

Ética, Direito, Economia e Mercados de Valores Mobiliários (MVM)

– **«Ou»**, o princípio constitucional fundamental da «Subordinação do poder económico ao poder político democrático» (art. 80.º Constituição da República Portuguesa); o princípio geral constitucional fundamental do «funcionamento eficiente dos mercados» e a sanção das «práticas lesivas do interesse geral» (art. 81.º da CRP); a tutela constitucional fundamental do «sistema financeiro», o qual «é estruturado por lei, de modo a garantir a formação, a captação e a segurança das poupanças, bem como a aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento económico e social» (art. 101.º da CRP); repetimos: social e económico!

Gonçalo S. de Melo Bandeira
gsopasdemelobandeira@ipca.pt

(Recebido em 30 de Abril de 2010; Aceite em 30 de Junho de 2010)

Abstract. Ética, Direito, Economia e «mercados de valores mobiliários»: realidades concretas de um só mundo no qual interagem, de modo constante e complexo, uma série de factores económicos, sociais, políticos, culturais e mentais que não se podem separar de modo artificial; 1.1 – Intróito e primeiro andamento; 1.2 – Introdução e desenvolvimento; 1.3 – A chamada «protecção penal de valores» e/ou o «moralismo»; 2 – Ética nos mercados de valores mobiliários e capitalismo; 2.1 – Possíveis perigos do problema da ética económico-financeira; 2.2 – Os fundos éticos nos mercados de valores mobiliários; 2.3 – Códigos de conduta interna e/ou deontológica, transparência e/ou o papel dos investidores como instrumentos éticos nos mercados de valores mobiliários; 2.4 – Ética e mercados de valores mobiliários: mais alguns possíveis desenvolvimentos pré-conclusivos; 3 – Ética e mercados de valores mobiliários: o microcrédito como desenvolvimento conclusivo; 3.1 – Ética, Paz Social, Corrupção; 3.2 – Direito penal, ética e «Educação e/ou Formação no Ensino Superior»: conclusões

Resumo. Ethics, Law, Economy and “securities” (markets): concrete realities of one only world in which they interact, in constant and complex way, a series of economic, social factors, politicians, cultural and mental who if cannot separate in artificial way; 1.1 – “First introduction” and first course; 1.2 - Introduction and development; 1.3 - The call “criminal protection of values” and/or the “morality”; 2 - Ethics in the “securities” (markets) and capitalism; 2.1 - Possible “risks” of the problem of the ethics economic-financier; 2.2 - The ethical “stock fund” in the “securities” (markets); 2.3 - Codes of internal and/or deontological behavior, transparency and/or the paper of the investors as ethical

instruments in the “securities” (markets); 2.4 - Ethics and “securities” (markets): plus some possible p.-conclusive developments; 3 - Ethics and “securities” (markets): the microcredit as conclusive development; 3.1 - Ethics, Social Peace, Corruption; 3.2 - Criminal law, ethical and “Education and/or Formation in ‘University’ School”: conclusions

1 - Ética, Direito, Economia e «mercados de valores mobiliários»: realidades concretas de um só mundo no qual interagem, de modo constante e complexo, uma série de factores económicos, sociais, políticos, culturais e mentais que não se podem separar de modo artificial

1.1 – Intróito e primeiro andamento

Diz-nos COSTA ANDRADE:¹ «Os estudos de criminologia (⁴⁶) têm, com efeito, revelado a frequência com que os delinquentes de “colarinhos brancos” praticam os crimes contra a economia a coberto da racionalização da lealdade aos valores últimos da vida económica, só por eles autenticamente interpretados e assumidos.». Esta «interpretação económica» hegemónica de um só sentido agora travestido no presente de uma certa globalização poderia nos levar à seguinte máxima: «não existe qualquer coincidência entre, por um lado, ética e/ou moral e, por outro lado, problemas e/ou ciências jurídico-económicas».² E o assunto estava resolvido. Não nos podemos esquecer, contudo, do grande jurista alemão, e Professor de Direito, GUSTAV RADBRUCH, no qual a experiência nacional-socialista produz uma tal impressão, que o obriga a repensar as ideias que tinha sobre o positivismo. G. RADBRUCH vê na separação do Direito e da moral o fundamento no qual se apoiou o nazismo para concretizar, sob a «legalidade», algumas das maiores atrocidades

¹ ANDRADE, M. DA COSTA, in «A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia...», 1985, pp. 69-105; e in «Direito Penal Económico E Europeu...», Coimbra, 1998, p. 403.

² Sinal de que estas questões estão na «ordem do dia» é, v.g., a opinião de FERREIRA, ROGÉRIO FERNANDES, in «Gestão e Ética», www.negocios.pt, Lisboa, 15/10/07, comentando um colóquio ocorrido em Lisboa no mês anterior sobre o mesmo tema. Este autor conclui: «“por melhor ideados que sejam doutrinas e sistemas económicos e político-sociais, na prática, tem havido sempre falhanços. Isso deve-se em particular ao mau desempenho dos executores e de quem deveria zelar pela doutrina proclamada ou sistema preconizado.». Outro colóquio importante e internacional sobre esta matéria foi aquele que ocorreu sobre a «Ética e profissões: desafios da modernidade», Universidade Lusíada de Lisboa, Portugal, 23/11/07. O tema da «Ética, economia e gestão» coube a FÉLIX, ANTÓNIO BAGÃO.

contra a Humanidade. A. DE MELLO BANDEIRA refere mesmo o seguinte:³ «Uma autoridade que não siga o Plano de Deus, demoniza-se.». Uma formação positivista em excesso levou juizes e advogados a ficarem sem defesas argumentativas contra uma «legalidade injusta». Assim, diz-nos G. RADBRUCH que uma lei que contrarie os princípios básicos da moralidade («não é Direito»), ainda que se verifique uma «validade formal».⁴ E todavia, também não é por mero acaso que se volta a falar em ética no contexto do sistema económico capitalista. Que não apenas de «ética nos negócios». Depois de grandes escândalos de gestão e/ou financeiros nas «economias mais avançadas»⁵ fala-se em «recuperar uma cultura ética». É frisado que «não existe qualquer contradição entre ética e *performance* e/ou desempenho» económicos.⁶ O Estado português plasmou, aliás, na lei, em relação ao EGP⁷, o seguinte: «Ética § Os gestores públicos estão sujeitos às normas de ética aceites no sector de actividade em que se situem as respectivas

³ BANDEIRA, ANDRÉ SOPAS DE MELLO, in conclusões de «O mal no princípio da autoridade - o problema do dever da obediência em treze, 1 – 7, de Epístola aos romanos, de S. Paulo», F.D.U.Clássica de Lisboa, 1997, e: «S. Paulo, de acordo com o relato dos Actos dos Apóstolos, invoca a respeitabilidade das autoridades judaicas («ἐγγραπται γαρ ότι αρχοντα του λαου σου ουκ ερεις κακος» - Act 23,1 a 5). Mas em caso de conflito, já S. Pedro diz que “temos de obedecer a Deus mais que aos homens” («πειθαρχειν δει θεω μαλλον η ανθρωποις.» - Act 5,29) e é preciso ter em consideração que as versões de Pedro e Paulo se encontram mais ou menos inseridas no mesmo contexto, o que não põe em causa o respeito de ambos pelo Poderes.».

⁴ RADBRUCH, GUSTAV, in «*Arbitrariedade Legal y Derecho Supralegal*», Buenos Aires, 1962. Palavras de VASQUEZ, MARÍA IZABEL AZARETTO DE, in Prólogo do livro.

⁵ Um dos últimos foi, v.g., o da de «*Société Générale*», no qual o suposto «autor ou co-autor» de uma fraude de quase € 4,9 mil milhões, JÉRÔME KERVIEL, 31 anos. Para mais desenvolvimentos sobre certas medidas que lhe foram aplicadas, www.welt.de, jornal *Die Welt*, Alemanha, 28/1/08, «*Bakenskandal in Frankreich § Börsenhändler Kerviel auf freiem Fuß*». Mais recentemente, o «escândalo financeiro» superou todas as expectativas e «bateu recordes mundiais»: «Maddoff detido por fraude que pode chegar a 50 mil milhões de dólares § Bernard L. Madoff, ex-presidente da Nasdaq e um dos investidores mais activos nos últimos 50 anos, foi ontem detido pelo FBI após confessar que o seu negócio era um “esquema Ponzi gigante” que teria causado perdas de 50 mil milhões de dólares (38 mil milhões de euros) aos clientes.» (cfr. www.jornaldenegocios.pt, 12/12/2008)! Era só, o próprio «presidente» do *Nasdaq*!

⁶ Cfr. as afirmações de PETER LÖSCHER, o então novo chefe da *Siemens* in www.ihf.com (*Herald Tribune*), 5/7/07, que prometia recuperar uma «cultura ética». Artigo jornalístico por DOUGHERTY, CARTER, in «*New Siemens Chief says he'll recover ethical culture*». Este escândalo teve contornos astronómicos: «Sete anos de corrupção e caixas negras cujo valor ultrapassa já os 420 milhões de euros, é o pesadelo do grupo alemão Siemens e as surpresas não param à medida que a investigação avança. Ontem foi detido preventivamente... Os investigadores suspeitam do envolvimento de uma dúzia de pessoas nesta fraude, actuais e antigos assalariados do grupo de Munique, que utilizaram estes fundos para pagar luvas contra a obtenção de contratos internacionais.» Cfr. <http://www.euronews.net>, 24/7/2007. A instituição TI ou «Transparência Internacional», com sede em Berlim, estaria entretanto a ponderar - na época apontada -, a expulsão da bávara *Siemens*.

⁷ Estatuto do Gestor Público (Portugal).

empresas.»⁸ É o EGP que rege os órgãos de administração das empresas públicas. E, como se sabe, as «empresas públicas» podem ser «sociedades constituídas nos termos da lei comercial, nas quais o Estado ou outras entidades públicas estaduais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma influência dominante».⁹ E são também empresas públicas as entidades com natureza empresarial.¹⁰ Temos ainda que recordar aqui as cooperativas.¹¹ A maior parte das cooperativas pode também trabalhar com(o) empresas. Sendo que a sua autonomia é um factor essencial. As cooperativas regem-se, também, por princípios éticos que podem constituir igualmente a Economia em todos os seus sentidos, nomeadamente se prosseguirem fins económicos! Fala-se, a propósito, em «verdadeira atmosfera ética dos princípios cooperativos».¹² E onde o «escopo lucrativo» não é (aqui) elemento essencial!¹³ Ora, vale a pena transcrever aqui uma das conclusões da Aliança Cooperativa Internacional no Congresso de *Manchester*, Inglaterra, de 1995: «As cooperativas baseiam-se nos valores de auto-ajuda, responsabilidade individual, democracia, igualdade, equidade e solidariedade. Fiéis à tradição dos seus fundadores, os membros das cooperativas assumem os valores éticos da honestidade, transparência, responsabilidade social e altruísmo.». Também os princípios cooperativos¹⁴ estão impregnados de ética e, até, utopia: no contexto da social democracia e/ou socialismo democrático, ambos no contexto do Estado de Direito Social, democrático, verdadeiro e livre. Nove anos atrás, em 1998, disse o,

⁸ Cfr. o art. 36.º do EGP, Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27/3. E, também, o n.º 1 do art. 37.º («Boas práticas»).

⁹ Em virtude da detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto e/ou direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização.

¹⁰ Quanto a isto tudo, cfr. artigos 15.º, 3.º e 23.º do DL n.º 300/2007, de 23/8, o qual alterou o Decreto-Lei 558/99, de 17/12. Já antes, para uma visão crítica, ABREU, J. M. COUTINHO DE, in «Sobre as novas empresas públicas (Notas a propósito do DL 558/99 e da L 58/98)», BFD, Coimbra, 2003, pp. 555-575. Foi, aliás, a partir do último DL referido que o «conceito de empresa pública estadual» passou, no Ordenamento Jurídico Português, a abranger «entes de natureza societária». E, as empresas públicas, societárias ou não – ou as cooperativas -, não têm por *conditio sine qua non* da sua existência o escopo do lucro. Logo a ideia de que todas as empresas, em uma economia de mercado, agem segundo uma «lógica de mercado» é falsa. Embora também possam visar esse objectivo. ORLANDO DE CARVALHO falava no «rédito».

¹¹ Cfr. art. 82.º da CRP. Existem em Portugal, como se sabe, três sectores de propriedade dos meios de produção: público, privado e cooperativo e social.

¹² Cfr. a definição legal de «cooperativa» no CCoop. Aí ressaltam várias características, como v.g., aquelas que nos são apontadas por NAMORADO, RUI, in «Introdução ao Direito Cooperativo», Coimbra, 2000, pp. 186 e ss..

¹³ ABREU, J. M. COUTINHO DE, in «Curso de Direito Comercial», Almedina, Coimbra, 2006 (2009), pp. 274 e ss..

¹⁴ Para leitura e breve comentário dos princípios cooperativos, NAMORADO, RUI, in «Introdução ao Direito Cooperativo», Almedina, Coimbra, 2000, pp. 188 e ss..

então, Presidente do Banco Mundial JAMES WOLFENSOHN:¹⁵ «quanto falamos da crise financeira, em todo o mundo 1300 milhões de pessoas subsistem com menos de um dólar por dia; 3000 milhões vivem com menos de dois dólares; 1300 milhões não têm água potável; 3000 milhões carecem de serviços de saneamento; e 2000 milhões não têm electricidade. Façamos algo para acabar com este sofrimento, não nos detenhemos na análise financeira: não nos detenhemos na arquitectura financeira e nas reformas do sistema financeiro. Agora temos a oportunidade de estabelecer um debate global sobre tudo isso, é certo, mas também sobre os fundamentos do desenvolvimento». A globalização, ao permitir a fusão financeira cada vez mais mundial, dificulta o acesso ao crédito e/ou ao empréstimo por parte de pequenos empresários e empresas. É a economia desumanizada na qual reina uma sobre-especulação. LUCIANO NASCIMENTO S. identifica um conflito histórico e afirma o seguinte¹⁶: «A sociedade do terceiro milénio, (...), presencia a sua subdivisão no embate entre *civilização capitalista* versus *civilização comunitária*, que quer representar os modelos de sociedade fechada (capitalista) e sociedade aberta (comunitária) (...), sendo que os modelos são incompatíveis.». As estatísticas, como vamos observando nos jornais de todos os dias, são claras a nível mundial: os ricos cada vez estão mais ricos e os pobres cada vez mais pobres. Ora, o poder económico-financeiro está cada vez mais concentrado: «Ricos mais ricos, pobres mais pobres».¹⁷ Afirma JOÃO PAULO II:¹⁸ «... a liberdade económica é apenas um elemento da liberdade humana. Quando aquela se torna autónoma, isto é, quando o homem é visto mais como um produtor ou um consumidor de bens do que como um sujeito que produz e consome para viver, então ela perde a sua necessária relação com a pessoa humana e acaba por a alienar e oprimir.». Instado ABBÉ PIERRE a comentar o facto, v.g., dos EUA terem 30.000.000 (trinta milhões!) de habitantes a viver abaixo do mínimo vital e a UE (então, a 12 países) cerca de 40.000.000 (!) de pessoas nas mesmas condições, entre os quais estariam milhões de desempregados, muitos sem qualquer subsídio, foi dada a seguinte resposta: «Moralmente, de certeza que é esse o insucesso principal das democracias ocidentais. Porque se cada um não olha senão para si e não inventa acções para tornar útil os que não têm ocupação, então será a degradação. É preciso que cada

¹⁵ WOLFENSOHN, JAMES, in Conferência «*The other crisis*», Reunião dos Governadores, Outubro de 1998; e UREÑA, ANTÓNIO PARTAL / JIMÉNEZ, JAVIER W. IBÁÑEZ, in «*Finanzas Sociales: Innovación Financiera para la Cooperación Internacional*», Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 77 e ss..

¹⁶ SILVA, LUCIANO NASCIMENTO, in «A (Moderna) Criminalidade Económica», in AA.VV., in «Ciências Jurídicas», Apresentação de A. CASTANHEIRA NEVES e Organização: GONÇALO S. DE MELO BANDEIRA, ROGÉRIO M. VARELA GONÇALVES, FREDERICO VIANA RODRIGUES, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 393 e ss. e pp. 439-440.

¹⁷ CABRAL, F. SANSFIELD, in, jornal Diário de Notícias, Lisboa, 21/1/06, <http://dn.sapo.pt>.

¹⁸ In Encíclica Papal «*Centesimus annus* § IOANNES PAULUS PP. II § «IV. A Propriedade Privada e o Destino Universal dos Bens.», Vaticano, 1 de Maio de 1991.

um se prepare para a partilha». ¹⁹ A pobreza pode ser material, mas também pode ser ética e/ou moral. Ou seja, a pobreza pode ser económica, social, política, cultural e/ou mental. O *bourgeois*, i.e. o «burguês», é aquele, aliás, que se serve a si mesmo e, de um modo indirecto, o Estado e/ou a comunidade. ²⁰ O cidadão grego é aquele que serve o Estado e, de um modo indirecto, se serve a si mesmo. O cidadão em HEGEL é o que, no plano ético, serve o Estado servindo a si mesmo e, ao servir a si mesmo, tem como fim servir o Estado. Só a totalidade constituiria a verdade, tanto na teoria como na prática. Sendo que a passagem da «moralidade» à superação de esta – a eticidade – possui um fundamento ontológico: a vinculação da universalidade e das suas determinações particulares. ²¹ A «eticidade» seria, em HEGEL, pois, «o conceito de liberdade que chegou a ser o mundo existente (*Vorhandenen*) e a natureza da autoconsciência». ²² Ora, o «Estado moderno» caracterizaria um «Estado de classes». Ou seja, não seria ainda o «Estado HEGELIANO» em plenitude, pois aqui não haveria classes, mas a manifestação da própria sociedade civil. E como nos diz EROS R. GRAU, ²³ «O Direito posto por esse Estado moderno, Estado burguês, encontra seu fundamento de legitimidade exclusivamente na violência, sem nenhum compromisso ético... Por isso mesmo é que a *justiça* não é assunto a ser tratado no quadro do direito moderno.». E o mercado passaria a ser um projecto político, i.e., um «princípio de organização social». Mas é preciso ter algum cuidado, pois a ausência de ética e/ou justiça e/ou de política, poderá levar ao fim da liberdade e, por conseguinte, ao fim da verdade e, portanto, ao fim da democracia. Liberdade e verdade surgem, pois, como pontos centrais de qualquer discussão (jurídico-)científica. Refere João Paulo II: ²⁴ «É tarefa do Estado prover à defesa e tutela de certos bens colectivos como o ambiente natural e o ambiente humano, cuja salvaguarda não pode ser garantida por simples mecanismos de mercado. Como nos tempos do antigo capitalismo, o Estado tinha o dever de defender os direitos fundamentais do trabalho, assim diante do novo capitalismo, ele e toda a sociedade têm a obrigação de *defender os bens colectivos* que, entre outras coisas, constituem o enquadramento dentro do qual cada um poderá conseguir legitimamente os seus fins individuais.». Não é porventura por mero acaso que, em certo contexto jurídico próximo da teoria de FEINBERG – in

¹⁹ Entrevista de A. MARUJO a ABBÉ PIERRE, 5-7-95 e 22/1/06, in jornal Público, Porto.

²⁰ SALGADO, JOAQUIM C., in «A ideia de justiça em Hegel», 1996, p. 366; e GRAU, EROS R., in «Mercado, Estado e Constituição», BCEFD, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 107 e ss..

²¹ CORDON, J.M. NAVARRO / MARTINEZ, T. CALVO, in «História da Filosofia...», 1990 (1983), Lisboa, pp. 223 e ss..

²² In «Filosofia do Direito», § 142.

²³ *Ibidem*: «... a ausência da *política* é inadmissível.».

²⁴ *Ibidem*.

«*Harm to Others*», 1984 -,²⁵ a pena poderia ser entendida como uma comunicação com o autor, o qual seria «entendido como uma pessoa idónea a emitir juízos morais». Não obstante, poder-se-á, e/ou dever-se-á, distinguir entre Direito e ética individual.²⁶ Mesmo que se considere a vontade da acção como porção do ilícito, a prescrição normativa subsistiria como mandato jurídico. De este modo, em esta perspectiva, a infracção permaneceria como um ilícito que não se atenuaria e/ou agravaria segundo bitolas éticas e individuais. A ética surgiria, assim, no âmbito da culpa, como farol da formação da vontade. Mas seria uma ética social e não uma ética e/ou moral individual. É que o Direito procura estabelecer exigências às pessoas em prol do bem comum, *rectius*, aquilo que seria «expectável do cidadão no seio da sociedade». Pelo que, a ética individual, ainda segundo esta visão do problema, não deveria ter influência na velha e na nova teoria da ilicitude. Seja como for, aquilo que nos parece de realçar é que a ética – independentemente do nome que se lhe queira outorgar: v.g. por meio de princípios jurídicos - permite pelo menos ajudar a resolver *ab initio* uma multiplicidade de falhas e/ou lacunas intrínsecas ao Direito positivado e à própria Economia, «ciência social» (muito) imperfeita. Além de isso, a ética individual tem que ter em conta a ética colectiva e a ética colectiva tem que considerar a ética individual. A tutela jurídico-penal e constitucional (constitucional) de bens jurídicos individuais tem que respeitar a tutela jurídico-penal e constitucional (constitucional) de bens jurídicos colectivos, e vice-versa.

1.2 – Introdução e desenvolvimento

Trata-se de saber, pois, se já existe ou se deve existir alguma relação entre a ética e o sistema económico capitalista e, mais em concreto aqui, os mercados de valores mobiliários.²⁷ E que tipo de relação e/ou influências são essas (?). A credibilidade

²⁵ De acordo com a teoria de J. FEINBERG para que uma conduta possa adquirir relevância penal não deve ser apenas lesiva, mas também «wrongful» (i.e. injusta, ilegal, ofensiva e/ou ilícita), pelo menos no sentido de ser realizada com dolo e/ou, em algumas situações, com negligência. HIRSCH, A. VON, in «Der Rechtsgutsbegriff und das “Harm Principle”», Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, pp. 13 e ss. (p. 15).

²⁶ JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., in «Lehrbuch des Strafrechts § Allgemeiner Teil § Fünfte Auflage», Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 244.

²⁷ A ética (do latim *ethica* e do grego *ἠθική*, i.e., *ethiké*) pode ser entendida no campo da Filosofia (é especulativa; e apenas «normativa» no seu método analítico) como uma disciplina que busca determinar a finalidade da vida humana e os meios de a alcançar, instituindo juízos de valor que possibilitariam destriçar entre o «bem e o mal». A ética é também entendida, pois, como sub-ramo da axiologia. A ética também pode constituir o conjunto de «princípios morais» pelos quais um qualquer indivíduo regeria, no tempo e no espaço, a sua conduta profissional e/ou pessoal. Os juízos de apreciação se referem, por

de uma empresa, v.g., poderia ser considerada como um activo intangível. O qual, contudo, geraria resultados bem tangíveis: a transparência que os processos e recursos das relações com os investidores – situados em um plano de interacção entre os mercados de valores mobiliários e as empresas cotadas – pretendem impulsionar com o permanente incremento da claridade informativa, i.e., a credibilidade da empresa.²⁸ Desde já podemos adiantar que onde está o Ser Humano como ser (in)social, pleno das suas (in)capacidades e/ou (in)imputabilidades, está, de modo necessário e aqui sem uma rígida correspondência, a ética e/ou a sua falta. TOMÁS DE AQUINO iria porventura mais longe ao afirmar que «O Direito está inserido na moral e o ponto da inserção é precisamente a ideia de justiça». Mas também não recusaria afirmar que o legislador não deve se deixar seduzir pela tentação de tutelar com os meios do Direito penal todas as infracções à «moral objectiva».²⁹ Existiria mesmo, todavia, uma «ética profissional do mercado» e uma práxis ética da indústria de valores (v.g. mobiliários e/ou outros instrumentos financeiros) fundada em uma axiologia social

consequente, à conduta humana. Muito perto de este último sentido, a ética pode ainda ser confundida, pois, com a moral tout court. Não obstante, a ética também pode ter, v.g., um significado de «código deontológico». E mesmo de uma «ciência da moral». A ética tem sido aplicada, v.g., na ciência política, na economia, no marxismo e nos negócios. A ética defronta-se com dilemas como este: «o que pode ser bom para a orca pode não ser bom para certos peixes» e vice-versa. Fala-se de éticas «tão díspares» como «ética republicana, ética religiosa, ética aristocrática». A «ética filosófica» tem uma profunda influência económica, social, política, cultural e/ou mental em toda a História da Humanidade. Seja em via de tese, antítese ou síntese e/ou outras categorias imagináveis, por presença ou ausência. Por afirmação ou negação e/ou destrinça. Pense-se, v.g., em SÓCRATES, PLATÃO, ARISTÓTELES, SANTO AGOSTINHO, S. TOMÁS DE AQUINO, GUILHERME DE OCKHAM, CUSA, GIORDANO BRUNO, FRANCISCO BACON, COPÉRNICO, KEPLER, GALILEU, DESCARTES, ESPINOSA, LEIBNIZ, LOCKE, BERKELEY, HUME, «NEWTON», VOLTAIRE, DIDEROT, MONTESQUIEU, ROSSEAU, KANT, CHATEAUBRIAND, FICHTE, FEUERBACH, HEGEL, SCHOPENHAUER, KIERKEGAARD, MARX, ENGELS, COMTE, DILTHEY, NIETZCHE, MILL, FREUD, HUSSERL, BERGSON, DEWEY, UNAMUNO, LENINE, RUSSEL, WHITEHEAD, SCHELER, ORTEGA Y GASSET, HEIDEGGER, WITTGENSTEIN, ANTERO DE QUENTAL, JASPERS, CARNAP, AYER, MOUNIER, MARCUSE, SARTRE, RYLE, LEVI-STRAUSS, CHARDIN, ADORNO, LUHMANN, HABERMAS, POPPER, AGOSTINHO DA SILVA, entre muitos Outros. Todos se preocupam, de uma ou outra forma, mais ou menos crítica, com a moral e/ou a ética.

²⁸ BERMÚDEZ, F. BLANCO / JIMÉNEZ, J. IBÁÑEZ in «La Ética en el Ámbito de las Relaciones entre Emisores e Inversores», Madrid, 2002, pp. 155 e ss..

²⁹ AQUINO, TOMÁS DE, in «Summa Theologica», 1.^a 2.^{AE}, q. 96, art. 2 e DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, in «Direito Penal § Parte Geral § Tomo I...», Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 106 e ss. (segunda edição, actualizada e aumentada, de 2007, Coimbra Editora, Coimbra).

de valores que persuade a conduta dos sujeitos participantes no mercado.³⁰ A «auto-regulação» e/ou «auto-controlo» é, aliás, uma característica ética e/ou deontológica que não pertence apenas à zona dos mercados de valores mobiliários, mas também a outras áreas do Direito.³¹ O Direito penal vale como «uma triste necessidade num mundo de seres imperfeitos que são os homens».³² Significa isto que existe algures, ainda que em termos não absolutos, uma determinada «perfeição». É que a «imperfeição» existe em contraste com algo, i.e., com a «perfeição». Assim como a «perfeição» se verifica na medida em que estamos em presença alhures de uma «imperfeição». Em termos absolutos não existe, quer a «perfeição», quer a «imperfeição». É uma soma de tautologias. Mas também são factos ao nível das ideias. E existe com certeza - ou deve existir - «uma utopia». Ainda que, por eventual aparência, nos surja como uma mera «meta (in)alcançável». Advertirão, entretanto, alguns dos maiores protagonistas do «jogo» do mercado português que: «a moral e/ou ética não jogaria bem com as leis e/ou os regulamentos do mercado; quem se devotasse a essas questões não poderia jogar nos mercados de valores mobiliários e/ou nas bolsas.». Compreendendo em toda a sua amplitude, por um lado, o «alcance exacto» de esta afirmação no seio do capitalismo «puro e duro» dos «mamíferos “racionais”», diríamos que a moral e/ou ética não têm que «jogar» ou «deixar de jogar» com as leis do mercado». É natural que o mercado exija – para satisfação do seu interesse – o afastamento ou a diminuição de qualquer entrave social, político e/ou moral ao processo de acumulação de capital. Mas o mercado também exige uma actuação estatal para garantir a fluência das suas relações e - em frontal contradição - exige que essa actuação seja mínima.³³ A ética e/ou moral podem existir, como podem não existir, no mundo que não é só do mercado e nas leis do mercado com independência de qualquer vontade e/ou desejo e mesmo quando – porventura - se verifica uma pretensa negação no «Direito positivado». Muitos dos próprios princípios constitucionais desfrutam de uma certa «ética jurídica» em si mesma: uma «ética constitucional» e/ou de Princípios Constitucionais. Por isso, entre outras

30 JIMÉNEZ, JAVIER W. IBÁÑEZ, in «Ética y Normas de Conducta Profesional en el Mercado de Valores», Madrid, 2002, pp. 25 e ss..

31 Pense-se, v.g., no Direito Comercial e das Sociedades Comerciais; no Direito do Consumo; no Direito do Ambiente, entre muitas outras zonas.

32 Cfr. o Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches de 1966 – ou seja, o «Projecto Alternativo do Código Penal» alemão - sobre a justificação racional do sentido da pena criminal.

33 GRAU, EROS ROBERTO, *ibidem*. EROS R. GRAU ainda afirma que os «arautos do liberalismo político estão, ingenuamente ou não, ao serviço do liberalismo económico». Contudo, não pensamos nós que a solução possa estar, também, em um eventual capitalismo (selvagem), de esta vez, de Estado.

razões, se fala também, v.g., na possibilidade de existirem normas constitucionais «(in)constitucionais». Não é por mero acaso, porventura, que tirando as referências às origens de «índole religiosa» (pagãs, cristãs e/ou muçulmanas?) da Europa – aqui por coincidência ou não, no nosso entendimento – BERNARD CASSEN apelidou o projecto de Constituição Europeia, já entretanto chumbado (e, depois, «recauchutado»), como de uma «Constituição para santificar a lei do mercado». ³⁴ A «Europa» - *rectius* o mercado - seria a nova «deusa-recuperada dos ventos da mitologia» que resolveria todos os problemas dos «europeus»! Por outro lado, são lógicas pelo menos duas premissas: 1) quem se «dedicar aos problemas da ética e/ou moral» «pode jogar na Bolsa»: nenhuma lei e nem sequer nenhum princípio moral e/ou ético o proíbem e/ou o poderiam impedir; 2) mesmo aqueles que «não se dedicam aos problemas da ética e/ou moral» e «jogam na Bolsa» poderão estar a operar, no tempo e no espaço, em um ambiente ético e/ou moral, quer queiram e/ou o afirmem, quer não o queiram e/ou, até, o neguem: seja pelo simples facto de existirem no mundo do Direito, seja pelo facto de agirem no contexto das regras e/ou regulamentos do mercado e/ou seus «códigos» deontológicos, no tempo e no espaço. Por muito mínimas que sejam essas mesmas «regras». ³⁵ Mesmo o «capitalismo selvagem», quiçá «globalístico», ³⁶ está submetido a um certo número de regras: nem que sejam as «“normas” dos mais fortes»: «a leoa predadora segue certos passos de caça para capturar a gazela». ³⁷ O «estádio seguinte», a guerra, já

³⁴ In «Une Constitution pour sanctuariser la loi du marché», 1/2004, pp. 6-7; e GRAU, EROS ROBERTO, *ibidem*. Entretanto, em 13/12/07, seria assinado o chamado «Tratado» constitucional e da União Europeia, «de Lisboa». Veremos como cada país destinatário irá reagir. Já se sabe que a Irlanda o reprovou no primeiro referendo e aprovou no segundo. Sendo que na maior parte dos países nem sequer existiu um referendo!

³⁵ GEORG JELLINEK afirmaria que o Direito constituiria um «mínimo ético». O que «conferiria à tutela penal um carácter... fragmentário e lacunoso, a contrastar com a natureza (tendencialmente) completa e total da tutela religiosa e da tutela moral.». DIAS, J. DE FIGUEIREDO, in «Direito Penal § Parte Geral § Tomo I...», Coimbra, 2004, pp. 106 e ss.; e segunda edição, reformulada, em 2007, Coimbra Editora, Coimbra.

³⁶ «A economia global assistiu ao piorar da qualidade de vida de um grande número de seres humanos, e ao desvanecimento paralelo do estado de bem estar»: DALE, R., in «The Regulation of International Banking», Englewood Cliffs, 1984, pp. 228 e ss..

³⁷ Não deixando de salvaguardar aqui o princípio da presunção de inocência, ficaram famosos, pela negativa, v.g., os casos espanhóis da «AVA» e da «GESCARTERA». A agência de valores AVA burlou inúmeros clientes. O banco «SOCIMER», em conluio, comprava supostas dívidas em países emergentes, que a AVA revendia a clientes espanhóis, financiando o SOCIMER metade do investimento com garantia dos próprios títulos. O real financiador não era o SOCIMER, mas uma série de bancos que custeavam, na ausência do conhecimento dos clientes, 90% do preço de compra (o SOCIMER pagava 10%). Custo o qual, junto aos 50% desembolsados pelos clientes, sobrefinanciava a AVA. AVA a qual

se caracteriza por uma ausência ainda maior de regras e de ética e/ou moral. Mas mesmo aqui, no contexto da guerra e/ou do «terrorismo», existem «regras» e/ou, pelo menos, pretensas «éticas e/ou morais» mais ou menos «finalistas». Pense-se, v.g., na regra da rendição e da «bandeira branca» e/ou da troca de prisioneiros. A genética, como a própria palavra indica, pode ser vista como uma «ética». Como se sabe, VALENTIM LANDMANN³⁸ afirma algo de muito curioso quando diz que o Direito se mistura com o crime e que o crime - assim que é rejeitado pelo Direito - cria «Direito» «dentro de» si (!). Ainda que seja, por vezes, a «ética e/ou moral» do caos, o caos não é um fim em si mesmo. Pois a própria morte, ainda que por meio do eventual suicídio, constitui, quer se queira quer não, a passagem para um novo estádio. Ora, o Direito penal deve contribuir para vencer o caos no mundo.³⁹ Deve o Direito penal colocar fim à arbitrariedade das pessoas por meio de uma limitação apropriada e/ou adequada da sua liberdade. Mas isto somente pode, porventura, ser realizado de uma forma compatível com o estado da cultura do povo e com os direitos dos indivíduos. Como afirma JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, o Direito penal não tem uma função de tutelar a virtude ou a moral. Estaríamos, afinal, perante o «**pluralismo ético-social** das sociedades contemporâneas». A perspectiva racional traduz-se, de facto, na função de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal, i.e., bens jurídico-penais.⁴⁰ Pluralismo ético-social, sublinhe-se!

podia desviar os excessos recebidos para operar por conta própria. A AVA incorreu em perdas quando desapareceu o verdadeiro emissor: uma sociedade constituída em 1996 no «paraíso fiscal» das Ilhas Caimanes. No caso GESCARTERA, vários administradores e directores desviaram dinheiro de, pelo menos, 1200 clientes para destinos desconhecidos, simulando como justificação perante os mesmos e em face da CNVM compras e vendas «reais» de acções, as quais, na verdade, eram operações diferenciais «a descoberto» (situação financeira e/ou contável em que o «dever» supera o «haver») liquidadas «intra dia». Para captar fundos, ofereciam garantias falsas. De este modo, o sistema de «Mutualidade da Polícia», e/ou «Previdência», investiu € 9.000.000, 00 em um produto estruturado com uma rentabilidade prometida de 6% mais a revalorização do IBEX ao vencer o prazo do investimento. Com o principal garantido por supostos certificados emitidos pela «LA CAIXA», e falsos na sua autenticidade e selo, por valor de € 15.000.000, 00. Entre os afectados estava o próprio Arcebispado de Valladolid, cujo secretário, E. PERALTA, ainda conseguiu, «retirar 6 milhões de euros porque a CNVM o advertiu em 1999 que estava em cima de uma pista de fundos desviados» (cfr. o jornal «El PAÍS», Madrid, Economía, 26/7/2001, p. 45). JIMÉNEZ, JAVIER W. IBÁÑEZ, Madrid, ibidem. No caso GESCARTERA teria sido detectada, inclusive, uma «dupla contabilidade». Pois os respectivos clientes, que não foram declarados, seriam, afinal, mais de 2000. E a «empenhada» auditoria financeira nada detectara!

³⁸ In «Das Böse. Geschichte eines Urphänomenes», Munique, 1985, pp. 301 e ss..

³⁹ JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., ibidem, Berlim, 1996, pp. 2-3.

⁴⁰ DIAS, J. DE FIGUEIREDO, 2004 (e, depois, em 2.^a edição, 2007), Coimbra Editora, Coimbra, ibidem.

Ora, como já se viu, determinadas funções supra-individuais dos mercados de valores mobiliários possibilitam autonomizar uma determinada função «ético-social» dos mercados, como contribuição para o bem comum, no que concerne às funções económicas particulares.⁴¹ Designadamente, como também vimos, quando se estivesse a falar, portanto, em «capacidade funcional do mercado de capitais» estaríamos então, igualmente, a articular a ideia da sua própria (confiança na) capacidade de defender essa função social.⁴² E a nossa perspectiva defende que existem bens jurídico-penais colectivos e/ou complexos, com uma ressonância constitucional bem delimitada, que são tutelados pelo Direito penal do mercado de valores mobiliários. Logo, também está em causa, em esta área do Direito do mercado de valores mobiliários, a tutela de bens jurídicos supra-individuais e/ou colectivos nos quais também co-habitam, pelo menos - como podem não co-habitar! -, funcionalidades «ético-sociais». Quando o Direito penal não puder garantir mais a ordem e a segurança, surgirá o risco de os cidadãos tomarem conta - sem qualquer «fundamento científico»: o que seria típico de um «Estado de não Direito» -, da justiça, de modo que os mais fortes acabarão por se impor aos mais débeis, sem mais.⁴³ A tutela de bens jurídicos individuais e/ou colectivos, do ponto de vista jurídico-penal, permite evitar, se for encarada com rigor e ambivalência, esse perigo. No enquadramento jurídico anglo-americano do *Harm Principle* e/ou «Princípio do dano» - que «corresponderá» no Direito alemão, *mutatis mutandis*, ao bem jurídico -, o «dano» poderá ser explicado como uma conduta que despreze um «interesse». E o «interesse» poderá ser entendido como um «recurso» e/ou «capacidade» e/ou «meio» e/ou «bem, expediente» sobre cuja integridade tem a pessoa respectiva envolvida uma pretensão, i.e., uma *Anspruch* (reivindicação e/ou direito). Ora, para confirmarmos se uma «capacidade» e/ou «meio» pertencem a determinada pessoa e quais são as condições sob as quais existe um desprezo de esse «bem» e/ou «recurso», existiriam vários caminhos a tomar. O trilho do «ordenamento jurídico primário» como, v.g., o «Direito civil» e/ou os próprios pressupostos éticos.⁴⁴ Finalmente, a existência dos chamados «fundos éticos»

41 CARNÉ, MELÉ, «Aspectos éticos de los mercados de valores», 1996, pp. 486 e ss. e PINTO, F. DE LACERDA DA COSTA, in «O Novo Regime Dos Crimes E Contra-Ordenações No Código Dos Valores Mobiliários», Almedina, Coimbra, 2000, p. 19.

42 V.g. fundos éticos, planos de poupança reforma, entre outros, relacionados agora com os mercados de valores mobiliários. Os fundos éticos têm uma importância cada vez maior nos mercados de valores mobiliários: cfr., v.g., <http://www.ftse.com/>. Relacionado com o bem jurídico colectivo «meio-ambiente», v.g., «FTSE4Good Environmental Leaders Europe 40 Index».

43 JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *ibidem*, Berlim, 1996, p. 2.

44 HIRSCH, ANDREW VON, *ibidem* (pp. 16-17). Qual a razão, v.g., de uma pessoa ter direito à propriedade privada (sobretudo, sem limites de acumulação...)? É preciso indagar, p.e., não só os pressupostos constantes do Código Civil português, mas também, caso seja útil, a discussão filosófica sobre as bases normativas da «propriedade privada» (v.g. WALDRON, in «The Right to Private Property»,

demonstra que a ética - e/ou moral - pode «jogar» bem (como pode não «jogar» bem, aqui e ali e em cada caso e/ou momento concretos), e até já «joga», de certo modo, como estamos a ver, com as leis do mercado.

1.3 – A chamada «protecção penal de valores» e/ou o «moralismo»

GERHARD SEHER⁴⁵ refere, «entre outros raciocínios», que as «chamadas normas moralistas» se fundariam no facto de não fazerem uma remissão para uma relação de «autor-vítima». Não existiria sanção devido à lesão de uma pessoa, mas para proteger os valores em si mesmos. Seria, pois, debaixo da «batuta moralista» que se poderia(m) distinguir diversos critérios de legitimação. Ora, seria essa protecção de valores de acção que uniria esses diversos critérios. É aqui, pois, que fala, entre outras ideias, do «princípio da exploração» e/ou «do aproveitamento», i.e. «*Ausnutzungsprinzip*». Seria em «este ensejo» que se desencadearia a ideia de que ninguém poderia obter vantagens sobre uma situação de necessidade alheia. Ou sob o aproveitamento de uma deficiência organizativa do sistema social. A proibição, v.g., de realizar negócios com informação privilegiada e/ou «abuso de informação privilegiada» e/ou *insider trading* «conduziria, com precisão, a essa ideia». O mesmo aconteceria em relação a outras normas jurídicas sancionatórias que se baseariam na «chantagem» e/ou em certas «coacções». O que não podemos desde logo afirmar e/ou concluir, com certeza, na nossa opinião, é que por estarmos afinal perante «normas com a tal origem identificada como “moralista”», deixaríamos, pura e simplesmente, de sancionar comportamentos que, v.g., exploram e/ou se aproveitam das debilidades organizativas do sistema social. Se a origem da tutela do Estado de Direito - Social, democrático, livre e verdadeiro - desfrutar de uma qualquer reminiscência «moral» e/ou ética, pois que assim seja: tutelemos de modo universal, então, e levemos a sério tal tarefa em termos práticos, no seio do Estado de Direito Social, democrático, livre e verdadeiro. Se o próprio capitalismo conduz parte da subsistência do Estado de Direito Social a, v.g., uma série de fundos de investimento e/ou acções, porque razão não se haveria (o que seria contra a Constituição constitucional) de tutelar a confiança no funcionamento, o mais possível eficiente, dos MVM e/ou outros instrumentos financeiros, os quais, por conseguinte, têm uma função social eminente? Lugar onde, como a Constituição constitucional manda, o poder político dirige, ou tem que dirigir, o poder económico e não o contrário (a organização económico-social assenta no princípio fundamental da «Subordinação do poder económico ao poder político

1988 e/ou, em outras perspectivas, mais críticas, as obras de KARL MARX, como v.g. «Das Elend der Philosophie», 1847; «Manifest der kommunistischen Partei», 1948; «Das Kapital. Kritik der politischen Oekonomie», 1867-1894, entre outras).

45 In «Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff», Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, pp. 39 e ss. e 47 e ss..

democrático»: cfr. art. 80.º da Constituição da República Portuguesa), sob pena do universo continuar, na «crista da onda» e/ou do «rebetamento da bolha», a ser regido pelo *Polemos*, i.e., para o filósofo HERÁCLITO, a «Lei que rege o Universo»: a guerra, em grego. «*Polemos* reina o mundo, *Polemos* criou o mundo!» A guerra como característica natural dos alicerces do velho sistema comercial e/ou, depois, económico e capitalista. Seja a guerra pela água, seja a guerra pelo petróleo ou gás, seja a guerra por muitos outros recursos humanos ou naturais como os próprios alimentos! Seja a guerra entre, por um lado, especuladores – dos valores mobiliários, dos produtos petrolíferos ou até dos alimentos mais básicos ou bens essenciais! - e/ou, por outro lado, investidores não especuladores, nos mercados de valores mobiliários e/ou bolsas.

2 – Ética nos mercados de valores mobiliários e capitalismo

Quando se fala aqui de ética estaríamos a nos referir aos próprios Seres Humanos e à sua consciência e não, como urge ser óbvio, aos mercados em si mesmos. A ética e/ou moral do mercado seria, pois, o resultado da ética e/ou moral dos seus sujeitos.⁴⁶ Não é por obra do acaso que a doutrina anglo-americana problematiza sobre a «prevenção de integração» como modalidade da «prevenção geral positiva» identificando-a como a *Moral-Educational-Effect of the Criminal Law*, i.e., o «Efeito-Educacional-Moral do Direito penal» e/ou do «Direito Criminal».⁴⁷ Cremos, contudo, que, no contexto da doutrina europeia continental, já se faz, e se deve fazer, sem confundir, uma separação clara entre prevenção geral positiva e prevenção especial positiva. Como menciona JOÃO PAULO II:⁴⁸ «A empresa não pode ser considerada apenas como uma “sociedade de capitais”; é simultaneamente uma “sociedade de pessoas”, da qual fazem parte, de modo diverso e com específicas responsabilidades, quer aqueles que fornecem o capital necessário para a sua actividade, quer aqueles que colaboram com o seu trabalho. Para conseguir este fim, é ainda necessário um *grande movimento associado dos trabalhadores*, cujo objectivo é a libertação e a promoção integral da pessoa.». À primeira vista diríamos que «o Homem é imperfeito e o mercado é perfeito». Contudo, o Homem seria tendencialmente «perfeito» e os mercados, como aliás vemos em vários locais de este trabalho, seriam afinal (muito) «imperfeitos»: desde logo se detecta, v.g., a

⁴⁶ PASTOR, F. ZUNZUNEGUI, in «*Abuso de Mercado*», Madrid, 2002, pp. 131 e ss..

⁴⁷ V.g. ANDENAES, in «*Punishment and Deterrence*», Michigan-E.U.A., 1982; e HIRSCH, ANDREW VON, *ibidem*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pp. 13 e ss..

⁴⁸ *Ibidem*.

existência de «informação assimétrica».⁴⁹ E de «exuberância irracional». O «ideal e/ou a utopia» deveria ser que, tanto o Homem como o mercado, caminhem no seu inerente desenvolvimento para a «perfeição» e/ou para uma «perfeição cada vez mais elevada». Essa «(im)perfeição» não existe - contudo e na nossa opinião - em termos absolutos. Subsistiria uma ética que a consciência postula para além da «lei positiva»? Seria suficiente que o empresário dos mercados de valores mobiliários cumprisse a legislação e optimizasse o seu lucro e/ou minimizasse as suas perdas? Ao empresário caberá sempre defender os interesses dos respectivos accionistas mesmo contra determinados requisitos éticos? Desde um certo período histórico pareceria evidente, sem embargo, que a empresa não deveria somente maximizar a criação de valor para os respectivos accionistas, mas sim para todos os agentes sociais. Estariam em causa outros interessados na e da empresa: as administrações públicas, os empregados, os provedores, os cidadãos, o próprio meio ambiente (ecologia da natureza e/ou ecologia humana e/ou ecologia social)⁵⁰ e os seus beneficiários, as organizações (inter)nacionais governamentais e não-governamentais, entre muitos outros vectores. Não é admissível, v.g., que certa mão de obra opere sequer - porventura mão de obra infantil em alguns casos que são visíveis, com sistematicidade, nos órgãos de comunicação social - ou opere em condições consideradas como inaceitáveis do ponto de vista humano, ainda que as leis de um determinado país permitam tal actuação. Diz-nos JOÃO PAULO II o seguinte:⁵¹ «Todavia o lucro não é o único indicador das condições da empresa. Pode acontecer que a contabilidade esteja em ordem e simultaneamente os homens, que constituem o património mais precioso da empresa, sejam humilhados e ofendidos na sua dignidade». Em um mundo globalizado, as actuações éticas podem possibilitar, pois, o alcançar de interesses mais amplos na/e da sociedade do que aqueles interesses que, inclusive, surgem ou surjam plasmados no «Direito positivo».⁵² Existiriam mesmo uma série de condutas nos mercados de valores mobiliários que se apresentariam como destituídas de ética.⁵³ Quanto à intervenção nos MVM verificar-se-ia, como fomos vendo, uma «actividade directa e atentatória

⁴⁹ FERNÁNDEZ-ESPAÑA, JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO, in *«La Ética en los Mercados de Valores, Problema Crucial de las Sociedades y Sistemas Capitalistas Contemporáneos»*, Madrid, 2002, pp. 17 e ss..

⁵⁰ Quantas vezes o Homem não acaba «... por provocar a revolta da natureza, mais tiranizada que governada por ele»? JOÃO PAULO II *ibidem*. E ainda: «...empenhamo-nos demasiado pouco em *salvaguardar as condições morais de uma autêntica “ecologia humana”*... bem como a devida atenção a uma “ecologia social” do trabalho.»

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Pensemos, v.g., em um administrador de uma certa empresa que, por motivos éticos ambientais, não contribui para a maximização dos benefícios da mesma. Responsabilidade?

⁵³ JIMÉNEZ, JAVIER W. IBÁÑEZ, *ibidem*, Madrid, 2002.

contra a livre formação dos preços». Sucederia, também, uma intervenção alheia à margem do MVM que teria fortes influências: a) fraude fiscal, burla, apropriação indevida, falsificação documental, entre outros factores; b) operações fraudulentas e/ou com «ânimo de enriquecimento próprio» – profissionais, ou não, e à custa de investidores incautos nos mercados de valores mobiliários – executadas «por fora» dos próprios mercados de valores mobiliários mas através do sistema financeiro, com relação ou por referência a operações principais de mercado; c) utilização de quaisquer actividades de alteração contabilística e/ou «maquilhagem» financeira e/ou patrimonial das empresas cotadas e/ou de investimento: imagem que seria determinante para a racionalização das decisões de (des)investimento nos mercados de valores mobiliários; d) as «operações societárias» e/ou de *corporate finance* – habitualmente em «intragrupo» - propensas a obter uma posição de domínio no mercado e/ou de controlo corporativo e/ou de imagem de competência e/ou publicitária e que são favoráveis à manipulação eventual dos preços no MVM ou para sustentação legal em face da administração supervisora de posições patrimoniais e/ou situações financeiras adversas. Investiguemos, porém, em outros locais. No contexto da teoria do bem jurídico, não é fácil explicar qual a razão da criminalização, v.g., de certos «delitos de conduta», i.e., *Verhaltensdelikte*. Invoque-se, designadamente, a «profanação de cadáver» e/ou de «lugar fúnebre» e/ou de «uma qualquer» «protecção da paz dos defuntos». Não se contesta que existem certos deveres éticos entre os vivos que «residem em tratar com dignidade os “seus remanescentes” uma vez falecidos». E isto, mesmo que se coloque em causa porque é que há-de ser este um assunto do Estado e/ou merecedor de ser tratado pelo Direito penal.⁵⁴ Estariam, afinal, em causa «sentimentos de “piedade”» e um «sentimento moral colectivo».⁵⁵ O mercado - e/ou a economia de mercado – encerra também, contudo e como já vimos, uma série de contradições em si mesmo. E, em última instância, tratar-se-ia da assistência a uma «tragédia cómica»: o Estado de classes seria legitimado pela garantia da liberdade, a qual - sobretudo depois do 11 de Setembro de 2001 - é, «mesmo a propósito», a próxima vítima.⁵⁶ Se já não foi – foi mesmo! -, v.g., no caso da célebre prisão da baía de Guantánamo, e/ou em outras prisões «ilegais», «ainda piores», espalhadas por esse mundo afora, e nas quais, em certos casos, se torturou contra os mais elementares Direitos

⁵⁴ HIRSCH, ANDREW VON, *ibidem* (p. 52). Não cremos, contudo, que se possa afirmar, sem mais, que as características implicadas em esta questão não possam ser solucionadas nem pela teoria do bem jurídico nem pelo «princípio do dano».

⁵⁵ CUNHA, J.M. DAMIÃO DA, in «Comentário Conimbricense...», em anotação ao art. 254.º do C.P. («Profanação de cadáver ou de lugar fúnebre»), Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 653; e também FARIA, PAULA R., in «Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes», Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, 1995, p. 127.

⁵⁶ GRAU, EROS ROBERTO, *ibidem*.

Humanos e as «Convenções de Genebra». Os Estados de Direito, sociais, democráticos, livres e verdadeiros – dignos de esse nome –, têm que defender não só as pessoas, como também os Princípios constitucionais constitucionais, mesmo perante sanguinários terroristas! Ou quando soldados norte-americanos, de «ar pacato e afável», tipo modelo de anúncio de hambúrguer ou de refrigerante açucarado, torturaram até à morte no Afeganistão e no Iraque, pessoas que tinham sido presas... por engano ou por má indicação, e/ou informação para desviar as atenções, e que, por conseguinte, estavam, inclusive, totalmente inocentes, como depois foi reconhecido pelos próprios, entretanto «julgados»!⁵⁷ Mas os Estados de Direito, sociais, democráticos, livres e verdadeiros, têm que defender não só as pessoas, como também os Princípios constitucionais constitucionais!

2.1 – Possíveis perigos do problema da ética económico-financeira

De um certo ponto de vista, as questões de abuso de mercado passaram a ser, pois, um problema de ética económica e de mercado. Ora, é aqui que as exigências do público surgem com um papel central na adopção, v.g., da proibição germânica, não só do abuso de informação e/ou *insider trading*, mas também da manipulação do mercado.⁵⁸ Não só a *vox populi*, como o próprio mundo, esperavam, então, que a Alemanha – centro financeiro com ambições internacionais – dispusesse de proibições em termos de abuso de mercado e, também, com uma supervisão estatal. Já que esse seria um indicador de que estaríamos perante um mercado financeiro seguro. E corresponderia isso, de modo notório, às expectativas do público investidor e à sua ideia geral de «jogo justo» e/ou *fair-play*.⁵⁹ Ora, isto pode ser perigoso para o Estado de Direito Social, democrático, livre e verdadeiro. O público viu o cardápio, quis e exigiu, de entre o menu, a proibição de certas práticas de abuso de mercado. O legislador, um tanto ou quanto «paternalista» e, em especial, populista, fez a vontade à «criança». O problema é que «*efficit ignavos patris indulgentis natos*».⁶⁰ Se isto realmente aconteceu de esta forma, o legislador ter-se-

⁵⁷ Cfr. programa televisivo de origem inglesa e norte-americana - sobre a tortura utilizada pelos próprios militares norte-americanos contra as chamadas «Convenções de Genebra» - que foi exibido no dia 1/3/2008, no Canal 2, televisão estatal portuguesa, cerca das 23.00 horas.

⁵⁸ HAOUACHE, G. GORDON, in «*Börsenaufsicht durch Strafrecht. Eine Untersuchung zur straf- und verfassungsrechtlichen Problematik der strafrechtlichen Sanktionierung des Insiderhandels durch das Wertpapierhandelsgesetz...*», PETER LANG, Frankfurt am Main (...), 1995-1996, p. 156.

⁵⁹ ASSMANN, H.-D., in «*Künftiges Insiderrecht*», Verlag Dr. OTTO SCHMIDT, Köln, 1994, p. 202.

⁶⁰ «O muito mimo perde os filhos».

ia degenerado em uma entidade executora de grupos de interesse e de movimentos «gerais» de entre a sociedade.⁶¹ As consequências seriam, pois, assustadoras. O legislador decretaria, a fim de satisfazer do modo mais rápido possível as expectativas por parte da sociedade, leis – no geral muito vagas – para criar um «mecanismo de compensação» social. Mas, quais seriam afinal os «rigorosos critérios jurídico-científicos» utilizados para se saber quando essas expectativas existem? Ainda que a sociedade exigisse ao legislador pontos de referência e de orientação rígidos em todas as áreas da vida, este desejo não se poderia materializar na legislação sem uma análise e uma reflexão consistentes das consequências porventura resultantes. Pense-se logo, v.g., no Direito constitucional. Acontece que o Direito penal não é nem pode ser uma panaceia e/ou medida higiénica para fenómenos sociais e populares indesejados. Pelo que, nas ciências jurídicas e, *rectius*, no Direito penal, não se poderia e não se pode dar um seguimento ao desejo supramencionado de forma automática, *ide est, à la carte!* V.g.: quando se cometem cada vez mais infracções e/ou crimes económicos, a solução do problema não se encontra, apenas e somente, em descrever estes «delitos» quanto ao tipo legal e de os punir cada vez mais, porque assim, quanto muito, trata-se os sintomas, mas não se afastam os motivos, as causas. Podemos pré-concluir até aqui, pois, que nem tudo são rosas no mundo da ética. E que ética?

2.2 – Os fundos éticos nos mercados de valores mobiliários

Continuemos a tentar encontrar, pois, aqui e ali, ao nível enunciativo, éticas concretas, reais e definidas no espaço e no tempo. Os fundos éticos são apenas uma das espécies de fundos.⁶² Refere JOÃO PAULO II, *mutatis mutandis*, o seguinte:⁶³ «Mas aludo também ao facto de que a opção de investir num lugar em vez de outro, neste sector produtivo e não naquele, é sempre *uma escolha moral e cultural*». Porque não, v.g., a criação de um fundo ético na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa ligado à defesa e conservação da língua portuguesa, e/ou à pobreza dos falantes de esta língua, que seja formado por empresas de língua portuguesa? À

⁶¹ HAOUACHE, GERHARD GORDON, in «*Börsenaufsicht...*», *ibidem*.

⁶² Que se diferenciam, v.g., dos «exóticos». Com o acumular das suspeitas de que se ia formando uma bolha artificial bolsista, nos começos de 2007, foram sendo criados outros fundos de investimento, i.e., *hedge funds*, ou seja, «fundos de colocação do e/ou ao risco». E os investidores voltam-se inclusive para «activos exóticos». Cfr., v.g., WERDIGIER, JULIA, in «*Bored with hedge funds? More investors turning to “exotic assets”*», www.iht.com, 13/7/07. V.g., uma galeria londrina ia vender cerca de 4.000 fotografias de grande valor histórico e cultural (desde MALCOM X até PABLO PICASSO). Mas os compradores não ficarão com as fotos... é um negócio peculiar.

⁶³ *Ibidem*.

questão dos fundos éticos não é alheio um especial interesse dos órgãos administradores e/ou reguladores das bolsas nos investimentos que se apresentam como «responsáveis do ponto de vista social».⁶⁴ O índice bolsista *Footsie for Good* – até como o próprio nome indica: i.e., o *Footsie* «para o bem» e/ou «o bom» e/ou «o benéfico» - surge, sobretudo, com objectivos que se pretendem assumir como éticos. No respectivo sítio virtual da inter-rede ficamos a saber, inclusive, que: «Todas as rendas de licença da Série de índice FTSE4Good são doadas à UNICEF».⁶⁵ Este índice exclui empresas com «efeitos sociais negativos» como as «armas, a energia nuclear e/ou o tabaco», entre outros exemplos. E, depois de estudar com pormenor cada uma das «empresas candidatas», procura incluir «as que se orientam por critérios de acordo com os Direitos Humanos, aspectos sociais e ecológicos». Já antes fizemos, aliás, uma referência ao fundo ético denominado «FTSE4Good Environmental Leaders Europe 40 Index».⁶⁶ Segundo a própria instituição, este índice foi criado para ser usado como base de produtos de investimento institucional e de retalho para investidores que procuram o seguinte nas organizações respectivas: «investimento em empresas europeias que demonstrem as melhores práticas em gestão ambiental; minimização dos riscos ambientais de entre os seus departamentos e/ou «pastas»; compreensão da melhor capitalização dos benefícios de uma administração ambiental forte: eficiência ecológica e imagem melhorada de marca; e/ou encorajamento activo para que as empresas sejam mais responsáveis». Em um período mais recente ficamos a saber que foi introduzido um «novo juízo ético»: o «critério de contribuição de cada empresa para minorar os efeitos nefastos nas mudanças climáticas mundiais». Já a lista dos índices «FTSE4Good Index Series» dá maior importância à «transparência da gestão nas empresas» em causa e à «criação de produtos socialmente responsáveis de investimento». Este índice pode ser utilizado de quatro formas: a) «Investimento»: como «base para financiamento de produtos e instrumentos financeiros socialmente responsáveis»; b) «Pesquisa»: como «ferramenta de pesquisa para identificar companhias socialmente responsáveis»; c) «Referência»: como instrumento de referência que proporciona querer aspirar e superar um padrão corporativo global transparente e de desenvolvimento da responsabilidade nas empresas; d) «Marcando o nível»: como «índice da “marca de nível” e/ou “teste padrão” para seguir o desempenho de «portfólios» de investimentos que são «responsáveis do ponto de vista social». Porque não criar também índices de fundos

⁶⁴ FERNÁNDEZ-ESPAÑA, JUAN FERNÁNDEZ-ARMESTO, *ibidem*; e UREÑA, ANTÓNIO PARTAL / JIMÉNEZ, JAVIER W. IBÁÑEZ *ibidem*, *Marcial Pons, Madrid*, 2002.

⁶⁵ Cfr. <http://www.ftse.com/> em 11/7/2007. Se não existir corrupção na UNICEF, então não se podem colocar as dúvidas, v.g. aqui, de BELLO, C. DEL MORAL, in *Ética y Conducta en el Mercado de Valores*, *Madrid*, 2002, pp. 179 e ss. (p. 200).

⁶⁶ Cfr. <http://www.ftse.com/>: «FTSE4Good Índice 40 dos Líderes Europeus Ambientais».

éticos formados por empresas que combatem, com medidas concretas e precisas, o desemprego?⁶⁷ Porque não criar índices de fundos éticos formados por empresas que combatem a pobreza? Porque não criar índices de fundos éticos formados por empresas que fomentam a paz entre os Povos e/ou Países? Porque não criar fundos éticos formados por empresas que promovem a qualidade de vida de crianças e jovens em risco? Os exemplos a dar podem ser infundáveis. A formação dos investidores desempenhará sempre, contudo, um papel crucial. Existem já, de facto, uma série de critérios para abordagem dos índices conexonados com «questões éticas», entre outros, como v.g.:⁶⁸ a) FTSE4Good Factsheet (critérios de responsabilidade social e afins); b) FTSE4Good Inclusion Criteria (critérios de inclusão e afins); c) FTSE4Good Uranium Mining Criteria (critérios de minimização do uso de urânio e afins); d) FTSE4Good Countering Bribery Criteria (critérios de oposição ao suborno e/ou corrupção); e) FTSE4Good Climate Change (critérios de oposição às mudanças climáticas mundiais e /ou locais). Os índices éticos dão grande relevo aos Direitos Humanos universais. Outro índice com grande êxito é, v.g., o FTSE4Good Japan. É claro que tudo isto, no meio de um certo sistema económico capitalista vigente global que evita reformas estruturantes de fundo, pode soar, aqui e ali, um pouco como a «ética do cinismo» ou o «cinismo da ética», uma vez que tudo seria, afinal, «publicidade enganosa!» Não fazer nada, nem nada tentar, seria, contudo, o auge, isso sim, do cinismo económico, em violação, aliás, do «cinismo» greco-filosófico, e perspicaz, de ANTÍSTENES e/ou DIÓGENES.

2.3 – Códigos de conduta interna e/ou deontológica, transparência e/ou o papel dos investidores como instrumentos éticos nos mercados de valores mobiliários

Os códigos internos de certas organizações empresariais e/ou os códigos deontológicos de determinadas profissões impedem que os horizontes das pessoas envolvidas sejam apenas aqueles que estão plasmados na «legislação positiva». Um dos exemplos mais relevantes é o «Código Ético dos Analistas de Investimento do *Merrill Lynch*». Este código «procura» (pelo menos nas intenções) «colmatar os desvios nos bancos e empresas nos seus objectivos sociais». «Sem esquecer, porém,

⁶⁷ NUNES, A.J. AVELÃS, in «Neo-Liberalismo § Globalização E Desenvolvimento Económico» BCEFD, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 287, refere com interesse em relação ao sistema económico capitalista: «A mão-de-obra está desempregada – escreve Keynes – no sentido de que há homens sem emprego desejosos de trabalhar por um salário real inferior ao praticado». É, assim, que o nível de emprego é determinado pela procura efectiva. O volume do emprego determina, pois, os salários reais.

⁶⁸ Mais informações cfr. <http://www.ftse.com/>.

os interesses da indústria de valores». ⁶⁹ E tem três níveis: a) genérico; b) profissional frente à profissão; c) frente ao empregador. Em relação à transparência podemos ter em consideração diversos factores: a publicidade dos actos e/ou informações relevantes das empresas e/ou dos seus empresários; as auditorias e supervisões internas das empresas constantes dos «Códigos de bom governo» mas não, em vários aspectos, do Direito das Sociedades; e o auto-controlo empresarial, entre outros factores; desde que se verifique a hipótese de coadjuvação sancionatória e, em *ultima ratio*, penal. Enfim, o valor da reputação em si mesma da organização empresarial em causa surge como uma peça importante no fomento do comportamento ético. O papel dos investidores surge como ponto fulcral. O investidor ético pode ser aquele que retira os seus investimentos das chamadas «empresas e/ou multinacionais opressoras»: é uma forma de «rebelião» eficaz. O «investidor socialmente responsável» não investe, v.g., em empresas que atacam os Direitos Humanos, os menores ou os idosos, o ambiente, o desenvolvimento sustentado, os animais, a natalidade e/ou maternidade e/ou paternidade entre outros. Deveria porventura existir «formação ética, em causas e ideias, dos investidores». A opinião pública - como «“Príncipe” da Humanidade», nas palavras de ABBÉ PIERRE - poderia decidir quais as empresas que merecem investimento. E estas poderiam acabar por se democratizar no seu seio. O termo «deontológico» é, por vezes, mesmo utilizado com o intuito de identificar o carácter ético da conduta no mercado. ⁷⁰ Não será correcto, do ponto de vista deontológico, v.g., recomendar

⁶⁹ GIL-GALLARDO, J.L. DE MORA / JIMÉNEZ, J.W. IBÁÑEZ in «*Conduitas profesionales y conflictos de intereses*», Madrid, 2002, pp. 119 e ss.. Somos, contudo, muito cépticos quanto à «tese utópica» perfilhada por este autor quando afirma que «apenas com níveis mais elevados de liberdade e independência na contratação se consegue reduzir os prejuízos que derivam das falhas do mercado». Sem regulação e/ou regulamentação, em última instância, estamos em crer que o mercado se auto-destruiria. A realidade dos inúmeros escândalos financeiros que têm rebentado, um pouco por todo o mundo, demonstra a falência dos sistemas isolados de «auto-controlo» e/ou «auto-regulação». O Estado surge como indispensável regulador. Aliás, o banco norte-americano *Merril Lynch* acabou por ser comprado pelo *Bank of America* devido ao facto de ter apresentado um «prejuízo inesperado» no valor de 15,4 mil milhões de dólares! JOHN THAIN, antigo presidente do *Merril Lynch*, acabou por aceitar sair do *Bank of America*, pois só na decoração do seu gabinete pessoal gastara 1,2 milhões de dólares (!): www.jornaldenegocios.pt, 22/1/09. Um ano antes na 38.ª edição do Fórum Económico Mundial de Davos, na Suíça, JOHN THAIN, comentando a fraude no *Société Générale*, onde esteve envolvido JÉRÔME KERVIEL, comentara o seguinte: «Seja qual for o sistema de segurança, é impossível prevenir a fraude» § «... o maior pesadelo de qualquer gestor»: www.jornaldenegocios.pt, 22/1/08. Ironias do «destino»?

⁷⁰ V.g., a COB francesa nas suas «informações» anuais. HANNOUN in «*La déontologie des activités financières: contribution aux recherches actuelles sur de néo-corporatisme*»,

assumir certos riscos e ignorar o «binómio óptimo» entre rentabilidade e risco dos eventuais clientes.⁷¹ Todo o profissional, das instituições e/ou mercados financeiros, deve dar uma estimativa em relação aos objectivos e experiência de cada cliente quanto à sua relação individual entre a avidez do rendimento e a aversão - e/ou alternativas e/ou capacidade de choque - face às potenciais perdas, antes de produzir quaisquer recomendações. Não é aceitável - em uma perspectiva deontológica, mas que também acaba por ter fortes consequências económicas e sociais – recomendar créditos e/ou publicitar financiamentos, inclusive, com formas agressivas de publicidade, a rasar a (i)legalidade e/ou (in)eticidade, em determinadas alturas que podem ser localizadas no tempo e no espaço com «suficiente ciência». V.g. os picos bolsistas e/ou as épocas em que a taxa de juros, para usufruir de crédito, está muito baixa, sendo que, a seguir, só pode subir e subir muito. O que, por si só, deveria justificar a emissão de alertas específicos, pelo Estado e/ou as suas intuições mas também pelos privados e/ou particulares, dirigidos aos investidores.⁷² Mas, como diz JOÃO PAULO II, «Não se pode pretender que as dívidas contraídas sejam pagas com sacrifícios insuportáveis.»⁷³ Quando, por conseguinte, e de modo simultâneo, se está também perante clientes com manifestas dificuldades financeiras, ludopatas do «jogo» e/ou, em termos econométricos e económico-científicos, perto, portanto, do rebentamento de «bolhas artificiais», quer nos mercados de valores mobiliários, quer nos mercados imobiliários. A «analogia ética e/ou deontológica» deveria, aliás, ser aplicada em todas as situações similares à anterior pelos respectivos responsáveis.

2.4 – Ética e mercados de valores mobiliários: mais alguns possíveis desenvolvimentos pré-conclusivos

Como já vimos, existem sempre perigos associados a uma ética económico-financeira instantânea que se traduza apenas em um produto de escolha de conteúdos por uma qualquer *vox populi* representativa de um mero consumo massificado e compulsivo «da moda». Onde o Povo, do qual todos fazemos parte, afinal, tal e qual como outrora no circo romano – imbuído de uma «inteligência de multidão “em rebanho”» -, clama sempre, ou quase sempre, «por mais sangue!». Acontece que as leis podem ser ineficazes em alto grau e o «derrame de sangue» desproporcionado e/ou destituído de fundamentação jurídico-científica, afectando

Revue Trimestrielle de Droit Commercial (et de Droit Economique, depois de 1980, França), n.º 42, 1989, França, 1989, p. 418; e JIMÉNEZ, J.W. IBÁÑEZ, *ibidem*.

⁷¹ JIMÉNEZ, JAVIER W. IBÁÑEZ, *ibidem*, Madrid, 2002.

⁷² Cfr., v.g., como paralelo, a notícia com título «infeliz», in www.correiodamanha.pt, Lisboa, 20/7/07: «Crédito 2, 235 mil milhões de cobrança duvidosa...».

⁷³ *Ibidem*.

mesmo inocentes. Assim, as leis de este género, que não permitiriam resolver as respectivas questões jurídicas, não cumpririam o seu objectivo. Mas iriam transferi-lo para os aplicadores da lei, i.e., os juízes, e exigiriam de esses mesmos magistrados uma fundamentação através das suas próprias avaliações – que correriam também o perigo, *de per se*, de se revelar(em) arbitrárias por natureza – e não por meio de leis que seriam, igualmente, indefinidas.⁷⁴ Os magistrados ficariam, pois, cercados no momento da aplicação da lei e na busca de fundamentação. Não obstante, de este modo deixaria de ser possível encontrar um vínculo e/ou uma limitação do poder judicial ao Direito estabelecido pelo poder legislativo, pois o Direito e a sua concretização passariam a ser efectuados pelo poder judicial. A consequência poderia ser desastrosa: a soberania da lei, que «cria e/ou justifica a liberdade», já não poderia ser concretizada, porque as leis indefinidas no seu conteúdo impossibilitariam um prognóstico da reacção estatal em relação a um acto deliberado e, por conseguinte, deixariam os indivíduos inseguros em relação à legitimidade das suas acções. Permaneceria, pois, pelo menos, uma questão: até que ponto a lei seria capaz de atingir os objectivos ambicionados de «protecção» de uma certa «capacidade de funcionamento das bolsas de valores», v.g., não apenas alemãs, mas de outros ordenamentos jurídicos continentais europeus, como também o «aumento da protecção do investidor» através da protecção preventiva e da consequente perseguição de delitos de abuso de mercado. Tentar dar uma resposta inequívoca corresponderia a fazer especulação. «Na verdade, existiriam tendências evidentes que demonstrariam que a perseguição de crimes e/ou delitos económicos não seria comparável ao tratamento dos restantes delitos e/ou crimes penais».⁷⁵ Tanto o estatuto socioeconómico do criminoso por crime de abuso de mercado, como também o crime e/ou delito em si, no qual o prejuízo e/ou lesado são raramente identificáveis, conduziriam a que o comportamento fosse geralmente considerado como «imoral», mas «nunca como criminoso». Não se pode esquecer, sem embargo de tudo o que foi dito, que o Direito objectivo se revela sempre de uma aberta indeterminação (maior ou menor, dizemos nós) na sua regulativa validade normativa, «que só decisório-judicativamente em concreto se vai normativamente determinando – isto é, constituindo».⁷⁶ E ainda, contudo: por um lado, a ética melhoraria a

⁷⁴ HAOUACHE, G. GORDON, in «*Börsenaufsicht...*», *Frankfurt am Main* (...), 1995, p. 156.

⁷⁵ PETERS, PETER A., in «*Das deutsche Insiderstrafrecht unter Berücksichtigung strafrechtlicher Konsequenzen für Kreditinstitute und prozessualer Durchsetzung*», PETER LANG, Alemanha, 1997, p. 123. Este autor cinge a sua análise à negociação com informação privilegiada e/ou «abuso de informação e/ou *insider trading*».

⁷⁶ NEVES, A. CASTANHEIRA, in «*Apresentação*», in AA.VV., in «*Ciências Jurídicas...*», Apresentação de A. CASTANHEIRA NEVES e Organização: GONÇALO SOPAS DE MELO

«eficiência».⁷⁷ Por outro lado, o impulso ético – que não apenas nos chamados «mercados emergentes»: na nossa opinião - deveria provir (também) do sector público constituindo (igualmente) uma responsabilidade da classe política. É inadmissível, v.g., aquilo que se assiste em algumas OPV e/ou (re)privatizações, por esse mundo afora, nas quais o próprio Estado - e/ou Governo - está envolvido, como «autor e/ou cúmplice», fazendo aquilo que poderia ser considerado, em alguns casos, como «publicidade enganosa» junto do público (sempre em renovação a nível geracional), em grande parte, incauto. É que, por vezes, o investidor não está consciente do desfasamento entre o ciclo bolsista e o ciclo económico.⁷⁸ Assim como da intensidade dos efeitos negativos que poderão cair sobre o seu património devido ao desconhecimento do momento cíclico no qual é concretizado o investimento. Instante cíclico este sobejamente (re)conhecido pelos profissionais da praça. Conclusão que sobressai do facto da sua acção publicitária se tornar desde logo frenética aquando das emissões nos processos de colocação de acções. Procedimentos os quais se apresentam, muitas e muitas vezes – «com grande oportunismo» –, como coincidentes com a decadência do ciclo bolsista. V.g., algures em Julho de 2007 – alguns dias dos quais de chuva e frio em Portugal e com uma camada de ozono de retalhos (!) -, estávamos em face de um pico bolsista: os índices apresentavam em quase todas as praças bolsistas do mundo valores muito similares aos de 2000, assim que tinha rebentado a última grande bolha.⁷⁹ Ora, a «coincidente» belicosidade na publicidade de venda de produtos financeiros com aplicações bolsistas e/ou de OPV e/ou de OPA surgia e surge, em todos os OCS e locais de anúncio, com extrema agressividade e ainda com mais amplitude. O objectivo era e é atrair mais investidores ainda sem os avisar do risco que é investir durante um zénite bolsista. «Um pico que pode picar!». O que depois, como se sabe, veio de novo a acontecer.⁸⁰ Parece, pois, que não basta cumprir o Direito positivo. Sobra ainda espaço para a deontologia e/ou ética profissionais. Em este contexto surgiria como essencial a correcção dos eventuais défices democráticos e/ou a prevenção dos fenómenos de «corrupção» que não apenas, na nossa opinião, nos chamados «mercados emergentes». Mesmo onde se julga estar já bem implantado o processo democrático, não seria aliás despiendo aplicar, no seio

BANDEIRA, ROGÉRIO MAGNUS VARELA GONÇALVES, FREDERICO VIANA RODRIGUES, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 17 e ss..

⁷⁷ BUTZ, A. DE LUNA / JIMÉNEZ, J.W. IBÁÑEZ in «*La Ética de los Mercados Emergentes*», Madrid, 2002, pp. 63 e ss..

⁷⁸ MARTÍNEZ, R.J. RUIZ / JIMÉNEZ, J.W. IBÁÑEZ, in «*El Inversor como Víctima de la Publicidad Financiera*», Madrid, 2002, pp. 95 e ss..

⁷⁹ V.g. cfr. www.welt.de, Berlim, 13/7/07.

⁸⁰ Em Janeiro e Fevereiro de 2008 ocorreram grandes baixas dos índices bolsistas de todo o mundo.

de um Estado de Direito, um sistema de democracia – ainda mais - participativa. Não só na promessa eleitoral, mas também no cumprimento efectivo dos programas apresentados. A sistemática mentira política contribui para o minar da própria democracia. As finanças poderiam ser, afinal, um instrumento activo, em grande e concreta escala, que serviria a cooperação e o desenvolvimento (das pessoas e) dos (países) mais desfavorecidos.⁸¹ Não só os «agentes sociais», como os «colaboradores» das empresas e das Universidades que conheceriam os mecanismos de desenvolvimento do mercado e as suas potencialidades para o desenvolvimento, deveriam ser aptos, pois, a congregar conhecimentos técnicos e dotes de sensibilidade social. Seriam colocados, por conseguinte, ao alcance de todos, os mesmos instrumentos dos quais, em este último caso, já se socorreriam, até aqui, os beneficiários habituais do sistema financeiro. *Rectius*, em esta última situação, os «beneficiários habituais» são aqueles que protagonizam uma certa visão selvática do sistema económico capitalista respectivo. Afinal a Economia seria – e é!!! - uma ciência social. BOAVENTURA SOUSA SANTOS que o diga quando ajudou a fundar a Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e, em particular, a Licenciatura em Sociologia. Mas, na medida em que este fim se vai desvanecendo – a expressão «finanças sociais» começaria a surgir como contraditória. Em um mundo onde morrem milhões e milhões e milhões de pessoas de fome, e/ou de escassez, dolosa e/ou negligente em elevado grau,⁸² a abstracção da Economia deixaria de ter sentido. Não se poderia confundir «desenvolvimento» com «crescimento económico». Não se poderia pretender aplicar modelos externos que, por via globalizante, fariam esquecer as particularidades económicas, sociais, políticas, culturais, mentais e/ou históricas e psicológicas de um certo e característico Povo. A globalização surgiria como um processo de ideias que poderiam ser capitalizadas por uns e/ou por outros. O perigo estaria aí: globalizar os Direitos e os Deveres fundamentais Humanos é óptimo; globalizar o capitalismo selvagem é péssimo e conduz à autodestruição. Seria para já, no entanto, dizemos nós, a «globalíssima» «trindade» da «liberalização, desregulamentação e privatizações» - J. ESTEFANÍA e A. P. UREÑA⁸³ -, onde o «deus» («menor») seria o «dinheiro e/ou a facturação *per se*» que surgiria, agora, a tomar a dianteira de um modo selvático e insocial. Os países mais ricos do mundo já teriam percebido que a

⁸¹ UREÑA, ANTÓNIO PARTAL / JIMÉNEZ, JAVIER W. IBÁÑEZ, *ibidem*.

⁸² Deveria porventura existir um crime ao nível local e/ou global que tipificasse condutas de destruição de alimentos e/ou outros bens essenciais em massa (apreciável) como, v.g., as toneladas de sobras e/ou quebras dos mini, super e hipermercados de todo o mundo e de outras instituições que, em muitos casos, não são aproveitadas por ninguém. Apenas algumas «cadeias» exercem a doação. Uma certa «fiscalização destrutiva de alimentos são», também deixa, por vezes, muito a desejar, atingindo os mais pobres.

⁸³ *Ibidem*.

massificação da emigração em sua direcção significaria que, pelo menos, as suas, mais ou menos, «volumosas dádivas» não chegariam para evitar a aposta no desenvolvimento integral dos povos e/ou países mais pobres, onde, por vezes, os fundos também são desviados para os mais abastados. Sendo a Economia uma ciência social, não seria de somenos importância fazer uma distinção entre finanças sociais (*rectius* redistribuição dos recursos económicos) e finanças especulativas (*rectius* riqueza monetária, financeira e/ou «virtual»). Se as finanças fossem utilizadas com fins de cooperação e desenvolvimento seria possível criar uma determinada espécie de ética empresarial. As finanças sociais buscariam o bem estar social global utilizando os instrumentos financeiros já existentes. Mas com fins bem distintos. Existiriam muitas formas de objectivar o bem estar real dos outros. Assim, a sua totalidade e/ou muitas, de entre essas feições, poderiam ser úteis segundo o seu particular modo de actuação. De que configuração um certo sistema económico poderia ser (ainda mais) útil aos «outros»? Estas finanças sociais utilizariam, pois, armas similares aos sistemas financeiros capitalistas, mas com objectivos bem diferentes. O tecnicismo deveria dar lugar, por conseguinte, ao humanismo, por forma a que as finanças, doravante sociais em termos práticos - na teoria, a Economia é uma Ciência Social: repete-se! -, passariam a incorporar, por «direito próprio», características sociológicas, filosóficas e/ou éticas. *Rectius* a reconstrução de uma busca da dimensão humana perdida. A ideia de criação de uma «figura informativa imparcial» que visasse a defesa do investidor não poderia ser descartada. Este defensor do investidor – a par, também, de, v.g., em outro campo jurídico, de um defensor do contribuinte⁸⁴: os impostos contribuem igualmente para a regulação e/ou funcionamento, não apenas seguro, dos MVM - deveria estar encarregue, entre outras coisas, de transmitir ao mercado advertências cíclicas bolsistas e/ou económicas de modo a orientar o «investidor médio». ⁸⁵ E porque não, v.g., um código de defesa do investidor e um código de defesa do contribuinte?⁸⁶ Não será isso, contudo, um perigo para uma minoria financeira altamente privilegiada em termos monetaristas? Interessará isto ao puro sistema económico capitalista? Não cremos. Pois, quanto mais universal for a riqueza dos bens, tanto melhor para todos no mundo local e mundial e/ou global. Esta medida

⁸⁴ Em tom crítico, compreendendo a «introdução e a extinção da figura do defensor do contribuinte, com existência legal entre 1999 e 2003», em Portugal, pois «era vista mais como uma instância burocrática do que como uma efectiva garantia», NABAIS, J. CASALTA, in «Direito Fiscal», Coimbra, 2006 (agora, 2009), pp. 361 e ss..

⁸⁵ MARTÍNEZ, RAMÓN J. RUIZ / JIMÉNEZ, JAVIER W. IBÁÑEZ, *ibidem*.

⁸⁶ Criticando essa possibilidade, de novo, NABAIS, J. CASALTA, in «Direito Fiscal», Almedina, Coimbra, 2006 (agora, 2009), pp. 361 e ss., pois isso seria uma sobreposição com as garantias já previstas na LGT. Em Espanha, v.g., as críticas dirigidas à *Ley General Tributaria* estiveram na base da revogação, em 2004, «dessa lei e da integração do seu conteúdo na nova versão da *Ley General Tributaria*».

anterior poderia ser implantada em paralelo com o estabelecimento de centros supranacionais de informação sobre esses mesmos ciclos por meio, v.g., de organizações internacionais como a Organização Internacional das Comissões de Valores Mobiliários. Organização esta que passaria a ser uma espécie de «Nações Unidas das Finanças». Instituições como o Fundo Monetário Internacional e/ou o Banco Mundial deveriam dispor, v.g., de seguros mundiais para cobrir os eventuais danos das catástrofes ocorridas em países e/ou locais onde fosse impossível existir um qualquer seguro pertencente a um cariz mais típico do «capitalismo reinante». Seria na confiança do público no bom funcionamento dos MVM que se fundaria a «moderna economia financeira».⁸⁷ Afirmar-se-ia que se a «moral social» se relaxa, a «moral económica» se reforçaria. Existiria, pois, um retorno à moral e à ética do mercado. Concordando, em qualquer caso e afinal, por pura inevitabilidade, que a Economia é uma ciência social. Também os fundos de investimento conexionsados com seguros pessoais e direccionados a empresas com objectos sociais éticos, como v.g. o microcrédito, podem aqui ser úteis.

3 – Ética e mercados de valores mobiliários: o microcrédito como desenvolvimento conclusivo

É em este contexto que o microcrédito, tão bem protagonizado como pessoas como MUHAMMAD YUNUS – fundador do primeiro «Banco de pobres» e «prémio “NOBEL” da Economia» -, surgiria, e surge, como ponto ético fundamental do desenvolvimento económico.⁸⁸ O microcrédito proporcionaria, e proporciona, que milhares de milhões de pessoas por todo o mundo possam criar a sua subsistência e, inclusive, gerar riqueza. Existem hoje cerca de 6.000.000.000 de habitantes no planeta Terra sendo que 2.000.000.000 (dois mil milhões!) subsistem abaixo do limiar da pobreza. Se fizermos um cálculo da existência de cerca de 500.000.000 «chefes de família», podemos constatar que, já hoje, cerca de 100.000.000 são beneficiários de microfianciamentos. Ora, serão estes mesmos 100 milhões que, segundo as previsões, ultrapassarão a pobreza nos próximos anos.⁸⁹ Por isso, a

⁸⁷ PASTOR, FERNANDO ZUNZUNEGUI, *ibidem*.

⁸⁸ Os microcréditos são contratos de abertura de crédito e/ou empréstimos e/ou descontos de tipo inferior ao mercado e/ou sem garantia com um compromisso fiduciário de restituição a largo prazo e/ou com renovação automática. O retorno é baseado, sobretudo, na confiança, sendo desnecessárias as garantias reais e/ou avais. A banca «normal», por hábito, não empresta dinheiro se não se oferecem garantias. O público alvo principal dos microcréditos são os pobres.

⁸⁹ Cfr. www.visaonline.clix.pt, revista portuguesa, 27/9/05, entrevista a JACQUES ATTALI, fundador e Presidente da «Planet Finance», o qual é um banco mundial de microcrédito. Já

banca do futuro será, de modo necessário, uma banca social. No sistema económico capitalista puro, a atracção dos capitais não derivaria «tanto», afinal, de necessidades de desenvolvimento, mas mais das opiniões de investidores e/ou vontades dos especuladores. As empresas estariam alienadas pelos resultados imediatos: máximo retorno e mínimo risco no mais curto espaço de tempo possível. As finanças sociais procurariam, pois, inverter esta lógica perfunctória. No que concerne aos «mercados primários» poderiam ser realizadas, por um lado, emissões de valores e ampliações de capital em empresas formadas em países em desenvolvimento com capital accionista inicial autóctone. Por outro lado, poderiam ser constituídos os supramencionados fundos (e sociedades) éticos. No que diz respeito aos «mercados secundários» seria tida em consideração a própria negociação do capital e de empréstimos emitidos pelas sociedades antes referidas. Também os produtos derivados poderiam ser muito úteis do ponto de vista social e em conexão, v.g., com certas zonas do mundo. É bom lembrar que pessoas como o Professor M. YUNUS foram durante muitos anos, e por muitas vezes, criticadas e, até, ostracizadas pelos seus «pares» da Economia. E isto apesar da Economia ser uma «Ciência Social». Mas, como dizia M. YUNUS, a mais perigosa das realidades é pensar que existe apenas uma realidade! E não podemos ver os «pobres» como «meros indivíduos invejosos que querem somente consumir o que os outros produziram»! Nada de mais absurdo e errado! A promoção dos pobres – sejam eles pobres materiais e/ou pobres éticos, dizemos nós – é um momento único para o crescimento moral, cultural e, inclusive, económico da Humanidade inteira (afirma YUNUS). M. YUNUS ainda diz outras coisas interessantes, com profunda ironia, como as seguintes: «pode acontecer que os melhores cérebros do mundo voem sobre as nuvens e não percebem a vida na terra» e/ou «o Banco Mundial devia contratar gente que perceba os pobres e a sua vida». Seria cada vez maior o número de pessoas que se questiona(m) sobre o que fazem afinal instituições como os bancos, as gestoras de fundos de investimento e/ou as seguradoras, entre outras, com os recursos que lhes são entregues? Boa pergunta! Certo, certo, parece ser a ideia de que continua a valer a pena lutar, e/ou fazer investigação científica, por ideais. De aí se retiraria, e se retira, a ideia da utilidade da nossa passagem por este mundo. Tanto mais feliz, quanto menos inútil for! Como nos diz, novamente, ABBÉ

foi fundado, inclusive, o «*Planet Finance* Portugal» cuja «Comissão de Honra» é constituída por pessoas como FERNANDO NOBRE, CAVACO SILVA, VÍCTOR CONSTÂNCIO, MIRA AMARAL, ANTÓNIO GUTERRES, MARÇAL GRILLO, CARLOS MONJARDINO, HORTA E COSTA. No Conselho Fiscal está MEDINA CARREIRA e na Assembleia Geral o Padre VÍTOR MELÍCIAS. Devemos dizer aqui, contudo, porque vem a propósito, que gestos ético-económicos como, v.g., o abaixamento voluntário do salário do Governador do Banco de Portugal seriam muito bem acolhidos pelo - nas palavras de ABBÉ PIERRE - «Príncipe da História da Humanidade», ou seja, a opinião pública nacional e internacional. Já para não falar nos salários ou nas reformas de alguns gestores de empresas, os quais são manifestamente exagerados!

PIERRE,⁹⁰ «O pior, o maior mal é a pessoa sentir-se inútil, supérflua na Humanidade. Essa é a pior pobreza, sentir que se está a mais, que ninguém tem necessidade de si. E como não se é essencial, há um fundo ao qual se vai todos os meses estender a mão para que nos dêem de comer.». A rejeição económico-profissional resulta como irracional e contraditória, pois já sabemos que a Economia é uma ciência social. Parece, pois, que a (in)utilidade da pessoa humana e a precariedade e/ou qualidade no emprego se tornaram, de certa forma, mais do que os próprios bens e/ou o dinheiro, nas fronteiras entre um novo poder, agora reforçado, e uma nova linha de explorados e/ou excluídos. Talvez, por isso mesmo, se fale hoje tanto em «liberalização do despedimento» e «flexibilização» a toda a força, mesmo sem Estado Social devidamente implantado, mesmo sem consultar o Povo, mesmo, por vezes, com promessas políticas pré-eleitorais de sentido claramente oposto. Quem tem o poder de despedir passa a ter um poder acrescido de julgamento sobre a «utilidade dos outros». É mais uma «conquista» da Razão técnico-instrumental no «seu melhor». E quanto menos justificações tiver que invocar para exercer o despedimento «tanto melhor». O que ajuda a perpetuar uma globalização hegemónica de um só sentido na qual o capitalismo «sagrado» selvagem não admite ser colocado em causa. A sua «inteligência» é única e hegemónica. Invocando até «motivos ideológicos e/ou políticos»⁹¹ e, portanto, «pseudo-justificações» que surgem, inclusive, contra os mais elementares Direitos Humanos Universais consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Carta das Nações Unidas. A propriedade privada dirige-se à própria Pessoa Humana. Dizia já, aliás, por um lado, JOÃO PAULO II:⁹² «O maior problema, portanto, parece ser a obtenção de um acesso equitativo ao mercado internacional, não fundado sobre o princípio unilateral do aproveitamento dos recursos naturais, mas sobre a valorização dos recursos humanos.». E como é que, por outro lado, é financiado o microcrédito? A totalidade do crédito estava avaliada, em 2005, em 8.000.000.000 de dólares: oito mil milhões de dólares (por ano!). O que representa menos de um minuto das transacções em bolsa mundiais.⁹³ Tendo sempre em consideração que, em qualquer caso, os MVM são tanto ou mais transparentes,

⁹⁰ Cfr. entrevista de A. MARUJO a ABBÉ PIERRE, 5-7-95 e 22/1/06, Porto, Público.

⁹¹ Cfr. notícias em <http://www.tsf.pt>, rádio portuguesa, em 20/7/07 com os seguintes títulos: «Confederações querem possibilidade de despedimento por razões ideológicas § As confederações patronais pretendem que venha a ser possível o despedimento por motivos políticos ou ideológicos, defendendo por isso o fim do artigo da Constituição que impede esta possibilidade. Em comunicado, estas confederações defendem ainda a limitação da greve aos interesses colectivos profissionais.» e «Todas as razões deveriam ser válidas para despedimentos, diz CAP.»!!!

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Cfr. JACQUES ATTALI *ibidem*.

também nos seus respectivos dados, quanto melhor ficam explicados os movimentos cíclicos dos mesmos. Ora, a transparência ocupa, pois, um lugar importante por meio da «explicação dos movimentos cíclicos». ⁹⁴ Dinheiro este que provém do Banco Mundial e da UE, de doadores privados, mas também dos próprios pobres que fazem economias para financiar o desenvolvimento das suas actividades. Sendo que «70% dos devedores são mulheres e as mulheres são melhores pagadores do que os homens.». M. YUNUS diz que «quando uma mulher pobre pede emprestado, a sua primeira prioridade é reembolsar o empréstimo, a segunda é tratar das crianças, a terceira é tratar do marido e a quarta é tratar de si própria; quando um homem pede emprestado, então, pelo contrário, as prioridades são as mesmas, mas pela ordem inversa.»! E a taxa de reembolso é de 98%, i.e., bem maior do que nos bancos tradicionais. É caso para também aqui invocar o humorista francês COLUCHE: «os ricos pedem emprestado, enquanto os pobres reembolsam.»! Porque não se estruturam, v.g., índices bolsistas e/ou dos mercados de valores mobiliários cujo ponto nevrálgico constitutivo sejam as empresas - e, nomeadamente as instituições financeiras -, que, de uma ou outra forma, mais contribuem para a concessão e/ou desenvolvimento do microcrédito?

3.1 – Ética, Paz Social, Corrupção

Diz-nos JOÃO PAULO II o seguinte: ⁹⁵ «A obrigação de ganhar o pão com o suor do próprio rosto supõe, ao mesmo tempo, um direito. Uma sociedade onde este direito seja sistematicamente negado, onde as medidas de política económica não consintam aos trabalhadores alcançarem níveis satisfatórios de ocupação, não pode conseguir nem a sua legitimação ética nem a paz social.». M. YUNUS estabelece mesmo, como já sabemos, uma relação entre pobreza e terrorismo. E a pobreza, como se sabe, convive com a corrupção (inter)nacional. Organizações mundiais não-governamentais como a Transparência Internacional ⁹⁶ consideram essencial uma luta também da sociedade civil contra a corrupção global. ⁹⁷ Pois a corrupção tem um poderoso impacto em todos os cidadãos do mundo. E é preciso estimular

⁹⁴ MARTÍNEZ, RAMÓN J. RUIZ / JIMÉNEZ, JAVIER W. IBÁÑEZ, *ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Em Junho de 2009 é referido o seguinte como conclusão do 5.º relatório da «Transparência Internacional»(!!!): «Portugal é um dos piores alunos no combate à corrupção e continua a perpetuar práticas pouco transparentes que incentivam o crime económico internacional.» § «Portugal encontra-se na pior categoria de um conjunto de três e onde se inserem os países que “pouco ou nada” fizeram para aplicar o compromisso firmado em 1997 a nível internacional.»

⁹⁷ A congénere portuguesa chama-se Associação Portuguesa de Ética e Transparência (APET) e foi fundada em 13/5/98 pelo advogado e jornalista ARTUR VICTÓRIA.

uma mudança no mundo. As cinco prioridades mundiais da luta contra a corrupção são para esta organização as seguintes: a) corrupção política; b) corrupção em contratos internacionais; c) corrupção no sector privado; d) convenções internacionais para prevenir a corrupção; e) pobreza e desenvolvimento.

3.2 – Direito penal, ética e «Educação e/ou Formação no Ensino Superior»: conclusões

De tudo o que fomos falando e investigando ressalta-nos uma ideia fundamental: a importância da «Educação e/ou Formação do Ensino Superior»⁹⁸ na «Constituição» («constitucional») de uma consciência crítica e ética. Inclui em termos práticos. É preciso que haja um forte investimento na consciencialização do ilícito em obediência à Constituição (constitucional) e ao Estado de Direito Social, democrático, livre e verdadeiro. Será um importante contributo para a construção de uma sociedade mais honesta, de leal concorrência e, por isso, mais justa e solidária. A Universidade e/ou o Ensino Superior deverão ter sempre um papel fundamental que nunca se poderá confundir com esta ou aquela lógica empresarial. Deverá haver um lugar insubstituível para a investigação. Deverá haver também um lugar insubstituível para a formação teórica e/ou prática. Soa ridículo, por vezes, que, v.g., a formação dos trabalhadores nas empresas seja obrigatória, mas, de modo simultâneo, seja monopolizada por empresas «criadas oportunamente na “hora H”» pelos próprios grupos económicos e/ou empresariais. Por vezes, visando, também, razões fiscais. São, pois, empresas «de entre» e/ou «da casa». Assim, a «formação obrigatória» será, em muitos casos - com honrosas excepções! – apenas aquela formação, aqui e ali deficiente, porque muito limitada e por vezes desenquadrada, que os grupos económicos queiram dar aos seus próprios trabalhadores. E, sobretudo, em termos mentais! Os gastos e/ou lucros e/ou os benefícios fiscais serão, pois, controlados por meio de uma «legítima e legal eficácia milimétrica» que, no entanto, apenas irá proporcionar, em muitos dos casos, uma «formação hegemónica de um só sentido cultural e mental» tão ao gosto mecânico de uma certa globalização capitalista. Porventura, a formação outorgada pelas Universidades e/ou o Ensino Superior (ou, se fosse o caso, de outro grau) deveria ser obrigatória para todos os trabalhadores e/ou, pelo menos, facultativa e, de preferência, complementar, em relação à formação predeterminada, e imposta, pelas próprias organizações económicas. Ganhava, por um lado, toda a economia, sociedade, cultura, política e mentalidade e ganhavam todos os trabalhadores. E, máxime, toda a sociedade! E ganhavam, por outro lado, as Universidades e/ou o Ensino Superior, v.g., português, que tanto se queixa - e com toda a razão - da falta,

⁹⁸ E não somos os únicos: BELLO, CECILIO DEL MORAL, *ibidem*, Marcial Pons, (Madrid, 2002).

para não dizer por vezes ausência, do financiamento propugnado contudo pela própria raiz mais funda da Constituição constitucional! Tais políticas constituem uma verdadeira afronta à Constituição constitucional. Outra situação que nos parece deveras bizarra - e mesmo irracional do ponto de vista científico, mas também, profundamente pragmático e válido para todo o mundo público e conhecido – é a maior parte dos cursos de Economia e/ou Gestão, incluindo os chamados, e importantes, *Master and Business Administration* e/ou «Mestre e Administração do Negócio», darem pouca monta, e/ou não darem qualquer importância, às questões de Direito penal económico. Contribuindo, assim, de forma decisiva para «a tão útil», e oportunista, «inconsciência do ilícito» que visa, em muitas das vezes, a (já prevista e planeada) absolvição em Tribunal. Qualquer economista e/ou gestor deveria, por conseguinte, ter uma formação, não somente básica, nas importantíssimas questões de Direito penal económico. Deveria mesmo ser obrigatória. Um grande gestor e/ou economista deveria ter sempre uma profunda formação em Direito penal e/ou criminal, *rectius* económico. Pergunta-se como pode um gestor e/ou economista ser um «bom gestor e/ou economista» - e/ou cumprir as correspondentes leis com rigor, as quais cada vez são mais (!) – se não sabe o que é, v.g., o «branqueamento» «de capitais» ou valores afins com proveniência ilícita? O que é o «crime de colarinho branco e/ou azul»? O que é o «Direito penal fiscal»? O que é o «Direito penal financeiro»? O que é o «Direito penal do mercado»? O que é o «Direito penal das sociedades comerciais»? O que é o «Direito penal do ambiente»? O que é o «Direito penal do consumidor»? O que é o «Direito penal da concorrência»? O que é, afinal, o «abuso de posição dominante»? Quais são e como se aplicam as leis que regulam o fenómeno da «corrupção»? O que é o «Direito penal médico» e/ou «farmacêutico» quando a medicina e/ou o «universo medicamentoso» se transformam, em certos momentos e locais, em «mais alguns negócios a somar a outros tantos»?⁹⁹ Quais são afinal as normas e/ou as tipicidades e ilicitudes que se encontram plasmadas em estes campos jurídicos, entre outros? E isto, pois, entre muitos outros sectores. E não se diga também que um (ou mais) «departamento jurídico» interno e/ou um ou mais escritórios de advogados externos – que muitas vezes primam pela «cega obediência hierárquica» (sob pena de despedimento!), no seio da Razão técnico-instrumental, e não, como deve ser no Estado de Direito, Social, pela obediência à lei justa de origem democrática – de, dizíamos, uma dada empresa e/ou grupo económico, colmata essa, bem visível, falha da formação capitalista e financeira. Que o digam, v.g., KENNETH LAY da *Enron*; BERNIE EBBERS da *WorldCom*,

⁹⁹ Quanta as vezes as «poupanças» na Saúde ou as «experimentações» abusivas não resultam na morte prematura ou em graves lesões? V.g., «O Estado de Kano, na Nigéria, aceitou receber 75 milhões de euros da Pfizer para terminar um processo em que a farmacêutica é acusada de provocar lesões permanentes a várias crianças em que testou um medicamento contra a meningite.»: v.g. www.destak.pt, 15/05/2009.

RICHARD SCRUSHY da *HealthSouth*; SAMUEL WAKSAL da *ImClone*; FRANK QUATTRONE da *Credit Suisse First Boston*; NANCY TEMPLE da *Arthur Andersen*; DENNIS KOZLOWSKI da *Tyco*; e/ou MARTHA STEWART.¹⁰⁰ Ou, mais tarde, JÉRÔME KERVIEL e BERNARD MADOFF! Todas estas pessoas tiveram e/ou têm problemas graves com a justiça criminal (económica). Não teria sido melhor que tivessem tido, pelo menos em alguns casos, uma formação «ético-penal» obrigatória «preventiva» na área de regulação e/ou regulamentação jurídica - v.g., nos casos concretos, norte-americana - do «crime económico» e/ou «Direito penal económico»? Se os EUA, e outros países, têm, v.g., alguns dos «melhores cursos» de Economia e/ou Gestão e/ou MBA do mundo, qual é a razão porque não é obrigatória uma formação intensiva e séria, em muitos dos casos reais, no âmbito da legislação sobre «crime económico»? Pois, no nosso entendimento, os cursos e/ou pós-graduações (e/ou similares) de «prevenção (ou «gestão»!) na fraude», de carácter apenas económico e/ou até «policial», não bastam! Repare-se que a (agora mais conhecida em Portugal) «*Association of Certified Fraud Examiners*» existe já nos EUA (*Austin, Texas*) desde 1988 e os resultados não foram, até agora, grande coisa! Há grandes empresas, quer no mundo, quer em Portugal que desprezam em termos absolutos a formação na área do Direito penal económico. É que o poder de decisão reside, em termos muito práticos - nos modelos actuais que se integram no sistema económico capitalista em causa -, na administração e/ou gestão. Incluindo o poder de pura direcção que vai bem mais além do mero Direito positivo do trabalho. Por isso propomos que das estruturas curriculares de Economia e/ou Gestão, na licenciatura e/ou na pós-graduação como v.g. nos («melhores») ou nos («assim, assim»), do ponto de vista, claro, da «Razão técnico-instrumental») MBA – e, por fim, não apenas nas que se arvoram como «sendo as melhores do mundo» - passe a fazer parte um indispensável naipe de cursos e/ou «cadeiras» da área do Direito penal económico e/ou de empresa. É isso que temos vindo a dizer desde, pelo menos, 2003-2004. Formação essa que terá que ser superior e outorgada por comprovados especialistas de Direito penal económico. Por forma a que - ajudando a formar uma consciência ética e/ou jurídico-penal, construtiva, local e mundial - se possam, em grande parte dos casos, evitar violações de leis na área do Direito penal económico. Em termos de Direito penal do ambiente, v.g., é essa, em termos globais, uma urgência prioritária em termos absolutos: não basta(m) as, muitas das vezes, meras «cosméticas» de política ambiental no seio das empresas e/ou «lavagem verde» ou «*greenwashing*». Em muitos dos casos com fins apenas de cotização bolsista. Sob pena de virmos todos a sofrer de catástrofes ainda e/ou já (in)sondáveis. Violações essas, em muitos dos casos, decididas por economistas e/ou gestores que –

¹⁰⁰ GREEN, STUART P., «*Lying, Cheating, and Stealing § A Moral Theory of White-Collar Crime*», *Oxford University Press*, EUA, 2006, xi e ss.. Este autor identifica, contudo e de modo crítico, a existência de uma complexa relação entre o «crime de colarinho branco» e a «moral».

considerados capitalistas «arrojados» e/ou «avançados», mas com pouca e/ou nenhuma formação jurídica e ética - sofrem de profunda e crassa ignorância na área científica do Direito penal e/ou criminal, *rectius*, no Direito penal económico, para não falar já em casos de dolo comprovado nos Tribunais. Com essa formação obrigatória em Direito penal económico existiria uma forte tendência para que todos os entes individuais e/ou colectivos ficassem a ganhar em termos de cultura da licitude democrática, de preferência, participativa e contínua. Nomeadamente, o Estado e a Justiça, os próprios dirigentes empresariais, as empresas, o meio ambiente local e/ou mundial, a população em geral e/ou as próprias Universidades e/ou o Ensino Superior. Enfim, ganharia o projecto de ajuda à formação de uma reforçada consciência crítica ético-jurídica. Sendo, porventura, mais fácil de encarar, inclusive, o eventual problema da consciência da ilicitude em Direito penal (económico). Bem sabendo nós, em tom, inclusive, de uma certa autocrítica, que nem sempre o Direito penal pode contribuir para uma qualquer e/ou determinada consciência. Existe, v.g., pelo menos um caso - porventura excepcional, mas «paradigmático» nas suas *sui generis* características -, que deu à luz no país de origem da regulamentação em termos de «abuso de mercado», que nos daria indícios de que o Direito penal não contribuiu, afinal e em aquele tempo e espaço, para a formação da consciência.¹⁰¹ Pense-se, v.g., no caso do corretor MIKE MILKEN ocorrido nos EUA.¹⁰² M. MILKEN foi condenado por delitos contra as leis dos valores mobiliários norte-americanas nos anos oitenta e, em 1991, iniciou uma pena privativa de liberdade de dois anos. Contudo, depois de cumprir a pena, recebeu honorários, «tipo euromilhões», no valor de \$50.000.000 (cinquenta milhões de dólares) pela sua actividade como consultor da *Turner Broadcasting System Inc.*. O multimilionário TED TURNER, conhecido pelas suas posições de «crítica política» (!), Presidente do conselho de administração de famosíssimas empresas de «mídia e entretenimento», «queria assim mostrar o seu agradecimento a M. MILKEN pelos serviços prestados nos anos oitenta.»! Será que teria mais algo a dizer? Ou não tinha dito tudo? Trata-se também, pois, de um problema a nível social. Mas também, diríamos nós, económico, político, cultural e mental. Máxime mental. Onde a imposição do Estado de Direito, Social, democrático, livre e verdadeiro, tem que existir. Do ponto de vista jurídico ressaltam, pois, as dificuldades na investigação, assim como a necessária, mas complicada instrução que podiam, e podem continuar a levar, a um prognóstico pessimista. Não se trata aqui, pois, de qualquer movimento de «eticização» e/ou «purificação» do Direito penal, no sentido de se operar «de novo a coincidência entre o núcleo das proibições jurídico-penais e os preceitos primários do tradicional jusnaturalismo essencialista e

¹⁰¹ PETERS, PETER A., in «*Das deutsche Insiderstrafrecht...*», *ibidem*, 1997, p. 123.

¹⁰² Cfr. notícia no jornal alemão *Frankfurter Allgemeinen Zeitung*, 2/10/1995, p. 29.

idealista.». ¹⁰³ Não esquecendo, em qualquer caso, que nem o conhecimento da proibição, nem a consciência do desvalor moral, cultural ou social do facto, podem ter uma validade directa e/ou imediata como consciência da ilicitude relevante para a culpa jurídico-penal. Não se nega em termos absolutos, contudo, que existem áreas do Direito penal em sentido amplo, nas quais o fundamento ético e subsequente desvalor da ilicitude apresentam, em determinados casos, mais evidências.

Recentemente, na última encíclica papal, de 29 de Junho 2009, o Papa BENTO XVI fala-nos de «*Caritas in Veritate*», ou seja, de e do «Amor na Verdade», e mais ainda, sobre a riqueza (ou pobreza) espiritual e material humanas, citando a encíclica «*Populorum progressio*» do Papa PAULO VI, publicada em 26 de Março de 1967: i.e., a realização do «desenvolvimento integral do homem todo e de todos os homens»...

«O mal do passado foi os homens tornarem-se escravos. O perigo do futuro é que eles se tornem robôs.»

ERICH FROMM

Diríamos robôs, entre outros factos e em determinados sentidos, da voragem totalitarista da Razão técnico-instrumental globalista, hegemónica, de um só sentido e da sua agressão opressora e, sobretudo, auto-destrutiva, v.g., no universo do (bem jurídico colectivo constitucional constitucional) meio-ambiente.

«Globalização» dos Direitos e deveres fundamentais individuais e colectivos?
Sim;

Globalização da destruição do devir contínuo do Estado de Direito, que deverá ser cada vez mais Social, mais democrático, mais livre e mais verdadeiro, no mundo? Não, obrigado.

«Nenhuma democracia, nenhuma comunidade politicamente organizada, nenhum Estado é possível se as leis que nele regem não são obedecidas, mas nenhum é suportável se for preciso, por obediência, renunciar à Justiça ou tolerar o intolerável¹. Quando a lei é injusta, é justo combatê-la e por vezes pode ser justo resistir-lhe ou violá-la, mas este combate é sobretudo de ordem moral².»

GERMANO MARQUES DA SILVA 104

¹⁰³ Rejeitando também essa «coincidência», DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, in «O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal», Coimbra Editora, Coimbra, 1969, 2000 (6.ª Edição, 2009), pp. 119 e ss.; e p. 278 onde, evocando, por um lado, WELZEL, nos acrescenta com muito interesse que, «na doutrina da culpa jurídico-penal vale uma “ética da responsabilidade” antes que uma “ética do sentimento”»; e, por outro lado, A. CASTANHEIRA NEVES, o qual identifica uma «responsabilidade para com o direito» na base da «consciência ética (especificamente: consciência axiológico-jurídica) do homem – de cada um de nós e de todos nós». E ainda pp. 392 e ss..

¹⁰⁴ In «Introdução ao Estudo do Direito», Universidade Católica Portuguesa Editora, Lisboa, Portugal, 2.ª Edição, 2007, pp. 49-50.

Trata-se, pois, de tutelar a capacidade funcional e cada vez mais social dos MVM e/ou outros instrumentos financeiros; e a confiança em essa capacidade; e, por conseguinte, igualmente, de proteger a confiança no próprio processo de formação dos preços nos MVM e/ou outros instrumentos financeiros, acabando por envolver - ainda que de modo reflexo - os interesses dos investidores e a defesa dos seus patrimónios.

Nota Curricular

Gonçalo S. de Melo Bandeira, natural da Cidade do Porto, Portugal, 1972, o Autor fez todo o seu percurso pré-académico na Cidade de Braga, nomeadamente no Conservatório de Música Calouste Gulbenkian; na Escola eb. 2,3 André Soares e na Escola Secundária Dona Maria II até ao 12.º ano. Participou em diversos seminários e jornadas jurídicas e tem vários trabalhos publicados pela «Editora Livraria Almedina-Coimbra» (www.almedina.net), pela «Coimbra Editora» (www.coimbraeditora.pt), pela «Juruá Editora» (www.jurua.com.br) e na inter-rede (v.g., www.verbojuridico.net). A partir de Outubro de 1996 exerceu as funções de Consultor Jurídico na Fundação Obra de Nossa Senhora das Candeias – Instituição Particular de Solidariedade Social com sede no Porto – sendo, no momento, seu colaborador voluntário. Entre Abril de 2000 e Agosto de 2009 foi advogado de empresa. É docente no Ensino Superior português desde 2007 e Advogado desde 1996. Nenhuma das opiniões jurídicas e científicas que são veiculadas em este trabalho pelo Autor, e que foram fruto de uma investigação internacional teórica e prática, vinculam, porém, qualquer das entidades aqui mencionadas e vice-versa. Exemplos de actuais moradas electrónicas: gsopasdemelobandeira@ipca.pt e gsopasdemelobandeira@hotmail.com.