória penal não prevista no Código Penal para a defesa não de bens ou de valores essenciais da comunidade social, próprios do direito penal de justiça que encontra a sua sede mais adequada neste Código, mas de determinados bens e valores, ainda essenciais mas próprios do direito penal secundário, no caso, do direito penal económico, cuja tutela não deixa de ter guarida constitucional, com importantíssimos reflexos no património e na vida económica e financeira dos cidadãos e das empresas, dado constituírem um modo normal de financiamento, de aplicação de poupanças ou de gestão de mecanismos de cobertura de risco de actividades e de investimentos (cf. o Acórdão n.º 494/2003, publicado in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 57.º vol., p. 681, e, também, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *O Novo Regime dos Crimes e Contra-Ordenações no Código dos Valores Mobiliários*, 2000, p. 17).

Ora, não se regulando naqueles preceitos dos artigos 378.º a 380.º do CVM a matéria da perda das vantagens resultantes da prática dos factos ilícitos típicos definidos no artigo 378.º, n.ºs 1 e 2, do CVM, em termos contrários aos que estão previstos no artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal, daí resulta que será este o regime a aplicar, de acordo com o disposto no artigo 8.º deste compêndio normativo.

Mas a aplicabilidade deste artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal aos referidos factos ilícitos típicos pode ainda ser colhida na remissão que é feita no n.º 1 do artigo 380.º do CVM para o Código Penal.

Na verdade, ao dispor que «aos crimes previstos nos artigos antecedentes podem ser aplicadas, além das referidas no Código Penal, as seguintes penas acessórias», o preceito pode ser lido no sentido, bem admissível de entre os possíveis decorrentes imediatamente da sua letra e dos demais elementos de interpretação, de aos crimes previstos nos artigos anteriores poderem ser aplicadas — além das demais penas previstas no Código Penal, de entre as quais se conta a prevista no artigo 111.º, n.º 2 — as penas acessórias que de seguida tipifica.

Finalmente, não poderá olvidar-se que o legislador do Código das Sociedades Comerciais, que foi quem primeiro previu este tipo de ilícito criminal (artigos 524.º e 525.º), para além de o punir com prisão e multa e de reconhecer ao ofendido o direito à reparação dos danos materiais e morais (artigo 527.º, n.º 4), não deixou, logo, de estabelecer que «aos crimes previstos neste Código são[eram] subsidiariamente aplicáveis o Código Penal e legislação complementar».

Quer isto dizer que já o legislador originário da criminalização deste tipo de comportamentos considerou a necessidade da aplicação das disposições gerais constantes do Código Penal e de legislação complementar relativas aos crimes, entre as quais se contava uma disposição correspondente do artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal (a do artigo 109.º, n.º 2, do Código Penal de 1982).

Por outro lado, há que convir que tal solução interpretativa vai não só ao encontro do fundamento político-criminal em que a adopção deste tipo de providências sancionatórias se abona como corresponde, igualmente, a um meio que se afigura adequado para prosseguir a tutela eficiente dos bens jurídicos que o legislador intenta acautelar através da opção da criminalização de certos comportamentos, nos termos adoptados no específico tipo legal de crime.

É esta adequação que explica que as recentes directivas comunitárias acima referidas a tenham elegido como regra geral a ser adoptada no espaço comunitário.

No que concerne ao nosso direito, a previsão da perda das vantagens do crime de abuso de informação privilegiada, agora constante do artigo 380.º-A do Código dos Valores Mobiliários, aditado pelo Decreto-Lei n.º 52/2006, de 15 de Março (diploma este que visou dar cumprimento ao dever de transposição para o direito interno das directivas comunitárias de 2003 e 2004 acima referidas), mais não representa, no que respeita a esse específico âmbito, do que uma especificação

do regime que já antes devia distrair-se do artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal.

Temos, portanto, de concluir que o resultado interpretativo a que o acórdão recorrido chegou, pese embora o diferente percurso interpretativo seguido, corresponde a um sentido que o texto da lei directa e claramente comporta (seja o artigo 8.º do Código Penal seja o acabado de referir n.º 1 do artigo 380.º do CVM) e que encontra suporte também em outros instrumentos hermenêuticos, contendo-se dentro dos limites da designada interpretação declarativa.

De modo algum pode ver-se esse sentido como correspondendo ao resultado de uma interpretação extensiva ou de aplicação analógica em que o sentido da norma é estendido a casos que, conquanto não previstos pelo legislador, ainda encontram no enunciado da norma ou na sua expressão verbal um mínimo de correspondência ou a norma que se situam já fora do espírito da norma.

Não estamos, assim, perante a criação de qualquer norma por parte do tribunal *a quo* relativa a matéria abrangida na competência reservada da Assembleia da República [artigo 165.º, n.º 1, alínea c), da CRP]; o acórdão recorrido limitou-se a determinar, no sistema jurídico, norma que fora criada por legislador constitucionalmente competente — o legislador do Código Penal e do Código dos Valores Mobiliários.

Note-se que à mesma solução haverá de chegar quem parta de uma concepção da providência em causa como pena acessória, pois, em face do disposto nos mesmos preceitos do artigo 8.º do Código Penal e no n.º 1 do artigo 380.º do CVM, sempre, em tal caso, se estaria perante uma norma apenas determinada pelo tribunal e criada pelo legislador constitucionalmente competente.

Temos, portanto, de concluir pela improcedência da primeira questão de constitucionalidade.

10 — Encaremos agora a outra questão de constitucionalidade. Defendem os recorrentes que a interpretação do artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal, na acepção de o seu regime poder ser aplicado (ainda em recurso) sem que ele haja sido «versado» na acusação, no julgamento ou na sentença, ofende o princípio do contraditório consagrado no artigo 32.º, n.º 5, da Constituição.

Como paralelo, os recorrentes invocam a jurisprudência do Tribunal relativa à alteração ou modificação dos elementos constantes da acusação (e da pronúncia) e a subordinação do processo penal ao princípio da vinculação temática, a propósito da apreciação de constitucionalidade dos artigos 2.º, alínea f), 358.º e 359.º, todos do Código de Processo Penal.

Atenta a natureza jurídico-criminal da perda das vantagens resultantes do crime, conseqüente do fundamento político-criminal adoptado pelo legislador do nosso Código Penal — de providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança —, não pode a possibilidade da sua aplicação, prevista no artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal, em conjunto com as penas de prisão ou de multa, previstas nos tipos legais de crime recortados no artigo 378.º, n.ºs 1 e 2, do CVM, deixar de ser havida como uma consequência jurídica cuja conformação legislativa está sujeita ao alegado princípio do contraditório.

No caso concreto, há que acentuar que a questão se cinge a saber se, não obstante constarem da acusação e da sentença recorrida todos os elementos factuais com base nos quais o tribunal de recurso operou as respectivas subsunção e aplicação jurídicas e tendo essa aplicação ocorrido apenas em consequência do provimento do recurso interposto pelo Ministério Público que tinha exactamente como objecto a condenação nessa providência sancionatória com base na aplicação do regime constante do artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal, e que foi contra-alegado pelos recorrentes, ainda assim sai violado o princípio do contraditório.

Não há dúvida de que se está perante uma alteração da acusação (e da sentença que a julgou procedente), mas uma alteração que se traduz não em uma alteração dos factos que nela são imputados ao arguido, susceptível de fundar a condenação por crime(s) diverso(s), mas em uma alteração que se consubstancia apenas numa alteração de sanção conexonada com os factos que são descritos na acusação (pronúncia) e na sentença da 1.ª instância, realizada aqui mediante o acrescentamento da condenação, em consequência de recurso interposto, na providência sancionatória (a medida de segurança), prevista no artigo 111.º, n.º 2, do Código Penal, às sanções já aplicadas, previstas directamente nos tipos legais de crime imputados.

Pode dizer-se, pois, que o desenho da situação apresenta *alguns* traços de paralelismo com outras que o Tribunal Constitucional já teve ensejo de apreciar.

De entre estas podem referir-se, pela sua maior proximidade, as que foram objecto dos Acórdãos n.ºs 150/87, 398/89, 495/89, 496/89, 350/91, 356/91 e 150/93, publicados in *Diário da República*, 2.ª série, de 18 de Setembro de 1987, de 14 de Setembro de 1989, de 28 de Janeiro de 1991, de 1 de Fevereiro de 1990, de 3 de Dezembro de 1991, de 24 de Abril de 1992 e de 29 de Março de 1993, respectivamente, relativos à norma constante do artigo 664.º do Código de Processo Penal de 1929 quando aplicada nos casos em que o Minis-

tério Público emite parecer que, de qualquer modo, desfavorece a posição do réu.

Com proximidade em relação à questão objecto do recurso é, também, a situação versada no Acórdão n.º 22/96, publicado in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 33.º vol., p. 135.

A propósito do artigo 447.º do Código de Processo Penal de 1929, aí em causa, o Tribunal Constitucional considerou que tal norma interpretada no sentido de o tribunal superior poder condenar, na sequência de recurso interposto somente pelo réu, por infracção diversa daquela por que o réu foi acusado, ainda que seja mais grave, desde que os seus elementos constitutivos sejam factos que constem do despacho de pronúncia ou equivalente, não era inconstitucional, atendendo à particularidade de a convalidação aí operada ter ocorrido em sede de recurso, após parecer do Ministério Público notificado ao arguido e respondido por este, tendo sido objecto de discussão.

Escreveu-se, então, neste último aresto:

«Reportando-se ao artigo 447.º [Código de Processo Penal de 1929], Beleza dos Santos (*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 63.º, pp. 385 e segs.) escrevia: “compreende-se bem a razão de ser da independência que possui a sentença final na qualificação jurídica dos factos constantes da pronúncia ou equivalente.

Desde que esses factos constam da acusação formulada contra o réu, este tem possibilidade de organizar a sua defesa contra eles; não é colhido de surpresa por uma acusação que não esperava, por factos com que não contava e que, por isso, não pôde contestar a tempo.

Quanto à qualificação jurídica — isto é, à aplicação e interpretação da lei —, é manifesto que o réu não pode contar com aquela que o despacho de pronúncia adoptou.

Ela pode evidentemente ser alterada, sem que se prejudiquem os legítimos interesses do réu, a quem fica sempre aberto o caminho de discutir livremente a qualificação jurídica dos factos e de recorrer contra sentenças que façam uma apreciação ou interpretação da lei que julgue errôneas.

Seria exorbitante e injustificado que se atribuisse ao réu a vantagem de beneficiar com qualquer erro de apreciação jurídica feita no despacho de pronúncia ou equivalente. Da mesma maneira seria injustificado e vexatório que se vinculasse o tribunal que tem de julgar a certa interpretação da lei seguida pelo juiz que pronunciou». (Cf., em termos idênticos, Frederico Isasca, “Sobre a alteração da qualificação jurídica em processo penal”, in *separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, p. 399).

Eduardo Correia (*Caso Julgado e Poderes de Cognição do Juiz*, Coimbra, 1948, pp. 140 e segs.), subscrevendo, embora, as considerações feitas por Beleza dos Santos a respeito do artigo 447.º, escrevia, no entanto, que “toda a actividade defensiva e contraditória olha os factos nas suas relações com aquelas qualificações jurídicas em que se enquadram na acusação”. E acrescentava: “Desto modo, qualquer alteração do ponto de vista jurídico pode vir a reflectir-se na importância que tenha sido atribuída na prova e na defesa a determinados elementos de facto, e, portanto, a prejudicar o arguido.” E, a seguir, ponderava: «É verdade que o defensor deve conhecer o direito e organizar a sua contestação considerando todas as possíveis qualificações de que os factos acusados podem ser objecto. Mas também é certo que o natural é ele partir do rigor da subsunção jurídica feita na pronúncia e que com base nela organize a sua defesa. Mas, assim, a modificação da qualificação jurídica importará, ou poderá importar, um desfavor para o réu [...] Justamente por isso, o § 265 do Código de Processo Penal alemão dispõe que “não pode ter lugar uma condenação com base num preceito legal diferente do apontado no despacho de pronúncia, sem que o arguido seja prevenido da modificação do ponto de vista jurídico e lhe seja dada oportunidade de defesa”.

Este Tribunal já teve ocasião de afrontar esta questão: primeiro, a propósito do artigo 418.º, n.º 2, do Código de Justiça Militar, de teor idêntico ao do artigo 447.º do Código de Processo Penal, no Acórdão n.º 173/92 (publicado in *Diário da República* 2.ª série, de 18 de Setembro de 1992), e, mais recentemente, no Acórdão n.º 279/95 (publicado in *Diário da República*, 2.ª série, de 28 de Junho de 1995), a propósito do artigo 1.º, alínea f), do actual Código de Processo Penal, conjugado com os artigos 120.º, 284.º, n.º 1, 303.º, n.º 3, 309.º, n.º 2, 359.º, n.ºs 1 e 2, e 379.º, alínea b), e interpretado nos termos constantes do assento n.º 2/93.

No Acórdão n.º 173/92, o Tribunal decidiu que — por violação das garantias de defesa — a disposição do artigo 418.º, n.º 2, do Código de Justiça Militar que prescreve que “o tribunal apreciará sempre especificamente na sua decisão os factos alegados pela acusação e pela defesa ou que resultarem da discussão da causa, podendo condenar por infracção diversa daquela por que o réu foi acusado, ainda que seja mais grave, desde que os seus elementos constitutivos sejam factos que constem do libelo” — é inconstitucional, “na parte em que permite ao tribunal condenar por infracção diversa daquela de que o arguido foi acusado (caso os factos que integrem o respectivo tipo incriminador constem do libelo acusatório), quando a diferente qua-

lificação jurídico-penal dos factos conduzir à condenação do arguido em pena mais grave, mas tão-só na medida em que não prevê que se previna o arguido da nova qualificação e se lhe dê, quanto a ela, oportunidade de defesa».

No Acórdão n.º 279/95, o Tribunal decidiu — também por violação do princípio das garantias de defesa que é inconstitucional “o disposto no artigo 1.º, alínea f), do Código de Processo Penal, conjugado com os artigos 120.º, 284.º, n.º 1, 303.º, n.º 3, 309.º, n.º 2, 359.º, n.ºs 1 e 2, e 379.º, alínea b), e interpretado nos termos constantes do assento n.º 2/93, como não constituindo alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia a simples alteração da respectiva qualificação jurídica (ou convolução), mas tão-só na medida em que, conduzindo a diferente qualificação jurídico-penal dos factos à condenação do arguido em pena mais grave, não se prevê que o arguido seja prevenido da nova qualificação e se lhe dê, quanto a ela, oportunidade de defesa”.

Questão com algum parentesco com a que aqui nos ocupa é a que este Tribunal decidiu no seu Acórdão n.º 402/95 (publicado in *Diário da República*, 2.ª série, de 16 de Novembro de 1995). Aí julgou não ser inconstitucional a norma do artigo 351.º, § único, do Código de Processo Penal de 1929, interpretado no sentido de que, em caso de recurso do despacho de pronúncia, a 2.ª instância pode agravar a qualificação jurídico-penal dos factos já constantes da acusação e da pronúncia, mesmo quando o recurso é interposto só pelo arguido e no interesse da sua defesa.

É que, ponderou-se aí, “não se pode falar [...] aqui numa agravação da posição do recorrente, no recurso que ele interpôs no seu interesse. É muito menos numa *reformatio in pejus*. E não pode falar-se numa agravação — disse-se — “quando se considere o processo no seu conjunto”, pois que o arguido “ficou desde já precavido contra a possibilidade dessa convolução”.

De toda esta jurisprudência, é de reter a seguinte ideia: não há qualquer preceito constitucional que proíba o tribunal do julgamento ou o do recurso de qualificar os factos por que o arguido foi acusado e pronunciado de modo diverso daquele por que os qualificou o tribunal recorrido, ainda que essa diferente qualificação importe agravação da sua posição (*scilicet*, a sua condenação por crime diferente ou em pena mais grave).

Essa liberdade de dizer o direito com independência é, de resto, uma das *essentialia* da função jurisdicional.

Simplemente — frisou-se no citado Acórdão n.º 173/92 —, “o arguido não tem de ser sacrificado no altar da correcta qualificação jurídico-penal da matéria de facto; e uma eventual alteração final do enquadramento jurídico desta não tem necessariamente de fazer-se à custa do sacrifício dos seus direitos de defesa”.

Ora, se o tribunal de recurso optar por qualificar os factos da acusação de modo diferente daquele por que os qualificou o juiz do julgamento, o réu pode ver a sua defesa ser gravemente prejudicada, pois que uma tal surpresa processual pode fazer frustrar inteiramente a estratégia de defesa por si montada e, bem assim, a utilidade da defesa entretanto produzida na 1.ª instância e nas alegações de recurso.

Na verdade — como se anotou no citado Acórdão n.º 173/92 —, “se soubesse que corria o risco de vir a ser condenado por um crime mais grave, ou até simplesmente por um crime diverso, ainda que de igual ou até de menor gravidade, o arguido podia ter preferido constituir advogado em vez de se contentar com o defensor officioso nomeado pelo tribunal; podia ter escolhido um outro advogado especializado na matéria em causa; podia ter-se ocupado a carrear para os autos elementos de prova que achou desnecessários face à incriminação constante da acusação, designadamente em matéria de circunstâncias atenuantes; podia, inclusive, ter assentado o seu esforço probatório e argumentativo em afastar a relevância de determinados elementos de facto que, se bem que indicados na acusação, eram de todo em todo inúteis face ao tipo criminal indicado na acusação ou na pronúncia”.

Em síntese, pois, e citando uma vez mais o Acórdão n.º 173/92: “a faculdade de alteração da incriminação constante da acusação, quando consentida sem que o arguido tenha sido oportunamente prevenido da possibilidade de tal alteração, de modo a dar-lhe a oportunidade de modificar a sua defesa tendo em conta o novo enquadramento jurídico, pode implicar um grave prejuízo para a defesa, em violação do princípio constante do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição”.

Tal violação, porém, só existe se não se prever um mecanismo processual capaz de permitir ao arguido que se defenda de uma nova incriminação, muito principalmente quando a esta corresponder pena mais grave do que a que lhe foi aplicada na sentença recorrida.

Por conseguinte, desde que o arguido seja prevenido da possibilidade de uma diferente qualificação jurídico-penal dos factos constantes da pronúncia e desde que, quanto a ela, se lhe dê oportunidade de defesa, o tribunal pode proceder a essa diferente qualificação e condená-lo por crime diverso ou em pena mais grave sem que viole o princípio das garantias de defesa ou qualquer outro princípio ou

preceito constitucional (máxime, o princípio do contraditório ou o artigo 18.º da Constituição).

Constando do parecer do Ministério Público a proposta de uma diferente qualificação jurídico-penal dos factos, proporciona-se essa oportunidade de defesa sempre que ao réu se notifica esse parecer, dando-se-lhe possibilidade de o contraditar.

Na verdade, estando os factos assentes, basta-lhe discuti-los juridicamente.

É esta a solução que este Tribunal adoptou para os casos em que, no visto (artigo 664.º do Código de Processo Penal de 1929), o Ministério Público emite parecer que, de qualquer modo, desfavorece a posição do réu. O Tribunal decidiu que o que a Constituição exige em tal ocorrência é que ao réu se dê oportunidade de se pronunciar sobre esse parecer do Ministério Público (cf. os Acórdãos n.ºs 150/87, 398/89, 495/89, 496/89, 350/91, 356/91 e 150/93, publicados in *Diário da República*, 2.ª série, de 18 de Setembro de 1987, de 14 de Setembro de 1989, de 28 de Janeiro de 1991, de 1 de Fevereiro de 1990, de 3 de Dezembro de 1991, de 24 de Abril de 1992 e de 29 de Março de 1993, respectivamente).

Pois bem: *in casu*, o tribunal recorrido interpretou — e aplicou — o artigo 447.º do Código de Processo Penal de 1929 em termos de prevenir o arguido da possibilidade de vir a qualificar os factos de forma diferente do que fizera o tribunal de 1.ª instância, indicando-lhe essa outra possível qualificação jurídico-penal a fim de ele poder defender-se, como, de resto, fez, respondendo ao parecer do Ministério Público.»

A argumentação acabada de transcrever, cuja bondade se aceita, é de considerar como transponível para a situação dos autos, acima precisada.

Na verdade, não deixamos de estar perante a existência *apenas* de uma alteração da sanção conexas com os factos por parte do tribunal de recurso na sequência do juízo que fez sobre o seu mérito, sendo que, no recurso, o recorrente (Ministério Público) controvertia, na sua motivação, precisamente, a não aplicação dessa providência sancionatória (ou aplicação dessa outra qualificação), em acumulação real com as penas de multa aplicadas, previstas nos respectivos tipos legais de crime (artigo 378.º, n.ºs 1 e 2, do CVM), por parte da sentença de 1.ª instância em face dos factos dados como provados (e também descritos na acusação), e os recorridos (arguidos) puderam contraditar (contramotivar) esse pedido, ao nível quer da factualidade — razão pela qual o tribunal de recurso veio, até, a fixar, em procedência quase total dessa sua alegação, o montante das vantagens declaradas perdidas a favor do Estado em valor muitíssimo próximo do quantificado pelos recorridos, e não no defendido pelo recorrente — quer do direito aplicável.

A possibilidade de aplicação da concreta providência sancionatória, de natureza análoga à de medida de segurança, apresentou-se aos ora recorrentes, em tais circunstâncias, como uma mera consequência jurídica que os concretos factos ilícitos típicos por cuja prática foram condenados era susceptível de desencadear, de par com a condenação em pena de multa, prevista no tipo legal, mas ainda em momento processual em que estes puderam controverter quer os respectivos factos quer o direito aplicável.

E não vale discutir, como faz o recorrente Almeida, que não foi ele o beneficiário final das vantagens, mas a sociedade que adquiriu as acções em consequência da obtenção da informação privilegiada por ele dada a conhecer, e que esta não foi ouvida no processo.

E não vale porque, independentemente de o recorrente, a sua mulher e os seus filhos serem os únicos sócios de tal sociedade e de ser ele quem efectivamente conduz o seu destino e, portanto, quem da sociedade, conjuntamente, com os demais sócios familiares pode tirar proveito — o que poderia demandar a aplicação, pela decisão recorrida, do artigo 12.º do Código Penal (cf. os n.ºs 5, 6 e 7 do probatório) —, quem foi condenado pelo acórdão recorrido na perda de vantagens resultantes do facto ilícito que foi associada pelo legislador directamente à prática do facto ilícito típico não foi a sociedade mas sim o recorrente.

Nesta perspectiva de interpretação da lei, a sociedade não tinha de ser ouvida em contraditório.

Sendo a aquisição das vantagens propiciadas directamente pela prática do facto ilícito típico, não é de modo algum desproporcionado ou desadequado que o legislador faça relevar, nessa mesma sede, essa aquisição das vantagens, independentemente de a detenção ou a posse delas estar ou poder logo originariamente concretizar-se na esfera de terceiro.

Condenado a entregar ao Estado é, de acordo com a dimensão normativa aplicada pela decisão recorrida, apenas quem deu, pela prática dos factos ilícitos típicos, resultado à obtenção dessa vantagem ilícita, sendo-lhe alheios os termos como entre o agente e o terceiro essa perda acabe por concretizar-se.

Conclui-se, pois, não violar a norma constitucionalmente impugnada o princípio do contraditório.

O recurso não merece, assim, provimento.

C — **Decisão.** — 11 — Destarte, atento tudo o exposto, o Tribunal Constitucional decide negar provimento aos recursos.

Custas por cada um dos recorrentes, com taxa de justiça que se fixa em 20 unidades de conta.

(1) V. *O Jornal*, n.º 629, de 13 e 19 de Março de 1987, «Abuso de Informação: um problema actual», *apud* Abílio Neto, *Notas Práticas ao Código das Sociedades Comerciais*, Livraria Petrony, 1989, p. 585. Hurtado Pozo, in «Hacia un Derecho Penal económico europeo» in *Jornadas em Honra do Prof. Klaus Tiedman*, Madrid, 1995, diz que a necessidade de regular legislativamente o mercado bolsista fez-se sentir há décadas, citando, a título de exemplo, o ano 1891 como o período em que, na sequência de uma quebra bolsista, se pensou, seriamente, em legislar para proteger, em especial, os investidores de capitais.

(2) O Novo Regime dos Crimes e Contra-Ordenações no Código dos Valores Mobiliários, Almedina, p. 41.

(3) Frederico L. C. Pinto, *ob. cit.*, p. 64.

(4) *Código Penal Português, Anotado e Comentado*, 15.ª ed., Almedina, 2002, p. 378.

(5) *Direito Penal Português — As Consequências Jurídicas do Crime*, Notícias Editorial, pp. 632 e segs.

(6) F. Fias, *ob. cit.*, p. 632.

(7) *O Código Penal de 1982*, vol. I, Rei dos Livros, p. 545.

(8) E não «€ 39 330» como, certamente por lapso, se refere.

(9) E não, como por lapso se refere, «€ 780,570».

(10) E não «185 000» como, por manifesto lapso, se refere.

(11) E não, como, de novo, por lapso se refere, «€ 823,25».

(12) E não «€ 33 680», como ainda por lapso se refere.

(13) Decorrentes, sobretudo, dos, inequivocamente, elevados montantes investidos.

(14) E não «€ 83 601,33», como se diz.

(15) E não «€ 228 380,71», como se diz.

(16) E não «€ 16 369,29», como, ainda por lapso, se diz.

Lisboa, 18 de Maio de 2006. — *Benjamim Rodrigues* (relator) (com voto de vencido quanto ao conhecimento da primeira questão pelas razões do voto de vencido aposto ao Acórdão n.º 412/2003) — *Mário José de Araújo Torres* — *Maria Fernanda Palma* — *Paulo Mota Pinto* — *Rui Manuel Moura Ramos*.

**MINISTÉRIO PÚBLICO**

**Procuradoria-Geral da República**

**Conselho Superior do Ministério Público**

**Despacho n.º 13 686/2006 (2.ª série).** — Por despacho do conselheiro Procurador-Geral da República (no uso da sua competência que lhe foi delegada pelo Conselho Superior do Ministério Público) de 10 de Maio de 2006, foram renovados por mais um ano os referidos destacamentos, como auxiliares, com efeitos a partir de 21 de Junho de 2006, nos termos do artigo 138.º da Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto, aos seguintes magistrados:

Licenciado José de Carvalho Teixeira, procurador-geral-adjunto na Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Norte.

Licenciado Carlos Alberto dos Santos Monteiro, procurador-geral-adjunto na Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Sul.

Licenciado Artur da Costa Barros, procurador-geral-adjunto na Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Sul.

Licenciada Maria Antónia Silva Gomes de Almeida Soares, procuradora da República no Tribunal Central Administrativo Sul.

Licenciada Ana Bela Martins Carvalho, procuradora da República no Tribunal Administrativo Fiscal de Lisboa — Contencioso Administrativo.

Licenciada Helena Maria de Araújo Lima Cluny Rodrigues, procuradora da República no Tribunal Administrativo e Fiscal de Loures — Contencioso Administrativo.

Licenciado Emílio António Sampaio Correia, procurador da República no Tribunal Administrativo e Fiscal de Lisboa — Contencioso Administrativo.

Licenciada Fernanda Maria Rodrigues Carneiro, procuradora da República no Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto — Contencioso Tributário.

16 de Junho de 2006. — O Secretário da Procuradoria-Geral da República, *Carlos José de Sousa Mendes*.

**UNIVERSIDADE ABERTA**

**Reitoria**

**Despacho n.º 13 687/2006 (2.ª série).** — Sob proposta do conselho científico (deliberação n.º 85/2006), ao abrigo do despacho n.º 18 607/2005 (*Diário da República*, 2.ª série), de 26 de Agosto, e nos termos da deliberação n.º 44/2004, do senado universitário, em sessão de 17 de Novembro de 2004, que criou o curso de pós-graduação em Estudos Ambientais — Cidadania e Participação na Universidade Aberta, registado na tutela com o n.º R/48/2005, adiante designado por curso, determino, no que se refere ao segundo curso (2006-2007), o seguinte:

1 — O prazo de candidatura e pré-inscrição no curso decorrerá entre 14 de Junho e 5 de Julho de 2006.

2 — O prazo para a matrícula e inscrição no curso decorrerá entre 17 e 31 de Julho de 2006.

3 — O número de vagas para este curso é fixado em 30 e o número mínimo de inscrições para o seu funcionamento é de 8.

4 — O curso é de carácter formal, organizado pelo sistema de unidades de crédito e leccionado em regime misto (*online* a distância e presencial).

5 — A duração máxima do curso é de um ano, sendo leccionado conjuntamente com a parte curricular do mestrado em Estudos Ambientais — Cidadania e Participação da Universidade Aberta.

6 — O número de vagas reservadas ao abrigo dos n.ºs 4, 5 e 6 do artigo 8.º do despacho reitoral n.º 6388/2005 (n.º 4 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 216/92, de 13 de Outubro) é fixado em 10 % do número de inscrições.

7 — As sessões presenciais do curso serão ministradas em Lisboa (Universidade Aberta, Rua da Escola Politécnica, 147, 1269-001 Lisboa), aos sábados, das 9 às 18 horas.

8 — O início das actividades escolares está previsto para 16 de Outubro de 2006.

9 — O montante de propinas para este curso é de € 2350, assim distribuído:

- Propinas de matrícula — € 80;
- Propina de inscrição na parte curricular — € 2270.

9.1 — A propina de inscrição no curso pode ser liquidada de uma só vez, no acto de matrícula e de inscrição, ou em duas prestações iguais, a primeira no acto de matrícula e de inscrição e a segunda até 23 de Março de 2007.

9.2 — Em caso de desistência, a propina de matrícula e a propina de frequência do curso só serão devolvidas se tal desistência se verificar dentro do período de matrícula.

9.3 — Em caso de desistência após o início da frequência do curso, não haverá qualquer devolução das importâncias pagas.

10 — Informações sobre o curso poderão ser obtidas junto do Sector de Apoio ao Enquadramento Lectivo da Universidade Aberta, Núcleo de Informações, na Rua da Imprensa Nacional, 100, Lisboa, ou por correio electrónico — *infosac@univ-ab.pt*, pelo fax 213970841, pelos telefones 213916568, 213916569, 213916579 e 213916588, linha azul 808200215, ou no secretariado do curso, Leonilda Leitão, *email*: *leonilda@univ-ab.pt*, telefone 213916347, fax 213973229 ou ainda por correspondência, para a Rua da Escola Politécnica, 141-147, 1269-001 Lisboa.

11 — Plano curricular:

1.º semestre — Componente de Fundamentos (são necessários 6 UC ou 30 ECTS):

Designação das disciplinas opcionais	Unidades de crédito (Decreto-Lei n.º 173/80)	ECTS
Ordenamento do Território	1	5
Polição e Recursos	1	5
Gestão de Resíduos	1	5
Instrumentos de Apoio à Gestão do Ambiente	1	5
Biodiversidade, Geodiversidade e Conservação	1	5
Consumo Alimentar e Ambiente	1	5
Elementos para a Análise da Conjuntura Social	2	10