

MICHELINE MENDONÇA NEIVA

**ANÁLISE JURÍDICA DO SEGUNDO ACORDO DA BASILÉIA: A REGULAÇÃO DO MERCADO
BANCÁRIO INTERNACIONAL POR MEIO DE INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW* E SUA
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial
para obtenção do título de mestre em Direito

Área de concentração: Direito, Estado e Economia

Orientador: Prof. Dr. Marcus Faro de Castro

Brasília
2008

MICHELINE MENDONÇA NEIVA

Análise Jurídica do Segundo Acordo da Basiléia: a regulação do mercado bancário internacional por meio de instrumentos de *soft law* e sua legitimidade democrática

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial
para obtenção do título de mestre em Direito

Área de concentração: Direito, Estado e Economia

Aprovada pelos membros da banca examinadora em

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro

Instituição: Universidade de Brasília

Assinatura:

Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes

Instituição: Universidade de Brasília

Assinatura:

Prof. Dr. Vincenzo Demétrio Florenzano

Instituição: Universidade Federal de Minas Gerais

Assinatura:

Para os meus afilhados tão queridos: Pedro e Vagner.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade de Brasília, à CAPES e ao meu orientador, professor Marcus Faro de Castro, pela oportunidade de cursar o mestrado nessa notável instituição de ensino.

Ao professor Márcio Iório Aranha, pela bibliografia e pelo exemplo de seu primoroso trabalho acadêmico. Ao professor Jorge Amaury Maia Nunes, pelas aulas de inglês, pelas lições de direito e, principalmente, pelas lições de vida.

Ao Dr. Vincenzo Florenzano, pela pronta disposição para compor a minha banca avaliadora.

A todos os servidores da faculdade de Direito, sempre prontos a auxiliar os alunos.

À Minha mãe, pelo constante e incondicional apoio, amor e carinho. Sua fé nos filhos faz com que eles se sintam capazes de qualquer coisa, mesmo quando parecem impossíveis.

Ao Daniel, pelo amor, pelo estímulo. Além da distância, foram tantas horas roubadas, as horas de espera até que eu finalizasse cada etapa desse trabalho. Seu apoio foi imprescindível!

À minha amiga Alice, que acompanhou de perto o doloroso processo de elaboração da dissertação e, portanto, quem mais sofreu com os momentos de desesperos, o mau humor pelas noites não dormidas e as reclamações monotemáticas.

À Rose, pelo apoio espiritual; ao Vinícius, pelo patrocínio da minha saúde e a todos os familiares que acompanharam essa jornada.

Aos meus amigos, aos que me acompanham há muitos anos e àqueles que fiz em Mato Grosso, cujo apoio foi fundamental para a conclusão do mestrado.

“A economia do homem, como regra, está submersa em suas relações sociais. Ele não age para salvaguardar seu interesse individual na posse de bens materiais, ele age assim para salvaguardar sua situação social, suas exigências sociais, seu patrimônio social.”

Karl Polanyi

RESUMO

As medidas de política econômica, no plano interno e internacional, sofrem intensa influência da Ciência Econômica. Quando se adota um modelo de política econômica (com todas as conseqüências decorrentes dessa escolha) como fundamento para intervir no mercado, está se fazendo uma atividade política. A busca por determinados objetivos na economia por meio de determinados instrumentos de política econômica não consiste na aceitação de uma lei da natureza, mas da execução de uma escolha, do exercício de um juízo de valor. Ao reconhecer que as medidas de intervenção na economia são formuladas com base em modelos econômicos e que essa escolha é uma atividade política, abre-se a possibilidade do debate e do questionamento do discurso econômico por meio dos procedimentos juridicamente instituídos, que garantem ampla discussão sobre o conteúdo dessas decisões.

O II Acordo da Basiléia é um conjunto de recomendações para o controle da exposição da atividade bancária aos seus riscos. Consiste em instrumento de *soft law*, elaborado no âmbito do Comitê da Basiléia, que propõe um modelo de auto-regulação da atividade bancária como a forma mais eficiente para garantir a higidez do mercado bancário mundial. Por representar a adoção de um modelo de política econômica e, assim, uma opção política, a adoção do Acordo, nos países democráticos, deve ser discutida mediante a observância dos procedimentos legais existentes para, então, possibilitar o cotejo de seu conteúdo como ordenamento jurídico. Em muitos países, como no Brasil, a implementação do Acordo padece de déficit de legitimidade democrática porque está sendo adotado como se mera norma técnica e neutra fosse, com reduzidas possibilidades de ter seu conteúdo questionado em termos de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito, Política, Economia Política, Regulação, mercado bancário, Acordo da Basiléia

ABSTRACT

National and International Economic Policy are heavily influenced by Political Economy. The adoption of an Economic Policy model (within its instruments and the consequences that will rise from it) as the basis for regulation is a political activity. The pursue of specific goals in Economic Policy is not neutral and can not be considered the natural consequence of a physical science law. The assumption that this kind of decision is political enables the political discussion of its content through the legal procedures in a public sphere.

The New Basel Capital Accord provides regulatory capital requirements alignment so that banks can face the risks underlying its activities. It is a soft law instrument created by Basel Committee. The model adopted places emphasis on banks` internal risk controls in order to pursue a more efficient bank market. Since the adoption of this specific regulation model is political it has to observe the legal procedures that enable public discourse on this matter and its analysis considering citizens` rights. In many countries, like Brazil, the political aspect of Basel Accord is not being considered by regulators. By doing so, they obstruct the democratic procedures and its legitimacy.

KEY WORDS: Law, politics, Political Economy, Regulation, bank market, Basel Accord

ÍNDICE DE QUADROS

Quadro 1: Instrumentos de Política Econômica	28
Quadro 2: Sistema bancário.....	67
Quadro 3: Pilar 1 do Basileia II	107
Quadro 4: Ponderação de risco soberano no Basileia II	109

SUMÁRIO

Introdução	1
1. A Política Econômica	4
1.1. Política Econômica e Economia Política.....	9
1.2. Um olhar crítico sobre as proposições econômicas	14
2. As contribuições do Direito – Análise Jurídica da Política Econômica	19
2.1. Política e Direito	22
2.1. Política Econômica	27
2.3. A análise jurídica do processo de elaboração dos instrumentos de política econômica – procedimento e conteúdo	30
3. Histórico do Sistema Financeiro	39
3.1. Padrão Ouro	40
3.2. O período entre-guerras	45
3.3. O Sistema de Bretton Woods	48
3.4. A liberalização dos mercados	51
3.5. Globalização econômica	56
3.5.1. Globalização e a formação dos instrumentos de política econômica.....	60
4. A intervenção direta por instrumentos jurídicos no mercado bancário	64
4.1. Mercado bancário	67
4.2. Regulação do mercado bancário	73
4.3. Os fundamentos da regulação bancária sob a ótica dos direitos.....	76
5. O Segundo Acordo da Basiléia	87
5.1. BIS (<i>Bank for International Settlement</i>)	87
5.2. O Comitê da Basiléia	90
5.3. O Primeiro Acordo da Basiléia	93
5.4. O conteúdo do Segundo Acordo da Basiléia	99
5.5. <i>Intentional Convergence of Capital Measurement and Capital standards: a Revised Framework</i> , o segundo Acordo da Basiléia	104
5.5.1. Pilar 1	106
5.5.1.1. Abordagem padronizada	108
5.5.1.2. Classificação interna de riscos	110
5.5.1.3. Risco operacional	112
5.5.1.4. Risco de mercado	114
5.5.2. Pilar 2	118
5.5.3. Pilar 3	121
6. Análise Jurídica do II Acordo da Basiléia	123
6.2. Modelo Econômico subjacente ao II Acordo da Basiléia	124
6.3. As recomendações da Basiléia como normas jurídicas.....	151
6.4. Basiléia II no Brasil	144
6.4.1. Do procedimento de internalização dos acordos internacionais	149
6.4.2. O procedimento de edição do Decreto Legislativo	155
6.4.3. A análise do procedimento de adoção da Basiléia II	157
6.5. Desregulamentação e Constituição	164

6.6. Análise jurídica dos contratos celebrados sob a égide da Basiléia II	168
6.7. Basiléia II e Ordem Constitucional Econômica, algumas reflexões	173
7. Conclusão	176
8. Bibliografia.....	181

INTRODUÇÃO

Já nos séculos anteriores, havia comércio entre os povos e, também, a troca de moeda entre eles (SANDRONI, 1994). A intensidade e o impacto desses fluxos é que foi se modificando ao longo do tempo até que se chegou à dinâmica atual.

A configuração social e política da humanidade também se modificou, mas não como mera consequência das mudanças no campo econômico. O homem e a sociedade mudaram, em todas as suas dimensões e aspectos, o que se reflete no campo econômico, social, político e, por conseguinte, jurídico.

No último século, a dinâmica econômica ganhou cada vez mais destaque em decorrência da adoção de instituições da “economia de mercado”, que se expandiram para a maior parte das sociedades do mundo. Essa disseminação da economia de mercado intensificou de maneira inédita as relações econômicas entre os países e, cada vez mais, as questões econômicas passaram a ser tratadas em âmbito internacional, por Estados, empresas e organismos internacionais.

O processo de intensificação das relações econômicas foi marcado pela influência dos Estados centrais do capitalismo e organismos multilaterais em prol da liberalização do mercado de capitais, o que permite, hoje, um intenso fluxo de recursos por todas as economias do mundo.

Nesse contexto, o mercado bancário tem sofrido profundas alterações devido à nova conformação econômica global e aos novos instrumentos com que os agentes de mercado passaram a operar. As transformações trouxeram grandes possibilidades de ganhos, mas também grandes possibilidades de perdas (GUP, 2004) que se refletem não apenas no mercado bancário, mas em praticamente todas as economias do globo.

Assim, toma forma uma cooperação internacional dos países do G-10 — Bélgica, Canadá, França, Alemanha, Itália, Japão, Luxemburgo, Holanda, Espanha, Suécia, Suíça, Reino e Estados Unidos —, reunidos no Comitê da Basiléia, para formular recomendações sobre o controle dos riscos a que se submetem as instituições bancárias, num ambiente de acentuada internacionalização das relações econômicas.

As recomendações do Comitê foram compiladas no documento que ficou conhecido como “Segundo Acordo da Basiléia” ou “Basiléia II”. Apesar de não constituir um acordo internacional nos moldes do Direito Internacional Clássico, o Acordo está sendo implementado não apenas nos países-membros do Comitê da Basiléia, mas em grande parte dos países capitalistas do Ocidente. Assim, o conteúdo do Acordo está se transformando em normas domésticas de regulação dos mercados bancários.

De outro bordo, bem é de ver que a utilização de instrumentos jurídicos para intervenção no funcionamento da economia é a atividade em que consiste a política econômica. Nas últimas décadas, tem sido expressiva a utilização dos conhecimentos da Ciência Econômica para a formulação das medidas de política econômica. Ocorre que as proposições econômicas voltadas para o mercado, muitas vezes, partem de pressupostos equivocados sobre o contexto social em que estão inseridas as relações econômicas, pressupostos esses apresentados como mera descrição supostamente neutra da realidade.

Desse quadro, surge uma tarefa para o jurista: a de realizar a análise jurídica da política econômica, desenvolvendo categorias jurídicas capazes de compreender os instrumentos de política econômica como instrumentos para a concretização dos direitos e da justiça (CASTRO, 2005). Nesse trabalho, é preciso conhecer os fundamentos econômicos das normas de Direito Econômico, é preciso entender as atividades econômicas como uma das faces das relações sociais, é preciso contextualizá-las no ordenamento jurídico que institui o mercado.

Diante dessas constatações, o presente trabalho propõe-se a efetuar a análise jurídica dos instrumentos de política econômica que contêm as recomendações do Segundo Acordo da Basileia.

Para tanto, o primeiro capítulo fará um estudo crítico sobre a formação da política econômica com base, essencialmente, da perspectiva da Economia a fim de demonstrar o caráter político e não neutro dessa atividade. O segundo capítulo aborda as contribuições do Direito para a formulação da política econômica e lança as bases para a análise jurídica. O terceiro capítulo contém um breve histórico do Sistema Financeiro Nacional até a sua atual configuração, em que surge o II Acordo da Basileia. O quarto capítulo introduz o tema do Sistema Financeiro Internacional e da Regulação Bancária. O quinto capítulo descreve o objeto do presente estudo: o II Acordo da Basileia e, por fim, no derradeiro capítulo, é realizada a análise jurídica dos instrumentos de política econômica que implementam as recomendações da Basileia

I. A POLÍTICA ECONÔMICA

A atividade de intervenção estatal na economia, para o presente trabalho, consiste na política econômica, como será explanado adiante. Assim, na medida em que o objeto desse estudo – o Segundo Acordo da Basiléia – consiste em uma forma de intervenção no mercado por meio de medidas estatais que implementam as recomendações da Basiléia, faz-se necessário fixar as premissas acerca da política econômica.

A primeira delas é a de que a formulação da política econômica, a definição de seus objetivos e instrumentos necessários para atingi-los sofrem grande influência da Ciência Econômica. Essa “colonização” (FREITAG, 2004) de outros campos do pensamento pela Economia é um fenômeno de grande expressão do século XX e XXI e produz efeitos no desenvolvimento das ciências, na atuação estatal e, também, na política econômica formulada no plano internacional.

Considerando que os Estados e, por vezes, os atores do plano internacional, implementam as políticas econômicas por meio de instrumentos jurídicos, o Direito, formulado nacional e internacionalmente, sofre também com a propalada colonização da Ciência Econômica.

Ocorre que as proposições da Economia que servem como fundamento para a formulação da política econômica não são neutras ou técnicas, apesar dos discursos que buscam legitimar a tamanha relevância dessa ciência sob o fundamento de sua neutralidade científica.

Daí a segunda premissa: nem todas as proposições econômicas são neutras. Muitas delas refletem juízos de valor. Assim, a escolha por um ou outro modelo econômico para formular política econômica não consiste em uma atividade meramente técnica, ela consiste, sim, em uma atividade política.

Esse quadro denota dois pontos importantes a serem observados pelo jurista. O primeiro é que, nos países de tradição constitucionalista, o exercício de atividade política está vinculado a normas jurídicas, que definem os procedimentos para elaboração dessas normas a fim de conferir-lhes legitimidade. O segundo ponto consiste na importância de cotejar as formas jurídicas da política econômica com os princípios que norteiam o ordenamento jurídico. Isso porque se a política econômica é implementada por meio de normas jurídicas, elas devem estar em harmonia com todo o ordenamento jurídico.

A partir dessas premissas, será estudado o Segundo Acordo da Basiléia. Para proceder a essa análise, será necessário desenvolver as premissas indicadas – esse o escopo do presente capítulo.

I.1. POLÍTICA ECONÔMICA E ECONOMIA POLÍTICA

O conceito de Economia Política variou desde a sua primeira formulação constante na História da Riqueza das Nações, de Adam Smith. Não existe, entretanto, uma evolução linear do conceito da disciplina e, ao longo do tempo, outros surgiram.

GILPIN (2001) identifica três principais correntes sobre o conceito de Economia Política nos dias de hoje.

A primeira, cujos principais expoentes são da Escola de Chicago, busca seus fundamentos na Escola Neoclássica¹. Nessa concepção, estende-se o domínio social em que

¹ Não há consenso na doutrina econômica sobre a nomenclatura dessa escola. BRUE (2005) chama de neoclássica a escola fundada por Adam Smith e os demais no século XVIII e seria “neo” porque inovadora com relação aos fisiocratas; por isso, denomina a atual escola de Chicago de “novo classicismo”. ANDERSON (1995), por sua vez, utiliza o termo neoliberal para a escola econômica do século XX. Para o presente trabalho, utilizar-se-á a nomenclatura de ANDERSON.

A escola neoclássica é identificada com a ideologia neoliberal que ganha força nos anos 1970. Essa corrente do pensamento econômico resgata os fundamentos do liberalismo clássico de Adam Smith, Thomas Malthus e David Ricardo, desenvolve-se com base no conceito do agente racional maximizador de utilidades, que exerce sua liberdade no mercado, sem interferência estatal, a fim de gerar eficiência econômica; e postula que somente com o mercado efetivamente livre, há garantia da igualdade entre os homens (BRUE, 2005). A ideologia neoliberal é conceituada por ANDERSON como uma “uma reação teórica e política veemente contra o Estado

os métodos formais da Economia são aplicáveis, utilizando os fundamentos e ferramentas das ciências econômicas para todos os aspectos do comportamento humano², como descreve

GILPIN:

Muitos economistas e outros cientistas sociais se interessaram pela tentativa da Economia de usar sua metodologia individualista ou da escolha racional para explicar as instituições sociais, *public-choice* e outras formas de atividades sociais cuja natureza tradicionalmente não era considerada econômica. Esse "imperialismo econômico", identificado principalmente com a Escola de Chicago, cobre várias áreas do conhecimento e inclui o neoinstitucionalismo, a teoria da *public choice* e o que os economistas chamam de Economia Política. A essência dessa abordagem às instituições sociais e outras questões sociais e políticas consiste em considerar que os indivíduos agem sozinhos ou em conjunto para criar instituições sociais e promover outros objetivos sociais e políticos para promover seus interesses privados. Duas principais correntes podem ser identificadas. Por um lado, alguns acadêmicos partem do pressuposto de que os indivíduos procuram criar instituições sociais e defendem políticas públicas que promovam a eficiência econômica em geral. De outra banda, o termo "Economia Política" é usado por economistas neoclássicos para se referir ao comportamento de buscar renda dos indivíduos e grupos. Protecionismo comercial é um exemplo dessa abordagem. Há, entretanto, um poderoso propósito normativo entre os economistas de que as instituições ou estruturas são criadas para servir à eficiência do mercado. (GILPIN, 2001, p. 26-27)³

É importante anotar a pretensão de neutralidade do pensamento neoclássico, que busca aproximar a Economia das ciências exatas, ciências da natureza, cuja atividade consiste na mera descrição de fenômenos naturais (de onde decorre que o mercado seria regido por leis naturais), descrição essa desprovida de juízos de valor. Contribui para a aproximação com as

intervencionista e de bem-estar" (ANDERSON, 1995, p. 9). São os principais propagadores dessa abordagem Friedrich Hayek, Milton Friedman, George Stigler, Gary Becker e Robert Lucas.

² "For many professional economists, especially those identified with the Chicago School, political economy means a significant broadening of the scope or subject-matter that economists study. These economists have greatly extended the social domain to which the methods or formal models of traditional economics are applicable. The underlying assumptions regarding motivation and the analytical tools of mainstream economics, they argue, are pertinent to the study of all (or at least almost all) aspects of human behavior (GILPIN, 2001, p. 26)"

³ Tradução livre de: "Many economists and other social scientists enamored with economics attempt to use the individualistic or rational-choice methodology of economics to explain social institutions, public-choice, and other forms of social activities that have traditionally been regarded as noneconomic in nature. Such "economic imperialism", identified most closely with the Chicago School, covers several scholarly areas that include neoinstitutionalism, public-choice theory, and, what economists themselves call "political economy." The essence of this approach to social institutions and other sociopolitical matters is to assume that individuals act alone or together to create social institutions and promote other social, political objectives to advance their private interests. Two fundamental positions may be discerned within this broad range of scholarly research. On the one hand, some scholars assume that individuals seek to create social institutions and advocate public policies that will promote overall economic efficiency. On the other hand, the term "political economy" is used by neoclassical economists to refer to rent-seeking behavior by individuals and groups. Trade protectionism is an example of this approach. There is, however, a powerful normative bias among economists that economic institutions or structures are created to serve market efficiency." (GILPIN, 2001, p. 26-27)

ciências naturais a intensa utilização de instrumentos matemáticos, que reduzem a realidade social a equações e gráficos em busca de uma previsibilidade para as ações humanas (CASTRO, 1992).

Uma segunda corrente, contrária à redução das relações sociais e políticas ao subcampo da economia, relaciona o conceito de política econômica às questões decorrentes da interação entre as relações sociais e econômicas. Muitos dos adeptos dessa segunda corrente são marxistas, que acreditam ter a Economia se tornado muito formal, matemática e abstrata, afastando-se dos reais problemas sociais e econômicos do mundo real (GILPIN, 2001, p. 30). São também críticos à pretensão da Economia em se tornar uma ciência nos moldes da Física ou outras ciências naturais. GILPIN sintetiza o pensamento dessa corrente:

De acordo com marxistas e outros, convenções econômicas refletem os valores e interesses de grupos dominantes da sociedade capitalista. Entendem que a Economia não é uma ciência de valores neutros, mas está imbuída de propósitos sociais e políticos conservadores que enfatizam o mercado e a eficiência e negligenciam problemas sociais, tais como a desigualdade de renda e o desemprego crônico (GILPIN, 2001, p.30)⁴

A terceira corrente, à qual se filia GILPIN (2001), entende a Economia Política como um sistema sóciopolítico composto por poderosos atores econômicos e instituições que estão competindo entre si para influenciar as políticas públicas de modo que ela possa resguardar os interesses desses atores. O autor destaca a importância das instituições, criadas não como o resultado de processos econômicos racionais, mas da consequência de acidentes históricos, concatenados entre si, eventos aleatórios. GILPIN (2001) dá importância à economia neoclássica, de propósitos científicos neutros, mas defende que esses modelos são pobres e não abrangem o contexto político e social em que se desenvolvem as relações econômicas.

Certo é que a política sofreu muito mais influência da Economia Política do que de qualquer outra ciência social (GILPIN, 2001), o que denota a força da primeira concepção de

⁴ Tradução livre de: “According to Marxists and others, conventional economics reflects the values and interests of dominant groups of capitalist society. Rather than being value-free, economics is alleged to be infused with an implicit conservative social and political bias that emphasizes market and efficiency and neglect such social problems as inequality of income and chronic unemployment.” (GILPIN, 2001, p. 30)

economia política descrita por GILPIN, que busca aplicar a metodologia da economia formal a todos os tipos de comportamento humano. A prevalência das ciências econômicas no campo político (e em várias outras áreas do comportamento humano) foi objeto da observação de vários pensadores.

No campo das ciências sociais, HABERMAS (*apud* FREITAG, 2004) entende que a modernização da sociedade caracteriza-se pela constituição da economia de mercado e do Estado racional legal, que acarretaram a hegemonia da racionalidade instrumental⁵ e a expulsão, desse sistema, da racionalidade comunicativa⁶. O processo de racionalização acarretou a predominância do cálculo da eficácia, que consiste na obtenção de um determinado fim, utilizando os meios mais eficazes, com gastos mínimos, a menor externalidade negativa⁷ possível e o máximo de benefícios desejados.

FREITAG (2004), que sintetiza com bastante clareza o pensamento de Habermas, explica que a modernização também ocasionou os processos de dissociação e de colonização, que possuem uma conotação negativa. O primeiro representa a separação entre a produção material de bens e a dominação dos processos sociais da vida cotidiana, o que faz com que os homens, na era Moderna, submetam suas vidas às leis do mercado e à burocracia estatal como se fossem forças estranhas e absolutas contra as quais não há o que fazer. Daí decorre a

⁵ A compreensão do conceito de razão instrumental parte do conceito de sistema (uma das esferas da sociedade moderna), que adota uma perspectiva do observador externo à sociedade e é utilizado para descrever as estruturas que asseguram a reprodução material e institucional da sociedade: o Estado e a economia, que são regulados pelo poder e pelo dinheiro. Esse sistema é regido pela razão instrumental e predomina a ação instrumental ou estratégica, em detrimento da ação comunicativa (FREITAG, 2004).

⁶ A outra esfera da sociedade, que complementa o sistema, é o “mundo vivido”, que, por sua vez, é composto “da experiência comum a todos os atores, da língua, as tradições e da cultura partilhada por eles” (FREITAG, 2004, p. 12) e apresenta duas facetas, quais sejam, a da continuidade e das certezas intuitivas e a da mudança e do questionamento dessas certezas. Esse questionamento se dá por meio da ação comunicativa, que permite a realização da razão comunicativa, que, por sua vez, encontra fundamento no diálogo e na força do melhor argumento. O “mundo vivido” é composto pelos subsistemas da personalidade, o social e o cultural (FREITAG, 2004).

⁷ Externalidade negativa é um conceito da Economia: “As externalidades correspondem, pois, a custos ou benefícios circulando *externamente* ao mercado, vale dizer, que se quedam incomensurados, pois, para eles, o mercado, por limitações institucionais, não consegue imputar um preço” (NUSDEO, 2005, p. 155). “Assim, quando as externalidades redundam em algum custo para alguém são chamadas negativas; quando beneficiam alguém são chamadas positivas” (NUSDEO, 2005, p. 157)

colonização, que consiste no fortalecimento do sistema em detrimento do “mundo vivido”, que impõe a este a racionalidade instrumental e os mecanismos de integração do dinheiro e do poder. Nesse sentido, aponta o próprio HABERMAS:

Na modernidade uma economia organizada sob a forma do mercado se entrelaça funcionalmente com o Estado que monopoliza a violência, se autonomiza em relação ao mundo da vida, tornando-se uma parte da sociabilidade isenta de normas, e opõe aos imperativos da razão os seus próprios imperativos, fundados na conservação do sistema. (HABERMAS, 2000, p. 484)

O Direito também foi objeto da propalada colonização das ciências sociais pela Economia neoclássica. Especificamente para o Direito, a expressão dessa colonização é a corrente da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*)⁸, que tem como objetivo utilizar conceitos tomados da economia clássica para proceder à análise do Direito e, assim, temas como valor, utilidade e eficiência migram da economia para o Direito, sendo utilizados para a interpretação do direito dos contratos, direito de família, responsabilidade civil, dentre outros.

Não é apenas na aplicação das teorias da Análise Econômica do Direito que se verifica a colonização do pensamento econômico. Têm grande expressão as doutrinas sobre regulação da economia que defendem a necessidade da intervenção estatal tão-somente para corrigir falhas de mercado e, no mais, permitir seu livre funcionamento (ver ORTIZ, 1993); ou ainda,

⁸ A doutrina surge nos anos 60, com a publicação de *The Problem of Social Cost*, que contém um dos fundamentos da análise econômica do Direito, o teorema de Coase. Por esse teorema, quando uma corte diz que alguém tem um direito, isso tem uma pequena relação com quem seja o titular do direito em questão, pois deverá prevalecer a lógica de mercado, que como um rio indomável, irá derrubar qualquer tentativa de alterar seu curso normal (HARRISON, 2000).

Os modelos econômicos partem do pressuposto de que os agentes econômicos são racionais maximizadores de algo (a firma dos lucros, políticos de votos, caridade do bem-estar social, por exemplo). Um agente racional é capaz de listar suas preferências, considerando o que lhe é oferecido e o que ele deseja. Na prática, as alternativas oferecidas, em geral, sofrem restrições, tais como a renda do agente. Maximizar, em termos matemáticos, é escolher a melhor alternativa dada a restrição existente (COOTER, 1998). Assim, cada agente busca maximizar a utilidade de seus recursos, alocando-os de forma eficiente para si. Dessa maneira, espera-se que ele reaja a mudanças no ambiente econômico, de forma a preservar seus recursos e garantir sua máxima utilidade. A maximização da riqueza é alcançada quando bens e outros recursos estão nas mãos dos que os valorizam mais, sendo certo que alguém valoriza mais um bem se puder e estiver disposto a pagar mais em dinheiro (ou o equivalente em dinheiro) para possuí-lo. Assim, decisões judiciais devem dar o bem da vida àquele que mais o valoriza.

Essas breves linhas permitem observar, em um exemplo prático, a colonização a que se referem PILGIN e HABERMAS, em que se vê a utilização de conceitos da economia clássica (agente racional maximizador de utilidades) na compreensão de relações sociais.

que a intervenção tem por finalidade primeira garantir a eficiência econômica (GODDHART *et all*, 2001).

A configuração do ambiente institucional em que se desenvolve o mercado e a elaboração de medidas interventivas, desde o surgimento da Economia Política foi influenciada pelas proposições formuladas pelas ciências econômicas, como observa CASTRO (2005). LUX (1993) chega a denominar o século XX como a Era da Economia⁹.

⁹ BECK (1998) também atentou para essa “colonização” realizada por meio do discurso econômico pretensamente neutro que se desenvolveu ao largo dos controles democráticos das sociedades modernas ao mesmo tempo em que ocasionou relevantíssimas mudanças em toda a estrutura social.

A positivação e constitucionalização de amplos direitos democráticos provocaram uma configuração dúbia no modelo institucional, de que Ulrich Beck (1998) apresenta elucidativa descrição. No projeto da sociedade industrial, a relação entre as mudanças sociais e as orientações políticas foram concebidas com base no modelo de “cidadão cindido”, que, por um lado, exerce todos os seus direitos nos âmbitos de formação da vontade política; e, por outro, defende seus interesses privados em todos os campos do trabalho e da economia. Daí exsurge a autodiferenciação de um sistema político-administrativo e outro técnico econômico. No plano político, as decisões seguem o princípio da legalidade e o domínio só pode ser exercido com o consenso dos administrados, dentro das instituições democráticas. As defesas dos interesses econômicos, por sua vez, passam ao largo dos controles democráticos. BECK (1998) aponta, assim como CASTRO (1992), que esse modelo repousa na equiparação do progresso social ao técnico e no fato de que o caminho do progresso material e dos resultados das mudanças tecnológicas consiste em restrições inevitáveis de ordem técnica e econômica. Dessa maneira, o progresso substitui o consenso e a possibilidade de questionamento, é uma

O canal sistemático de influência da Ciência Econômica na formulação da política econômica se instala com a força galgada pelas idéias de Keynes acerca da necessidade da adoção de medidas, por parte do Estado, para garantir o equilíbrio da economia e o desenvolvimento econômico.

Assim, a partir de 1929, com a implementação de políticas públicas fundadas no keynesianismo¹⁰, o Estado passou a formular políticas com base em cálculos estatísticos e a sustentá-las na crença da racionalidade dos fins a serem perseguidos e dos instrumentos necessários para tanto. Este é apenas um marco histórico do movimento de “colonização” da política econômica (e também de outras ciências por parte da Economia).

Para implementar as políticas econômicas, os governos — apesar de terem seu poder derivado das constituições e de agirem por meio de instrumentos jurídicos — não utilizaram do discurso de legitimação jurídica para suas ações, lançaram mão de técnicas matemáticas, utilizadas de maneira instrumental para articular políticas econômicas, independentemente de noções de jurisprudência (CASTRO, 1992).

espécie de aceitação prévia de objetivos e conseqüências que não são conhecidos ou mencionados.

Assim, conclui BECK (1998) que, nas sociedades industriais ocidentais, apenas uma parte das decisões que interferem na realidade social é vinculada ao sistema político e subordinada aos princípios democráticos. A outra parte é subtraída das regras de controle político e dos processos de justificação, na medida em que é exercida por grandes empresas e pela ciência, que serve de base para a formulação da política econômica.

¹⁰ CASTRO (1992) explica que apesar de o Keynesianismo reconhecer a importância das instituições (em especial a burocracia estatal), a necessidade de desenvolvê-las e a sua importância para a promoção de determinados objetivos, seu reformismo e as práticas de Estado desenvolvidas a partir daí mantiveram-se isolados na teoria econômica.

A mudança no ambiente institucional jurídico e econômico deu-se nos limites do modelo subjacente à novel política econômica, sendo que as mudanças propostas por Keynes, apesar do quanto vulgarmente registrado, não tinham um cunho social. A idéia era uma intervenção pública “tecnicamente social”, que só podia ser fornecida pelo Estado, e que tinha por escopo a manutenção do sistema econômico capitalista em bom funcionamento. Não se tratava de um ideal de justiça social (SKIDELSKI, 1999, p. 58/59)

A elaboração de normas de política econômica com base em cálculos matemáticos reflete a influência da Economia Política de caráter neoclássico na política. GILPIN (2001) mostra que a Escola Neoclássica busca maior aproximação com as ciências exatas por meio da utilização de cálculos matemáticos e gráficos, o que confere às proposições econômicas um caráter supostamente mais científico, pretensamente neutro¹¹.

Esses modelos retomam a concepção do homem como agente racional que, em quaisquer circunstâncias, toma decisões para maximizar a utilidade em condições de escassez. Essa e outras simplificações da realidade social são ahistóricas, não consideram todos os demais aspectos envolvidos nas relações sociais de cunho econômico.

Quando as normas de política econômica são dirigidas para o mercado bancário, é ainda mais propícia a utilização da matemática, vez que os bancos trabalham com dinheiro, números, riscos, probabilidades, proporções. É importante é ter em mente, entretanto, que mesmo as normas ditas técnicas têm um conteúdo político, carregam, em sua formulação, juízos de valor. Daí a necessidade de que os fundamentos econômicos das medidas de política econômica sejam expostos, pois a abertura do debate sobre os fundamentos dos modelos, os objetivos que pretendem alcançar e os instrumentos necessários possibilita a elaboração de uma norma legítima, mais próxima da realidade social e das necessidades sociais, daí a importância da análise jurídica desses fenômenos.

HABERMAS observa que, na atividade de intervenção na economia, é utilizada uma linguagem simplória, instrumental, dissociada do contexto em que está inserida¹².

¹¹ Although a model may take a literary form, the economics profession, ever since publication of Samuelson's Foundations, has preferred that models be expressed informal, mathematical, and abstract term. (GILPIN, 2001, p.49)

¹² “As alterações de estado no substrato material decorrem diretamente de resultados agregados e conseqüências de intervenções dirigidas ao mundo objetivo para a realização de determinado fim. Por certo, essas ações teleológicas também necessitam de coordenação; precisam ser integradas socialmente. Mas a integração pode dar-se agora por meio de uma linguagem *empobrecida e padronizada* que coordene as ações especificamente funcionais, como a produção e a distribuição de bens e serviços, sem sobrecarregar a integração social com o dispêndio de processos de entendimento arriscados e não econômicos sem reconectá-las aos processos da tradução cultural e da socialização através do *médium* da linguagem corrente. O *médium* dinheiro satisfaz

Nesse sentido, a crítica à formação da política econômica existe em duas dimensões. A primeira é afeta à pretensão de neutralidade da Ciência Econômica, que surgiu com o próprio conceito iluminista de ciência, fundado na razão iluminista. A segunda crítica diz respeito ao direito político fundado nessa racionalidade. GOYARD-FABRE¹³ (2002, p. 481) sintetiza o pensamento de HABERMAS nesse sentido: “o direito político então se ‘cientificou’ e, obediente na sociedade moderna à lógica de uma rede de pressões e recomendações prático-técnicas, assumiu a figura da ‘arte pragmática da técnica do poder’”

O discurso da neutralidade, contudo, não resiste a uma análise acurada da formulação das proposições econômicas. Em primeiro lugar, porque elas expressam um juízo de valor, na medida em que elegem dados da realidade como mais ou menos importantes para seus modelos; e, em segundo lugar, porque não consistem em meras proposições positivas (descrições de cientistas observadores), são também proposições normativas, apresentam normas de dever ser. Quando essas proposições positivas transformam-se em objetivos e instrumentos de política econômica, não se está mais fazendo “ciência neutra”, mas a escolha de um dentre vários modelos econômicos que embasa a norma de dever ser, uma vez que cada modelo pressupõe uma série de escolhas, de juízos de valor.

Esse é um ponto fulcral para o desenvolvimento do presente estudo: quando se decide adotar um modelo de política econômica (com todas as conseqüências decorrentes dessa escolha), se está fazendo uma atividade política. A busca por determinados objetivos na economia por meio de certos instrumentos de política econômica não consiste na aceitação de uma lei da natureza, mas de execução de uma escolha entre várias possibilidades.

A compreensão do processo de formação da política econômica como uma atividade política contrapõe-se à concepção apolítica da política econômica. BECK (1998) bem aponta

evidentemente essas condições de uma linguagem de controle especialmente codificada” (HABERMAS, 2000, p. 486)

¹³ A Autora é crítica veemente da pós-modernidade consensual proposta por Habermas. Para compor sua crítica, entretanto, apresenta acurada síntese do pensamento Habermasiano, daí a referência à sua obra.

que importantes medidas de configuração do mercado, que exercem grande influência na realidade social, são tomadas à parte dos processos políticos de legitimação democrática. Esse afastamento da política justifica-se porque a grande maioria das medidas econômicas é vista como resultado natural e necessário do funcionamento do mercado. Esse funcionamento “natural”, entretanto, é, na verdade, o resultado de escolhas feitas por todos os agentes envolvidos nas relações sociais econômicas: Estados, organismos internacionais multilaterais, grandes empresas, organizações da sociedade civil, etc; sendo que alguns atores exercem (muito) mais influência que outros na conformação dessas regras, seja porque têm mais acesso ao capital, seja porque têm mais poder.

1.2. UM OLHAR CRÍTICO SOBRE AS PROPOSIÇÕES ECONÔMICAS

É importante registrar, no início desse tópico, que não é objetivo deste estudo apresentar a Economia como uma ciência secundária para a formação da política econômica e defender seu abandono nesse mister. A idéia central é apontar algumas de suas características que dificultam a compreensão dos impactos das opções de política econômica na realização dos direitos. De maneira alguma o Direito é a tábua de salvação da compreensão e da formulação da política econômica, várias outras ciências humanas e exatas têm extrema relevância nesse processo.

A Economia Política surgiu no século XVIII e foi o período em que vários ramos da ciência separaram-se de grandes troncos do conhecimento, como a filosofia, e passaram a buscar pressupostos próprios para que se pudesse desenvolver como ciência, no sentido de conhecimento compartimentado. A essa época, autores sentiram-se atraídos pelo rigor das ciências físicas e daí surgiu a idéia de criar uma ciência econômica independente, neutra.

À primeira vista, as proposições positivas oriundas das ciências econômicas seriam apenas uma descrição neutra da realidade. Essa descrição, entretanto, “pressupõe a aceitação de visões teóricas do que a sociedade – considerada como um sistema econômico – é, como está estruturada e como funciona” (CASTRO, 2005, p.2).

Nesse sentido, MYRDAL¹⁴ (1997) entende que o cientista econômico não deve ir além da tarefa de exposição da situação real e dos possíveis efeitos das diferentes e possíveis medidas a serem adotadas porque, para ponderar sobre a escolha dos efeitos politicamente desejáveis e dos meios necessários para obtê-los, o político precisa fazer um juízo de valor e, nessa atividade, utiliza-se de premissas que não estão à disposição da ciência. Sobre o tema, assevera MYRDAL:

Se de fato fôssemos conhecedores de uma gama de valores sociais que é acessível à pesquisa, nossa ciência seria capaz de fornecer aos políticos normas objetivas de Economia Política, e os economistas não teriam por que ocultar esse promissor estado de coisas defendendo o contrário. Se pudéssemos realmente estabelecer cientificamente as condições exigidas para um ótimo da população, se pudéssemos determinar os princípios para estabelecer uma justa distribuição dos encargos tributários, se pudéssemos formular as condições para o máximo de utilidade social resultante da produção e das trocas, se isso e muitas outras coisas estivessem ao nosso alcance, então nossa ciência seria normativa. Mas são precisamente perguntas como essas que não podemos responder. Uma incompreensão desse ponto fundamental de epistemologia explica a maior parte dessa incerteza em matéria de princípios que ainda tende a solapar a base da ciência econômica. (MYRDAL, 1997, p. 36)

Apesar do discurso de neutralidade da ciência, os economistas, no século XX, começaram a calcular, baseando-se em suas descobertas científicas, o curso de ação que é economicamente ‘desejável’ ou ‘correto’, e também se opuseram a certas políticas com a alegação de que sua realização diminuiria o ‘bem-estar’ geral ou implicaria ‘desprezar’ “(ou até ‘infringir’) leis econômicas”. Nesse momento, os economistas deixaram de produzir leis no sentido científico — “*repetições demonstráveis e regularidades de fatos reais e possíveis*” (MYRDAL, 1997, p. 28) — e começaram a elaborar leis no sentido de normas que, diga-se,

¹⁴ Economista, sueco, em 1974 dividiu o prêmio Nobel de Economia com o seu rival ideológico, pai do neoliberalismo econômico, Friedrich August von Hayek (Disponível em <<http://nobelprize.org>>, acesso em 26.4.2007).

poderiam até serem violadas. A partir daí, acrescenta MYRDAL, teorias como a da livre-concorrência perderam a simples pretensão de ser uma explicação científica para o curso das relações econômicas e transformaram-se em um *desideratum* político.

O economista percebeu que, com o tempo, conceitos próprios dos modelos econômicos transformaram-se em parâmetros de como deve ser a sociedade:

Existe uma clara discordância entre os princípios da pesquisa em Economia e a sua prática. Por um lado, acentua-se que a ciência econômica somente observa a vida social e analisa o que se pode esperar que aconteça em diferentes circunstâncias, e que ela jamais pretende concluir aquilo que os fatos devem ser. Por outro lado, todo economista tira na prática tais inferências. E as várias teorias econômicas específicas são, na maior parte do tempo, arranjadas com o objetivo mesmo de as tirar. O resultado são os preceitos políticos de natureza supostamente científica e objetiva. Seria como se as expressões “observações” e “fatos” não possuíssem o mesmo significado em Economia como possuem na terminologia científica de outras áreas. Os economistas parecem ter acesso a *uma esfera de valores que são igualmente objetivos e observáveis*. Talvez estivéssemos enganados quando falamos de princípios epistemológicos que podem jactar-se de cem anos de contínuo reconhecimento. É possível que somente as palavras sejam iguais, enquanto seu significado é diferente. (MYRDAL, 1997, p. 29)

Os preceitos normativos passam a aparecer apenas de forma implícita, nas recomendações políticas apresentadas como meros resultados de análises econômicas. Daí a proposta de MYRDAL (1997) no sentido de aclarar e explicar a cadeia de premissas e inferências que se encontram sob as fórmulas de Economia Política.

MYRDAL (1997) assume como o norte de sua pesquisa a identificação das proposições normativas travestidas de proposições positivas e dos juízos de valor inculcados na definição dos princípios abstratos dos quais derivam os raciocínios nas várias escolas econômicas. As várias escolas apresentam conteúdos díspares, mas há uma homogeneidade nelas decorrente de suas origens comuns: as filosofias morais da lei natural e do utilitarismo. Dessas correntes filosóficas receberam o objetivo normativo, suas principais categorias de pensamento e métodos de prova. A partir daí, surgem

os sofismas lógicos inevitáveis quando a teoria econômica tenta a proeza logicamente impossível de chegar a conclusões políticas sem premissas políticas. Dentro da latitude que o raciocínio normativo permite, os resultados são determinados psicologicamente pelos preconceitos políticos da época, pelo ambiente social e pelas preferências do autor. (MYRDAL, 1997, p. 39)

Assim é porque as premissas ditas de fato, na verdade, são acompanhadas de uma premissa de valor que também se diz desprovida de conteúdo valorativo e que é geralmente tida como irrefutável ou objetiva. A interpretação das expressões de cunho econômico é, portanto, imprescindível, pois muitas delas trazem significados ambíguos e carregados de conteúdo valorativo.

O cotejo entre concepções distintas, na Economia, sobre o conceito de agente econômico denota o conteúdo valorativo de proposições econômicas tidas por neutras, meramente descritivas.

A descrição do agente econômico pressupõe certa visão do homem e da sociedade. É a expressão máxima do individualismo¹⁵¹⁶, ligado à concepção de indivíduo como ser independente, autônomo, não-social e moral.

Noutra toada, a concepção de agente econômico formulada por KEYNES (1982), que considerada forças subjetivas e sociais que influenciam o processo de tomada de decisão:

Além da causa devida à especulação, a instabilidade econômica encontra outra causa, inerente à natureza humana, no fato de que grande parte das nossas atividades positivas depende mais do otimismo espontâneo do que de uma expectativa matemática, seja moral, hedonista ou econômica. Provavelmente a maior parte das nossas decisões de fazer algo positivo, cujo efeito final necessita de certo prazo para se produzir, deva ser considerada como manifestação de nosso entusiasmo — como um instintivo espontâneo de agir, em vez de não fazer nada —, e não como resultado da média ponderada de lucros quantitativos multiplicadas pelas possibilidades quantitativas. (KEYNES, 1992, p. 133)

¹⁵ SEN (1999) é economista da atualidade, crítico à corrente neoclássica. Em sua crítica, apresenta didática estrutura do comportamento auto-interessado:

Bem-estar autoconcentrado: O bem-estar de uma pessoa depende apenas de seu próprio consumo (e em especial não encerra nenhuma simpatia ou antipatia por outras pessoas).

Objetivos limitados ao próprio bem-estar: O objetivo de uma pessoa é maximizar o próprio bem-estar e – dada a incerteza – o valor esperado desse bem-estar ponderado segundo as probabilidades (em especial isso não implica atribuir diretamente importância ao bem-estar de outras pessoas).

Escolha orientada para o próprio objetivo: Cada ato de escolha de uma pessoa é governado imediatamente pela busca de seu próprio objetivo (e em especial não é restrito nem adaptado pelo reconhecimento de interdependência mútua de êxitos respectivos, por haver outras pessoas buscando cada qual seus objetivos). (SEN, 1999, p. 96)

¹⁶ Interessante exemplo da máxima individualista, também retirada de John Stuart Mill: “A grande maioria das boas ações não têm a intenção de beneficiar o mundo, mas os indivíduos, cujo bem constitui o bem do mundo. Os pensamentos dos homens mais virtuosos não precisam, nessas ocasiões, ir além das pessoas particulares afetadas, exceto na medida em que é necessário assegurar-se de que ao beneficiá-las não se está violando os direitos – isto é, as expectativas autorizadas e legitimadas – de quem quer que seja”. (MILL, 2000, p. 43)

A oposição entre essas descrições do agente econômico é importante para mostrar que as proposições positivas não são neutras e, como já mencionado, exprimem formas diferentes de ver a sociedade. Para a Escola clássica, o agente econômico age de forma racional para maximizar seus interesses; para Keynes, nem sempre as escolhas dos agentes são racionais. A partir de concepções diferentes sobre o homem e a sociedade, são desenvolvidos modelos econômicos diferentes.

Cada economista pode fixar as premissas que entender corretas para desenvolver seu raciocínio. Criticável é apresentar o raciocínio desenvolvido como uma verdade irrefutável, uma mera descrição do mundo dos fatos e sugerir que um Estado deva tomar essa ou aquela medida para salvaguardar os juízos de valor inerentes à definição das premissas sobre as quais o estudo foi desenvolvido. Na formulação da política econômica, as premissas que deram origem às proposições normativas devem estar explícitas.

Assim, dos tópicos anteriores, pode-se estabelecer algumas premissas para a seqüência do estudo. As ciências econômicas exerceram e exercem grande influência na formação da política econômica.

Apesar do discurso da neutralidade, aos modelos econômicos está subjacente uma visão do homem, da sociedade e uma série de juízos de valor.

O funcionamento do mercado é o resultado de uma série de escolhas, feitas no plano nacional e internacional, que, muitas vezes, não são tomadas na esfera política, não são alvo de debate, são decisões tomadas sob o manto do discurso na neutralidade.

2. AS CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO – ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA ECONÔMICA

CASTRO (2005) observa que a concepção tão-somente econômica da política econômica não foi capaz de formular desdobramentos analíticos e propositivos úteis para a adoção de reformas preocupadas em alcançar a justiça econômica.

Partindo dessa constatação, o autor aponta para a necessidade da atuação do jurista no desenvolvimento de um entendimento analítico e interpretativo das regras que formam a política econômica. Esse entendimento deve levar em consideração os princípios presentes no ordenamento jurídico e, ainda, destacar “a unidade do todo normativo e suas implicações para a sociedade e em termos de ideais de justiça” (CASTRO, 2005). Conclui o autor que existe uma lacuna na doutrina jurídica sobre a incorporação da dimensão ética e valorativa da vida dos cidadãos às normas que regulam a atividade econômica. Daí a proposta da análise jurídica da política econômica.

A forte influência das ciências econômicas deve ser objeto de acurada análise por parte dos juristas, pois a opção por utilizar ou não um instrumento de política econômica e o objetivo que se pretende atingir com essa escolha reflete diretamente nas atividades econômicas, enquanto relações sociais, e interfere na concretização de direitos dos cidadãos perante o Estado e entre os próprios cidadãos, decorrentes dos contratos que formam a economia.

A primeira parte da análise jurídica consiste na compreensão, por parte do jurista, do processo de formulação da política econômica, o que inclui o conhecimento das premissas de que parte a proposição econômica, os objetivos que visa a atingir e os instrumentos necessários para tanto.

A compreensão do jurista é importante porque os instrumentos de política econômica são implementados por meios de leis que devem estar em harmonia com o conjunto do ordenamento jurídico, seus princípios e valores conflitantes, e que devem ser formuladas de acordo com o devido processo legal na sua dupla dimensão procedimental e substancial.

É a discussão pública sobre os motivos que levam a adoção de determinado modelo que viabiliza o questionamento dos juízos de valor subjacentes ao modelo econômico. É possível que, em determinadas circunstâncias, a concepção do homem econômico racional seja adequada, desde que as partes envolvidas na relação econômica estejam, de fato, em igualdade de posição. Situações há, contudo, em que garantir apenas as regras do jogo do mercado ocasionará extremo desequilíbrio na relação econômica.

Ora, a norma jurídica assume, no ato de intervenção na economia, um conteúdo econômico e social e, ao veicular esses valores, intervém nos terrenos econômico e social, conformando-os com a carga valorativa que lhe foi conferida pela lei ou pela Constituição (MONCADA, 2003, p. 31). Assim sendo, a exposição dos juízos de valor subjacentes aos modelos econômicos permite seu cotejo com a carga valorativa das demais normas que compõem o ordenamento jurídico e, portanto, de outros valores sociais.

O cotejo, dentro do sistema jurídico, dessas diferentes formas de compreensão da realidade social possibilita o debate sobre os fundamentos da argumentação de cada um dos lados envolvidos em um conflito social (ainda que as normas não sejam aplicadas em situações de contenda).

Noutra toada, se os instrumentos de política econômica são tidos como neutros, não há debate sobre seus fundamentos e objetivos. Surge um empecilho para o questionamento dos propósitos de cunho meramente econômico.

Em conclusão aos estudos elaborados nos tópicos anteriores, viu-se que as proposições econômicas não são neutras, elas são calcadas em juízos de valor. Quando apresentadas na

forma de normas de dever ser, têm também um conteúdo político, na medida em que apresentam aos formuladores de políticas objetivos a serem perseguidos e os instrumentos necessários para atingi-los. O processo de formulação dos instrumentos de política econômica, portanto, é político.

Quando inseridas no contexto do ordenamento jurídico, as opções de política econômica podem ser discutidas e seus objetivos contrastados com outros objetivos. Não há óbice a que o economista, em seus estudos, considere o cidadão apenas como agente econômico racional e defina objetivos de ordem simplesmente econômica. Ao formular instrumentos de política econômica, entretanto, deve ter em mente que o destinatário da norma não é apenas o agente econômico, mas o cidadão, sujeito de direitos de toda natureza, inserido em um contexto social.

Assim é que o presente estudo se propõe a engrossar a fileira da corrente crítica à colonização do pensamento econômico às ciências sociais, a partir de uma idéia de economia inserida no contexto social.

Nesse contexto, para uma análise mais abrangente do fenômeno de formulação da política econômica, o presente trabalho opta pela concepção de economia de POLANYI (2000), que considera as relações econômicas como parte das relações sociais e como o resultado da configuração institucional do mercado que decorre das decisões humanas. Essa forma de compreender a economia é mais abrangente e facilita sua análise jurídica (proposta do presente trabalho), dado que aproxima o objeto da Economia do objeto do Direito, trazendo ambos para o campo das relações sociais.

A aproximação do Direito e da Economia é importante, pois ao conceber a atividade de formulação da política econômica como uma atividade política, se está subordinando essa atividade às normas jurídicas que regulam a atividade política nos Estados Democráticos. Isso porque, nos Estados democráticos, a atividade política é regulada por Constituições, sejam

elas formais ou informais. Assim, tais decisões (1) ficam subordinadas às normas jurídicas que regulam o processo de tomada de decisões políticas, para que sejam legítimas; (2) possibilitam o cotejo dos valores decorrentes das escolhas com outros valores sociais positivados ou reconhecidos no ordenamento jurídico (em princípios ou normas) por meio do debate público; e (3) possibilitam, também, a análise dos efeitos de tais decisões na concretização dos direitos, sejam eles direitos sociais ou individuais.

A análise jurídica é uma das várias possíveis abordagens sobre a política econômica. A própria análise jurídica pode ser objeto da colonização por parte das ciências econômicas. Essa, entretanto, não é a perspectiva adotada pelo presente estudo, que se propõe a possibilitar uma discussão da política econômica em termos de valores positivados pelo ordenamento jurídico.

2.1. POLÍTICA E DIREITO

Para estudar a forma jurídica dos instrumentos de política econômica, faz-se necessário tecer breves linhas sobre a relação entre política e Direito.

A política econômica corresponde, assim, à dimensão política da interferência estatal no funcionamento da economia de mercado, que se instrumentaliza por meio de normas jurídicas.

Tem-se por política essa atividade de intervenção porque ela envolve escolhas, pelo agente estatal, acerca da sua forma de atuação, que abrangem diversos interesses e valores de indivíduos e grupos da sociedade. Sobre a formação da vontade política estatal, HABERMAS (1997a) anota:

Para simplificar as coisas, suponhamos que as questões políticas se colocam inicialmente na forma pragmática de uma escolha valorativa de fins coletivos e de uma consideração pragmática de estratégias que o legislador político deseja votar. (HABERMAS, 1997a, p. 206)

Para os propósitos da discussão em comento, esse esquema simplificado é muito interessante para a compreensão da política econômica. Assim, prossegue HABERMAS:

Iniciamos nosso modelo processual com a fundamentação pragmática de programas gerais, que ficam na dependência de uma aplicação e de uma execução. A fundamentação depende, em primeira linha, de uma interpretação correta da situação e da descrição adequada do problema que se tem pela frente, da afluência de informações relevantes e confiáveis, da elaboração correta dessas informações, etc. Nesse primeiro estágio da formação da opinião e da vontade, torna-se necessário um saber especializado, que é naturalmente falível e raras vezes neutro do ponto de vista valorativo, sendo, portanto, controverso. Nas próprias avaliações políticas de perícias e contraperícias, entram em jogo pontos de vista que dependem de preferências. Nessas preferências, expressam-se situações de interesses e orientações axiológicas, as quais, num *segundo estágio*, entram em concorrência aberta entre si; aí deve ser tomada uma decisão, na base de alternativas de ação, prognoses e descrições consensuais, entre diferentes propostas para superação do problema que se apresenta. (HABERMAS, 1997a, p.206)

Das palavras do autor depreende-se que a formação dos programas estatais depende de conhecimentos especializados que não são neutros, dependem de diferentes pontos de vista e, portanto, devem ser objeto de efetiva discussão nos espaços públicos da sociedade para que se possa atingir um consenso. É esse consenso que irá conferir legitimidade às decisões políticas do Estado, que deverão refletir a formação política autônoma da vontade.

A descrição amolda-se perfeitamente ao contexto anteriormente apresentado sobre a formação da política econômica, que parte do conhecimento especializado da economia, que, por sua vez, não é neutro.

As normas jurídicas, ao mesmo tempo, instituem procedimentos que regulam a formação política autônoma da vontade (e, assim, transforma o poder comunicativo em poder administrativo) e são instrumentos dos programas legitimamente criados para realizar os objetivos coletivos.

Essa atividade política, nos Estados Democráticos de Direito, é regulada pelas Constituições, a fim de que as normas jurídicas daí resultantes sejam legítimas. O Direito, portanto, na concepção de HABERMAS (1997a), o Direito empresta forma jurídica ao poder político e, assim, “funciona como meio de organização do poder do Estado” (HABERMAS,

1997a, p. 182). O Direito em si, enquanto conjunto de normas obrigatórias, serve para a organização de qualquer tipo de Estado. Para que o exercício desse poder seja legítimo (e permaneça se legitimando constantemente), além de estar constituído conforme o direito, ele precisa estar apoiado no poder comunicativo normatizador dos cidadãos (exercício da autonomia política, formação discursiva de uma verdade comum), que lançam mão do uso público das liberdades comunicativas para a formação racional da opinião e da vontade: “o fluxo livre de temas e contribuições, informações e argumentos deve fundamentar a suposição de racionalidade para resultados obtidos conforme o procedimento correto” (HABERMAS, 1997a, p. 186).

A legitimidade das normas não decorre do simples fato de que a sua elaboração tenha observado os procedimentos legalmente instituídos, é imprescindível que esses procedimentos permitam um constante questionamento sobre as normas impostas à sociedade. Daí a centralidade, no pensamento de HABERMAS, do agir comunicativo¹⁷ para a formação autônoma (e legítima) da política, que culminará em normas.

O Estado de Direito só se concretiza na medida em que se concretizam direitos fundamentais que atendam à exigência de legitimidade de um assentimento geral. Dentre esses direitos, são imprescindíveis aqueles que “resultam da configuração autônoma do direito para uma participação, em igualdade de condições, na legislação política” (HABERMAS, 2003-a, p. 196) e a participação se dá por meio dos processos comunicativos considerados na elaboração das leis. A essência do Estado de Direito é, portanto:

A organização do Estado de direito deve servir, em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constituiu, com o auxílio de um sistema de direitos, como uma associação de membros

¹⁷ Nesse sentido, a síntese de BENVINDO: “A razão comunicativa defendida por HABERMAS apresenta-se a partir de uma constante tensão entre os planos de validação do discurso e sua compreensão em concreto. É ela que articula o agir orientado ao entendimento; é ela que torna possível serem justificáveis as pretensões de validade em sua inserção contextual. Por isso, a razão comunicativa é, por excelência, voltada para a *ação* e, não, para o simples *esclarecimento* da tradição lingüisticamente mediada.” (BENVINDO, 2005, p. 181) A compreensão da sociedade com base na filosofia da linguagem tem aplicação para o presente estudo que, sem a pretensão da novidade, tem a intenção de questionar os pressupostos de um instrumento de política econômica, apenas contribuindo para um debate sobre o tema da perspectiva do Direito.

livres e iguais do direito. As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política dos cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos (HABERMAS, 1997, a, p. 220)

É bem verdade que a qualidade racional da legislação política depende do nível de participação e escolaridade, do grau de informação e de nitidez de articulação polêmicas (HABERMAS, 2003-a, p. 220), o que é deveras reduzido em várias realidades sócio-culturais no mundo, principalmente em países mais pobres. Essa debilidade, entretanto, não diminui a importância das esferas públicas políticas existentes.

Considerando o estado constitucional como ordem legítima, que possibilita a existência de uma legislação também legítima (com processos legítimos de criação do direito) e tomando a legitimidade em um sentido não empirista¹⁸, HABERMAS supõe a possibilidade de um acordo mútuo não violento com relação às questões políticas que surgem no decorrer da existência do Estado de direito criado também a partir de uma confluência de vontades.

De acordo com a teoria do discurso, o sucesso da política deliberativa depende da institucionalização dos procedimentos e condições de comunicação correspondentes, bem como da correlação dos processos deliberativos institucionalizados com a opinião pública informalmente desenvolvida (HABERMAS, 1999, p. 208).

Há que se observar, portanto, a necessidade do que HABERMAS chama de institucionalização jurídica, que confere aos discursos políticos as qualidades formais do direito. Acrescenta, ainda, o Autor:

é qualidade específica do direito poder *coagir* de maneira legítima. Graças a essa peculiaridade e pelas vias de sua institucionalização jurídica, é que se podem introduzir coerções decisórias nos processos de aconselhamento democrático (as quais se demonstram necessárias a partir da perspectiva do observador), sem que com isso se imponham danos à força legitimadora que, segundo a perspectiva de seus participantes, inere aos discursos.” (Habermas, 2004, p. 327)

¹⁸ Em Direito e Democracia, Habermas expõe o pensamento empirista de legitimidade, que, em breves linhas, corresponde à estabilidade de uma crença geral na legitimidade do governo. Dentre as críticas de Habermas, chama atenção a de que, por esse conceito, seriam legítimos também os governos totalitários.

Fundado nos aconselhamentos juridicamente institucionalizados, o processo democrático possibilita a formação de opinião de forma mais espontânea entre os cidadãos e, por fim, combina os resultados desses aconselhamentos com procedimentos decisórios juridicamente obrigatórios. A decisão será, então, correta na medida em que haja fiel observância dos procedimentos juridicamente institucionalizados e daí ter-se-á a justiça procedimental. Esse procedimento, para produzir normas legítimas e não apenas com aparência de legítima, deve possibilitar a discussão de questões éticas e, principalmente morais, voltadas para a realização do que é bom para todos na sociedade.

Esse o caminho para a formulação de normas legítimas. Esse debate público, realizado com a observância dos procedimentos juridicamente estatuídos, é, geralmente, relacionado à criação de normas pelo Legislativo. É bem de ver, entretanto, que a clássica separação de poderes foi mitigada pelo desenvolvimento de órgãos reguladores, situados dentro do Poder Executivo, ocasionando uma profunda mutação na atividade administrativa do Estado: a realização administrativa passou a elaborar o conteúdo teleológico do direito vigente, ao conferir forma de lei a políticas e dirigir a realização administrativa de fins coletivos (HABERMAS, 1997a, p. 232).

O modelo de Estado regulador que, em tese, resolveria apenas questões pragmáticas com base no conhecimento técnico, acabou responsável, em sua atuação, pela solução de problemas que exigem “o escalonamento dos bens coletivos, a escolha entre fins concorrentes e a avaliação normativa de casos particulares” (HABERMAS, 2003 p. 184). As decisões desses problemas, entretanto, estão, constantemente guiadas apenas pelo ponto de vista da eficiência apesar de todo o contexto valorativo em que estão inseridas.

A busca dos fins coletivos pela Administração reguladora, em atenção à essência do Estado democrático de Direito, deve estar subordinada à função própria do direito a fim de possibilitar a interpretação da política como uma forma de realização de direitos. Dessa

maneira, a nova forma de criação de programas estatais também está sujeita ao teste da legitimação por meio da discussão nos espaços públicos e da sua avaliação em termos de direitos.

2.2. POLÍTICA ECONÔMICA

As relações sociais e econômicas desenvolvem-se em um dado ambiente institucional, criado e regulado por um conjunto de normas, daí a imbricação do Direito e da Economia, como explica CASTRO:

Os mercados, em que atuam as empresas comerciais e outros agentes econômicos, não existem no vazio institucional. Ao contrário, resultam de uma densa e complexa teia de regras e estruturas normativas, pública e politicamente instituídas e em um processo de mudança contínua. (CASTRO, 2006, p. 42)

Diante dessa constatação, o Autor apresenta seu conceito de Economia:

rede de contratos voluntários inter cruzados, com temporalidades de cumprimento diferenciadas, e com componentes fortes de *fidúcia política* e de *fidúcia econômica*, relacionando juridicamente indivíduos, grupos sociais e o Estado mediante o concurso dos processos *eleitoral, legislativo, administrativo e judicial*. (CASTRO, 2008)

Em outras palavras, as relações econômicas são compreendidas como relações contratuais. Nessas relações, o homem está envolvido não apenas na condição de agente econômico, mas sujeito de Direito. A incidência de normas jurídicas atrai para essa relação os processos eleitoral, legislativo, administrativo e judicial, na medida em que a elaboração e a aplicação das normas depende de cada um desses processos.

Os instrumentos jurídicos (Constituições e leis em sentido amplo) são utilizados tanto para criar o ambiente institucional em que se desenvolvem as relações econômicas, como para interferir nessas relações.

Segundo CASTRO (2005), a atividade interventiva levada a cabo pelo Estado¹⁹ se pode dar: (1) por meio de intervenção direta, que consiste (1.i) nas atividades referentes aos serviços públicos, empresas públicas ou atividades estruturadas com os contratos administrativos; ou (1.ii) nas regulações das atividades privadas: licenciamentos, vedações e inclusão de cláusulas de interesse público em contratos privados. Todas essas formas de intervenção são tidas por coercitivas, “já que, em tese, pressupõem a possibilidade, em determinadas condições, de apelo ao poder de comando do Estado para a aplicação de sanções coercitivas” (CASTRO, 2006). Ou, ainda, (2) de forma indireta, por meio do controle de fluxos monetários, utilizando-se de mecanismos coercitivos (como é o caso do sistema tributário) ou fiduciário (operações do mercado aberto e financeiro internacional).

Assim, a política econômica pode ser resumida no seguinte quadro:

Quadro 1: instrumentos de política econômica

Intervenção Direta – Coercitiva	Intervenção Indireta	
	Coercitiva	Fiduciária
<ul style="list-style-type: none"> • Utilidades e serviços públicos e empresas do setor público • Regulamentações da atividade privada: licenciamentos, vedações, cláusulas de interesse público incluídas em contratos 	<ul style="list-style-type: none"> • Sistema tributário 	<ul style="list-style-type: none"> • Mercado aberto • Mercado financeiro internacional (câmbio)

Fonte: CASTRO, 2005

Não há falar nas normas emanadas do Estado como as únicas fontes de configuração do ambiente institucional. em que se desenvolvem as atividades econômicas. MONCADA (2003) aponta que, nesses tempos, há uma tendência para o aparecimento de normas jurídicas de origem não estatal, que correspondem à desregulamentação ou desintervenção²⁰.

CANOTILHO traz a lume a crise do centralismo do Estado e da lei como fonte e instrumento reguladores da sociedade e também da economia e reconhece a existência dessas formas de auto-regulação, que apresentam limites ao ideal iluminista de que leis gerais e

¹⁹ A classificação das formas de intervenção na economia é estudada por vários autores de Direito Econômico, como por exemplo, MONCADA (2003), NUSDEO (2005) AGUILLAR (2006), dentre outros. A adoção dessa classificação é a mais adequada para o desenvolvimento da análise jurídica do II Acordo da Basiléia.

²⁰ Isso porque existem organismos privados que criam normas de disciplina a atividade econômica, tais como a Organização Internacional para Padronização (*International Organization for Standardization*)- ISSO, que é uma organização não-governamental e cria padrões internacionais aplicáveis ao comércio (www.iso.org).

abstratas, editadas pelo Estado, poderiam regular todos os aspectos da vida social. Ao final, entretanto, lembra que “as alternativas "extrajurídicas" ou "extralegais" não substituem, por enquanto, a função formal e material das regulações normativas dos poderes públicos legítimos” (CANOTILHO, 1993, p. 17).

O foco, para o presente estudo, são os instrumentos de intervenção no mercado bancário formulados pelos órgãos reguladores que não o Parlamento. Isso porque o modelo tradicional da atividade política do Estado, positivada nas constituições e fundada no princípio da separação dos poderes sofreu profundas modificações. No que tange à elaboração das normas, no século XXI, ressurta evidente a intensa atuação do Poder Executivo. Nesse sentido, a síntese de MOTTA:

Há um ingrediente de essencial importância na análise do Estado contemporâneo: o protagonismo do Executivo na produção de normas, sobretudo na edição da lei. Com efeito, não é mais possível afirmar que o processo legislativo é conduzido com independência e exclusividade pelo Legislativo. O Executivo, antes subordinado às diretrizes emanadas do Legislativo, atualmente comanda os processos jurídico-formais de decisão, interferindo decisivamente nas competências tradicionalmente asseguradas ao Legislativo, por diversas maneiras: a) determinando os rumos pelos quais serão conduzidas as políticas interna e externa do Estado (inclusive, neste último caso, participando de rodadas de negociação que, posteriormente, resultarão em atos normativos comunitários ou internacionais); b) utilizando-se de mecanismos constitucionais que lhe atribuam competência para edição de atos normativos primários, como medidas provisórias; c) participando ativamente da elaboração de projetos de lei, por intermédio das estruturas administrativas com maior capacidade técnica para a diversidade de matérias tratadas; d) comandando o processo orçamentário, sobretudo por meio da iniciativa das leis orçamentária e controle da sua execução; e) formando grandes blocos partidários (ou mesmo extrapartidários) e assegurando-lhes, efetivamente, o controle de todas as deliberações legislativas. (MOTTA, 2007, p. 48)

Há doutrinadores que consideram não existir uma delegação de poderes por parte do legislativo, mas a adoção legítima de uma política legislativa que permite ao órgão do Executivo preencher o conteúdo de uma norma jurídica legitimamente elaborada. O administrador terá grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador, já que o objetivo das leis assim formuladas é exatamente introduzir uma vagueza que permita o trato de fenômenos sociais muito fugazes para se prestarem ao aprisionamento em uma regra precisa. Nessa moldura é que se insere o conceito de deslegalização, instituto justamente

vinculado à atribuição de poderes normativos a órgãos ou entidades da administração pública, como observa Aragão:

“Não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consiste propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. (ARAGÃO, 2003)

Noutra vertente, a tradicional doutrina do Direito Administrativo brasileiro, em que o modelo de regulação por meio de órgãos especializados e técnicos foi importado, questiona a constitucionalidade da competência normativa conferida ao Executivo²¹.

Ocorre que o exercício de atividade normativa por parte do Poder Executivo transformou-se em um dado de realidade na maioria dos países capitalistas ocidentais. O questionamento que se apresenta é quanto ao caráter técnico e científico dessas decisões, com especial atenção ao objeto do presente estudo, que são as normas de intervenção no mercado bancário, calcadas em um discurso dito neutro da Ciência Econômica. Como já apontado com base no pensamento de HABERMAS anteriormente, uma vez que a Administração passa a definir os objetivos coletivos, ela deve abrir a formação de seus programas ao amplo debate.

2.3. A ANÁLISE JURÍDICA DO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE POLÍTICA ECONÔMICA – PROCEDIMENTO E CONTEÚDO .

PROSSER (1999) apresenta sua concepção sobre os instrumentos de intervenção na economia após analisar, de maneira crítica, as principais teorias sobre regulação na Inglaterra: a primeira, que considera a regulação como um contrato bilateral entre regulador e regulado; a

²¹ À guisa de exemplo, Celso Antônio Bandeira de Melo (MELO, 2004, p. 322) cita trechos de Pontes de Miranda, que afirma serem inconstitucionais os regulamentos que criam direitos ou obrigações novas estranhos à lei. Em seu entendimento, o regulamento produzido pelos órgãos da Administração devem se pautar apenas na lei, emitindo apenas normas técnicas. Por fim, atesta o mestre: “Se à lei fosse dado dispor que o Executivo disciplinaria, por regulamento, tal ou qual liberdade, o ditame assecuratório de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” perderia o caráter de garantia constitucional, pois o administrado seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa ora em virtude de regulamento, ora de lei, ao libito do Legislativo, isto é, conforme o Legislador ordinário entendesse decidir. É obvio, entretanto, que em tal caso, este último estaria se sobrepondo ao constituinte e subvertendo a hierarquia entre Constituição e lei, evento juridicamente inadmissível em regime de Constituição rígida.”

“*stakeholder theory*”, que leva em consideração os interesses envolvidos na atividade de regulação; e a teoria da captura, segundo a qual o órgão regulador não é capaz de atuar segundo o chamado interesse público, pois acaba sendo capturado pelos agentes de mercado, entes regulados.

Após verificar que essas teorias mostraram-se reducionistas, PROSSER propõe (1999) que a regulação²² seja tratada como uma parte da atividade governamental, o que levaria toda a sua atividade a ser analisada à luz da teoria política e constitucional. O autor aponta duas principais vantagens nesse tipo de abordagem: 1) na definição dos direitos substantivos subjacentes à regulação, que podem incluir a eficiência econômica, mas também as questões distributivas; e 2) na identificação dos interesses que devem ser considerados no procedimento de concepção da regulação e no fornecimento de critérios para sopesar esses interesses.

Essa é apenas uma dentre várias abordagens existentes sobre a regulação²³. É adotada como fundamento para a análise do II Acordo da Basileia porque considera e defende o aspecto político da regulação, buscando aproximar-se das teorias políticas constitucionais. Também porque destaca a importância dos direitos a serem garantidos na atividade de intervenção no mercado, ao mesmo tempo em que reconhece a importância da eficiência econômica.

Na esteira do quanto já exposto, a política econômica é implementada por instrumentos jurídicos e, por isso, deve estar em consonância com os demais direitos e

²² A regulação, para PROSSER, significa “public interventions which affect operation of markets through command and control, though one should be aware of the fact that command and control may be delegated through use of ‘self-regulation’” (PROSSER, 1997, p. 4). Esse conceito identifica-se mais com os instrumentos jurídicos de intervenção direta conceituados por CASTRO, portanto, abrange apenas uma parcela da política econômica. Ainda assim, as discussões sobre os fundamentos da regulação são relevantes pois esta representa uma parte importante papel na modelagem dos interesses econômicos.

²³ PROSSER (1999) compara sua concepção de regulação com duas correntes, a que concebe a regulação como um contrato bilateral entre regulador e regulado e a “*stakeholder theory*” (que leva em consideração os interesses envolvidos na atividade de regulação), cuja utilização é afastada pelo Autor por serem reducionistas. Existem outras abordagens à regulação, como a de LEVINE *et all* (2006), que diferencia as teorias fundadas no interesse público e as que defendem um Estado mínimo, dado que o mercado é mais eficiente na regulação.

princípios positivados no ordenamento jurídico. Dessa maneira, de acordo com a abordagem de PROSSER, toda atividade regulatória estaria atrelada a princípios constitucionais. Nos países onde esses princípios estão positivados em um texto, eles deverão ser observados em toda a regulação.

PROSSER (1999) observa que, nos países de *common law*, é mais problemática a aplicação dessa abordagem em razão da inexistência de princípios constitucionais expressos. Daí a necessidade de uma abordagem mais especulativa, em que a regulação é vista como parte de um arcabouço de direitos, o que inclui os direitos sociais e econômicos (PROSSER, 1999, p. 62). Uma vez fundada em direitos, a regulação admite operar com a busca da eficiência econômica em um mercado livre, mas permite também a não-aplicação de políticas fundadas na eficiência, quando determinadas pessoas não ingressam no mercado em condições de igualdade, pois há outros valores a serem resguardados, como a proteção de hipossuficientes. PROSSER (1997) propõe, dessa maneira, um acoplamento das finalidades econômicas da regulação (regulação dos monopólios e promoção da competição) às finalidades da regulação social, cuja racionalidade não é primariamente econômica, está ligada à noção de serviço público e formas de regulação voltadas ao meio-ambiente.

PROSSER (1999) aponta a relevância da abordagem de Habermas para a definição dos direitos que devem servir de base para a atividade de regulação:

To summarise the relevant aspects of some extremely rich (and dense) theorizing, he [Habermas] accepts (for reasons of efficiency as well as of rights) that what is required is a "democratization" of administration that, going beyond special obligations to provide information, would supplement parliamentary and judicial controls from within. This would appear to align him with proceduralism, but he also develops a scheme of rights which are required to institutionalize democratic processes of discourse. These include the traditional negative liberties, due process rights and rights of political participation but also social welfare rights which are necessary for any effective participation; '[b]asic rights to the provision of living conditions that are socially, technologically, and ecologically safeguarded, insofar as the current circumstances make this necessary if citizens are to have equal opportunities to utilize the civil rights'. This concept of rights as presupposed by participations can operate in two ways: on a micro-level as presupposed by democratic and participative procedures adopted by government and regulators, but more importantly on a macro-

level of the rights presupposed by participation in the broader society in which regulation takes place. (PROSSER, 1999, p. 214/215)

É temerário defender que tão-somente o procedimento seria capaz de legitimar democraticamente os atos de regulação, tornando inócuo o controle judicial e a atuação parlamentar, ainda que definidos direitos capazes de garantir a efetiva participação. O procedimento, entretanto, é importante na definição da política econômica de maneira mais democrática. Talvez não seja o caso de suplantiar os métodos tradicionais de definição de direitos positivados, mas de somar-se a eles.

Não se vislumbra o procedimentalismo como a única forma de garantia do efetivo debate público sobre as normas jurídicas, mas as proposições de HABERMAS trazem relevantes contribuições para a análise jurídica da formação das normas de política econômica, campo em que freqüentemente as normas são elaboradas sob o manto da neutralidade da ciência.

O Estado de Direito só se concretiza na medida em que se concretizam direitos fundamentais que atendam à exigência de legitimidade de um assentimento geral. Dentre esses direitos, são imprescindíveis aqueles que “resultam da configuração autônoma do direito para uma participação, em igualdade de condições, na legislação política” (HABERMAS, 2003-a, p. 196) e a participação se dá por meio dos processos comunicativos considerados na elaboração das leis. É bem verdade que a qualidade racional da legislação política depende do nível de participação e escolaridade, do grau de informação e de nitidez de articulação polêmicas (HABERMAS, 2003-a, p. 220), o que é deveras reduzido em várias realidades sócio-culturais no mundo, principalmente em países mais pobres. Essa debilidade, entretanto, não diminui a importância das esferas públicas políticas existentes.

Considerando o Estado constitucional como ordem legítima, que possibilita a existência de uma legislação também legítima (com processos legítimos de criação do direito)

e tomando a legitimidade em um sentido não empirista²⁴, HABERMAS supõe a possibilidade de um acordo mútuo não violento com relação às questões políticas que surgem no decorrer da existência do Estado de Direito criado também a partir de uma confluência de vontades.

De acordo com a teoria do discurso, o sucesso da política deliberativa depende da institucionalização dos procedimentos e condições de comunicação correspondentes, bem como da correlação dos processos deliberativos institucionalizados com a opinião pública informalmente desenvolvida (HABERMAS, 1999, p. 208).

HABERMAS aponta que os cidadãos tomam como ponto de partida para se chegar ao acordo mútuo a Constituição, “que instaura uma rede de processos legitimadores” para atingi-lo e a suposição de racionalidade, que se vincula, ela mesma, a esses processos e instituições. Quando não é possível a exposição de argumentos, para que haja a possibilidade de convencimento das pessoas, o estado democrático de direito perde sua legitimação.

Fundado nos aconselhamentos juridicamente institucionalizados, o processo democrático possibilita a formação de opinião de forma mais espontânea entre os cidadãos e, por fim, combina os resultados desses aconselhamentos com procedimentos decisórios juridicamente obrigatórios. A decisão correta antes mencionada depende da fiel observância dos procedimentos juridicamente institucionalizados e daí ter-se-á a justiça procedimental. Esse procedimento, para produzir normas legítimas e não apenas com aparência de legítima, deve possibilitar a discussão de questões éticas e, principalmente morais, voltadas para a realização do que é bom para todos na sociedade.

Assim, “os procedimentos do direito devem cuidar de que ocorra a instituição vinculativa de processos de aconselhamento discursivos e de processos decisórios justos e honestos” (HABERMAS, 2004, p. 341). Sendo que procedimentos justos e honestos para

²⁴ HABERMAS (2003) expõe o pensamento empirista de legitimidade, que, em breves linhas, corresponde à estabilidade de uma crença geral na legitimidade do governo. Dentre as críticas de Habermas, chama atenção a de que, por esse conceito, seriam legítimos também os governos totalitários.

firmar acertos são os procedimentos discursivamente fundados e cabe a eles o encargo da legitimação. Sobre essa *práxis* acrescenta o Autor:

A institucionalização (de uma rede) de discursos (e negociações) tem de se orientar em primeira linha de acordo com o objetivo de cumprir da maneira mais ampla possível os pressupostos pragmáticos comuns de argumentos em geral (acesso universal, participação sobre igualdade de direitos e igualdade de chances para todas as contribuições, orientação dos participantes em direção ao entendimento mútuo e incoerção estrutural). **A instituição dos discursos**, portanto, **deve assegurar tanto quanto possível**, sob as restrições temporais, sociais e objetivas dos respectivos processos decisórios, **o livre trânsito de sugestões, temas e contribuições, informações e razões, de maneira que possa entrar em ação a força racionalmente motivadora do melhor argumento** (da contribuição convincente do tema relevante). (HABERMAS, 2004, p. 341) (destaque daqui)

É nesse sentido que cada vez mais se tem desenvolvido procedimentos de formação de políticas públicas — que conferem um norte à intervenção estatal na economia — com a participação dos destinatários das normas, como observa ARNAUD (1999). Esse processo é, ainda, incipiente. É extremamente difícil definir quais são as formas de abertura da elaboração das políticas à sociedade civil que possibilitam uma efetiva participação²⁵. MONCADA (2003) define essa forma de regulação como “concertação econômica”, cujo principal fundamento é prever formas de consenso e de dissuasão, que consiste em

um processo, institucionalizado ou não, de definição (e/ou execução) de orientações de medidas de política econômica e social mediante a negociação entre o Estado (nos diversos níveis) e os representantes dos interesses afetados pelas medidas de regulação (MONCADA, 2003, p. 203)

A teoria da ação comunicativa é muito mais densa do que podem sugerir as breves linhas acima escritas, parte de pressupostos intensamente discutidos no âmbito da filosofia política²⁶, mas o dado objetivo é que não existe teoria definitiva nem absoluta, ainda mais no campo dinâmico das ciências sociais. Assim, das teorias existentes, deve-se apreender as

²⁵ Existem alguns exemplos brasileiros: a Diretoria da Agência Nacional de Energia Elétrica, que define os rumos da política energética, é obrigatoriamente pública e transmitida via Internet; as metas e instrumentos necessários à implementação dos direitos da pessoa idosa são discutidos em conselhos municipais e estaduais, compostos pela sociedade civil, cujos representantes, posteriormente, são ouvidos pelo governo federal; a lei de concessões de serviços públicos (lei 8987/95) prevê a fiscalização das concessões e permissões pelos usuários (AGUILLAR, 1999). A Política Nacional do Idoso, por sua vez, foi concebida com a participação dos Conselhos do Idoso de todos os estados da federação (MENDONÇA, 2005)

²⁶ Para críticas e discussões sobre o tema, ver McCARTHY, Thomas. The critical Theory of Jürgen Habermas. Cambridge, Massachusetts and London: The MIT Press, 1985.

lições úteis aos propósitos da análise jurídica aqui proposta. Quanto à legitimidade das normas jurídicas, as lições de Habermas têm relevante contribuição, pois apresentam um procedimentalismo que vai além do conceito restrito do *rule of law*²⁷ ao expor a necessidade da efetiva participação da sociedade – essa a essência que deve ser absorvida na análise jurídica da política econômica.

É necessário observar, por fim, que, ao expor sua abordagem, PROSSER (1999) toma como exemplo principalmente os serviços de telecomunicações e define como outros direitos a serem observados na atividade de regulação a universalização desses serviços, considerados utilidades públicas de infra-estrutura. Há, aí, um reducionismo muito comum na doutrina sobre regulação, que é considerar o cidadão-regulado como mero consumidor de serviços públicos. Não obstante, se ampliada a concepção dos direitos a serem protegidos e cotejados com a eficiência econômica na atividade interventiva, a matriz de seu raciocínio pode ser muito útil, na medida em que acopla aos objetivos meramente econômicos da atividade burocrática interventiva os demais direitos e princípios positivados no ordenamento jurídico.

Para CASTRO (2005), o núcleo dos direitos econômicos, sociais e culturais que merece proteção do ordenamento jurídico e consideração na aplicação da política econômica exsurge de práticas sociais não institucionalizadas, que formam o substrato social da economia. CASTRO (2005) explica que, nas relações sociais, os indivíduos, por suas noções de honra, dignidade, respeito, família, etc, conferem uma especial consideração a bens ou pessoas, o que não é facilmente traduzido em termos monetários. Assim, prossegue o Autor:

as práticas sociais sobre as quais incide a consideração especial são submetidas a um regime jurídico de inserção diferenciada no sistema de contratos e passam a constituir o *substrato social* da economia, que não é fixo, nem imutável, mas reflete as escolhas mais privadas dos indivíduos. No âmbito de tal substrato, constroem-se as redes de lealdade – a pessoas, lugares, memórias e objetos com valor simbólico, afetivo ou cultural, além

²⁷ ROSENFELD, ao analisar o Estado de Direito nas democracias constitucionais alemã, francesa e americana apresenta os requisitos mínimos da *rule of law*, quais sejam: (i) o Estado somente poderá impor normas aos cidadãos desde que publicamente promulgadas; (ii) a função legislativa deve estar separada da adjudicação; e (iii) ninguém estará acima da lei. Complementa, ainda, que essas características têm o condão de limitar os poderes do governo, garantir aderência ao *rule of law* e a proteção dos direitos fundamentais.

de estratégias e processos de formação de conhecimentos e crenças – que existem como suporte necessário às redes de contratos constitutivos da economia. (CASTRO, 2005, p. 12)

Desenvolve-se uma negação subjetiva da orientação para a troca desses bens, em decorrência dos processos sociais de cooperação, de interação lingüística (criadas na família, amizade, vida comunitária, associações profissionais, etc), geralmente não-institucionalizados. A identificação desses bens não é fixa e depende dos processos de interação e cabe ao jurista, em cada caso concreto, analisar a presença desse elemento.

Para além do procedimentalismo, que também é importante, deve-se atentar para a garantia dos direitos de cada cidadão envolvido em uma relação econômica. Esse cidadão deve ter o direito de participar da elaboração das políticas que o afetam diretamente, mas, principalmente, de ver seus direitos resguardados quando se relaciona economicamente.

Em suma, assim como as demais atividades políticas nos Estados Democráticos de Direito, a elaboração da política econômica deve ser formulada em atenção aos limites formais e materiais juridicamente definidos.

A mera observância dos procedimentos, como proposto no Estado liberal, não garante, por si só, a produção de normas legítimas. Na medida em que o procedimento abarca a efetiva participação da sociedade, ela tem maior chance de promover uma política legítima.

A abertura da elaboração das políticas ao efetivo debate, entretanto, não pode estar restrita à atividade legiferante do Parlamento. Principalmente no campo econômico, muitas normas são elaboradas pelo Poder Executivo, pela burocracia estatal, que também devem observar a abertura de seu processo de tomada de decisão a toda a sociedade interessada ou, ainda, ser transferidas ao Parlamento, dependendo de sua abrangência e relevância para economia e / ou para a concretização dos direitos.

A atividade interventiva deve estar voltada não apenas à eficiência econômica, mas também à observância de direitos positivados no ordenamento jurídico e também daqueles

oriundos de práticas sociais não-institucionalizadas. Assim, no debate sobre a política econômica, deve-se sopesar a garantia de determinados direitos.

Nos países em que existem constituições formais, a identificação desses direitos é mais fácil. Nos países de *common law*, a identificação desses direitos pode partir, uma vez mais, do debate público e/ou da observância das normas de Direito Internacional que ensejam mudanças nos ordenamentos jurídicos²⁸. Frise-se que a discussão na esfera pública depende da efetiva participação e, para que essa participação efetivamente exista, é necessário garantir não apenas as liberdades individuais frente ao Estado, mas também garantias materiais aos cidadãos, que decorrem da concretização dos direitos sociais.

Os procedimentos que garantem a efetiva participação dos cidadãos devem também ser adotados nos países que têm um rol de direitos a serem concretizados na elaboração da política econômica.

²⁸ PROSSER (1999) inclui as obrigações internacionais de que o Estado é parte como fonte de identificação dos direitos que fazem parte dos fundamentos da regulação e que devem servir de base para a regulação.

3. O HISTÓRICO DO SISTEMA FINANCEIRO E A ANÁLISE JURÍDICA DA POLÍTICA ECONÔMICA

O presente capítulo pretende apresentar algumas premissas para a análise jurídica da intervenção no sistema financeiro, em especial, o sistema bancário, a fim de delinear o contexto que deu origem à atual conformação desse mercado em âmbito mundial, já as características inerentes a esse momento histórico deram ensejo à formulação do II Acordo da Basileia.

Ao longo dos séculos XIX, XX e XXI, a integração entre os mercados financeiros foi crescente. A começar pelo padrão ouro até a atual configuração, caracterizada por intensa integração entre os mercados.

O processo de integração dos mercados não deve ser compreendido com um caminho natural percorrido pelas economias globais. É, isso sim, resultado da implementação de escolhas políticas feitas em cada país e também no plano internacional e aplicadas em cada uma das nações.

A integração dos mercados financeiros, muito discutida principalmente com relação aos seus efeitos em todas as economias do globo, não é uma novidade do final do século XX, já era uma realidade no final do século XIX. O relato do histórico dos regimes monetários internacionais mostra o caminho percorrido até que se chegasse à atual dinâmica financeira, em que foi formulado o II Acordo da Basileia, objeto do presente estudo.

3.1. PADRÃO OURO

Preambularmente, faz-se necessário o registro de que a integração entre os mercados financeiros dos países capitalistas da Europa e da América teve início ainda no século XIX, no período em que vigorou o regime monetário do padrão ouro.

Nesse período, já existia intensa integração do sistema monetário, na medida em que os grandes grupos bancários já atuavam não apenas em seu país e em negócios com o Estado onde tinham sede (POLANYI, 2000).

Havia já o nítido interesse nas transações com outros Estados, indústrias de outras localidades, em especial, na concessão de créditos a sociedades estrangeiras públicas e privadas. O fluxo de bens, capitais e mão-de-obra era intenso e comparável ao atual estágio de integração de mercados²⁹ (BORDO, 2003). Sobre o processo de integração entre os mercados de bens, serviços e financeiro, explica GERMER:

Nos países europeus ocidentais, a produção capitalista e o sistema bancário desenvolveram-se paralelamente, dando origem, gradualmente, à constituição dos sistemas de crédito nacionais, que permitiram o desenvolvimento de instrumentos de circulação e pagamento expressos em dinheiro (ouro), mas baseados no crédito – o dinheiro de crédito. A intensificação do intercâmbio comercial internacional, a partir desta base, conduziu, progressivamente, ao estabelecimento de vínculos creditícios de regularidade e funcionalidade crescentes entre países. A partir do momento em que o dinheiro (=ouro) se tornou dinheiro mundial, a intensificação dos vínculos comerciais internacionais deu origem a um processo progressivo de constituição do sistema de crédito na esfera internacional e dos correspondentes meios de circulação e pagamento na forma de títulos de crédito de curso internacional, culminando com a emergência de formas de dinheiro de crédito mundial. (GERMER, 2000, p. 160)

Destarte, as relações comerciais celebradas entre dois países acarretavam também a cooperação monetária, na medida em que uma obrigação contraída em um lugar era adimplida em outro, por meio de uma rede bancária interligada. Daí uma das formas de fluxo de capitais, que também ocorria por meio de investimentos em títulos e moedas emitidas em países de

²⁹ Existe dissenso na doutrina sobre a existência de um sistema financeiro internacional antes dos anos 60. GILPIN (2005) entende que apenas a partir da redução e remoção dos controles estatais é que se formou o sistema financeiro. Essa posição, entretanto, não parece adequada, pois, mesmo existindo controles, os fluxos monetários existiram desde a época do padrão ouro, até porque esses fluxos são inerentes ao funcionamento do comércio, já internacionalmente intenso muitos séculos antes.

economias mais fortes ou de economias que possibilitassem alguma forma de arbitragem e, portanto, de lucros.

Como todos os regimes monetários internacionais, o padrão ouro não contava apenas com pilares econômicos para a sua sustentação. Para POLANYI (2000), a civilização ocidental do século XIX estava fundada em quatro pilares: o sistema de equilíbrio entre as grandes potências, liderado pela hegemonia inglesa³⁰; o padrão ouro internacional; o mercado auto-regulado; e o Estado liberal, sendo que o padrão-ouro mostrou-se crucial³¹ para o funcionamento do regime.

Com relação ao arcabouço legal do padrão ouro, LOWENFELD (2003) ressalta que não houve norma de direito internacional que fizesse com que os países adotassem esse padrão. Foi uma decisão tomada em cadeia por vários países sem a interferência direta do Direito Internacional. Os instrumentos jurídicos tiveram importância, entretanto, no âmbito interno. DAM (1983) aponta a relevância das legislações domésticas para a consolidação do padrão ouro. Na Inglaterra, o fundamento legal do padrão ouro foram o *Peel's Act*, de 1819, sua emenda de 1821 e o *Bank Charter Act de 1944*. No caso norte-americano, o país aderiu ao regime em 1879, mas continuou em circulação a prata. Apenas com o *Gold Standard Act* de 1900 o ouro foi declarado oficialmente como unidade padrão (DAM, 1983).

Já é possível identificar, desde esse tempo, uma intensa cooperação internacional entre os países centrais para a manutenção do regime monetário. Era uma cooperação informal,

³⁰ Muitos países faziam reservas não apenas em ouro, mas também em moedas e títulos públicos estrangeiros, principalmente, ingleses, em razão da hegemonia desse país na manutenção do padrão ouro (EICHENGREEN, 1996).

³¹ POLANYI (2000) entende que a fonte e a matriz desse sistema estavam na tentativa de se manter um mercado auto-regulado e que daí decorriam os demais pilares. Tentativa porque, para esse autor, a idéia de um mercado auto-regulado é uma utopia, dado que sua existência de forma duradoura é incompatível com a substância humana e natural da sociedade. Por esse motivo, a sociedade criou mecanismos para proteger-se, mas tais medidas eram obstáculos ao mercado auto-regulador, que desorganizavam a vida social e expunham a sociedade a novos riscos. Diante desse dilema, o sistema de mercado desenvolveu-se e rompeu com a organização social em que estava fundado, dando origem a uma das maiores crises da história.

feita de forma direta entre países e instituições financeiras, dado que não havia um organismo internacional central responsável pela coordenação e os ajustes necessários ao sistema³².

Essa cooperação é vista por POLANYI (2000) como elemento fulcral à manutenção do regime. A *haute finance*³³ revela a natureza do sistema bancário internacional, qual seja, a de uma instituição *sui generis*, peculiar à última terça parte do século XIX e à primeira terça parte do século XX, que foi o principal elo entre as organizações políticas e econômicas do mundo nesse período, consistente em um concerto informal (e, portanto, sem elaboração jurídica relevante) entre os principais banqueiros e bancos centrais para a manutenção do padrão ouro.

A integração entre os países por meio desse concerto informal só foi possível em decorrência do amadurecimento dos mercados financeiros internos, em torno da figura dos bancos centrais. GERMER (1999) explica que primeiro surgiram os sistemas bancários nacionais³⁴, que foram posteriormente integrados na figura central de um banco central inicialmente de caráter privado, como órgão de coordenação e regulação, nos países capitalistas desenvolvidos; posteriormente, surgiu o padrão ouro³⁵. Os bancos centrais foram

³² A integração entre os Estados e os principais agentes econômicos financeiros, de maneira informal, funcionou também como um mecanismo de freios aos gastos estatais, e, por conseguinte, da realização de reformas de cunho social (CASTRO, 2006).

³³ POLANYI (2000) é radical ao afirmar que os banqueiros organizaram todas essas guerras menores e eram também responsáveis pela manutenção da paz. Nesse ponto, transparece uma visão reducionista da história, em que apenas os interesses econômicos de um único grupo, o financeiro, seria o motor desses acontecimentos. Há, é claro, uma grande influência no desenrolar da História, mas não se pode deixar de lado a importância dos demais grupos econômicos, da própria política, da cultura.

³⁴ GERMER explica que os conceitos atuais sobre sistema monetário internacional, em sua maioria, tomam por base a corrente de Hume, que não considera o fenômeno creditício. Marx, por sua vez, diferencia o dinheiro (ouro) do dinheiro crédito, uma vez que a circulação no sistema capitalista se dá pelo crédito em nome do dinheiro (ouro).

³⁵ Nas palavras de GERMER: “A atenção concentra-se, portanto, inicialmente no desenvolvimento dos sistemas bancários nacionais até a sua integração através da criação do banco central. Esta hipótese implica dois pressupostos: o primeiro é que, tal como nos sistemas nacionais, no âmbito internacional a formação de um sistema monetário integrado requer que a função de dinheiro seja unificada em uma só mercadoria monetária (o ouro), que se converte em equivalente geral e medida de valor comum a todo o sistema; o segundo, que o desenvolvimento de um sistema bancário integrado, ao nível internacional, implica a gradual substituição do dinheiro (=ouro), na função de meio circulante (mas não de medida de valor e base do padrão de preços), por dinheiro de crédito, constituído pelos padrões monetários conversíveis dos países líderes do sistema.

No sistema ouro-câmbio os países comuns utilizam como meio de reserva e de pagamento internacional, ao lado do ouro, títulos denominados no padrão monetário dos países que funcionam como centros de emissão - ou centros-ouro. Este sistema requer a existência de uma estrutura de tipo bancário, ao nível internacional, para a

instituições essenciais para a organização do sistema financeiro e para a integração entre as finanças públicas e o funcionamento de toda a economia, com as políticas fiscal e monetária e a interferência na definição das taxas de juros do mercado com a emissão de títulos públicos (GOODHART, 1991).

Outro importante fator econômico desse regime era a sua estabilidade e a confiança dos agentes do mercado na manutenção das taxas de câmbio estáveis, o que foi possível não pelo fato de ser um sistema dito auto-ajustável. Houve uma conjunção de fatores favoráveis, tais como a abertura dos mercados, o crescimento do comércio, o isolamento das autoridades monetárias (que permitiu o compromisso com a conversibilidade em ouro). Esse isolamento, por sua vez, está diretamente relacionado ao modelo estatal então vigente, que possibilitava aos governos, simultaneamente, não interferir nos fluxos monetários e definir como prioridade máxima de suas políticas econômicas a manutenção do padrão ouro.

O modelo constitucional dos países centrais do ocidente capitalista, como ensina CASTRO (2006), era o da democracia liberal clássica, censitária, em que não eram reconhecidos direitos sociais e coletivos. Em um Estado, de certa forma, blindado contra pressões sociais, em que não havia um canal institucional contínuo e eficiente de manifestação do interesse popular junto ao poder, foi possível adotar todas as medidas necessárias ao funcionamento do padrão ouro, ainda que tais medidas fossem no sentido da retração econômica, com a conseqüente diminuição dos salários.

Com a transformação no cenário econômico e político de cada país e mundial, o padrão ouro começou a enfrentar dificuldades. Essas mudanças afetam toda a estrutura da *haute finance* e lançam as bases para a I Guerra Mundial.

As mudanças políticas, que tiveram reflexos diretos no ordenamento jurídico, também colaboraram para a inconstância nas expectativas de mercado: ampliação do sufrágio e o

realização das operações correspondentes àquelas funções, o que justifica a analogia do sistema monetário internacional com os sistemas bancários nacionais.” (GERMER, 1999, p. 2)

aparecimento dos partidos operários criaram condições para a contestação da postura das autoridades monetárias que tinham a manutenção do padrão ouro como um objetivo central da política econômica.

A essa altura da história dos países europeus, o constitucionalismo e a garantia dos direitos estavam em mutação. O constitucionalismo burguês, fundado nas doutrinas jusnaturalistas e inaugurado com as Revoluções burguesas do século XVIII, entrou em colapso, uma vez que “seus esquemas de Estado jurídico puro se evidenciaram inócuos, e de logicismo exageradamente abstrato, em face de realidades sociais imprevistas e amargas, que rompiam os contornos de seu lineamento tradicional” (BONAVIDES, 2001, p. 43).

Surgiram, então, novos objetivos para o Estado em sua atuação, tais como o pleno emprego, condições dignas de trabalho e o desenvolvimento. A partir daí, a credibilidade em relação à capacidade política dos governos para manter o padrão ouro desaparece e, com ela, a estabilidade que era fundamental ao sistema (QUINTAS, 2005)³⁶.

O equilíbrio entre as potências mundiais deixa de existir com o acirramento das disputas imperialistas européias. A Guerra também impõe vultosos gastos aos Estados, que, em vários momentos, precisam operar de maneira deficitária.

Sem os seus pilares, o regime do padrão ouro se esvai.

³⁶ A pressão por reformas de cunho social afetou o dogma da separação e harmonia dos poderes, calcado na supremacia do Parlamento, o que reforçava ainda mais a crise de credibilidade nas ações estatais em prol do padrão ouro. CASTRO (2006) explica que governos de esquerda prometiam reformas que ampliariam os direitos sociais, em detrimento da propriedade individual absoluta. Esse tipo de promessa ecoava dentre os eleitores, que levavam os defensores de reformas sociais aos cargos do Poder Executivo. Daí surgia um conflito entre as políticas do Executivo e do Parlamento. A justificativa das reformas populares foi também utilizada para o fortalecimento do Poder Executivo, expresso na relevância galgada pelo Direito Administrativo na França, na Alemanha e, com um pouco mais de resistência, na Inglaterra. Esse poder era exercido na forma de comissões administrativas e “boards”.

3.2. PERÍODO ENTRE-GUERRAS

A quebra do padrão ouro foi o elo entre a desintegração da economia mundial e a transformação da civilização nos anos 30 do século XX. A I Grande Guerra decorreu das tensões políticas nascidas ainda no século XIX. A suposta paz selada após a Guerra era frágil e, nos termos em que formulada, não resolveu as questões que deram causa à I Guerra e, inevitavelmente, viria a segunda. Assim, o período entre guerras foi extremamente conturbado, em razão da impossibilidade de se manter um sistema de poder equilibrado com o desarmamento unilateral das potências perdedoras e de restaurar a estabilidade financeira que existira no auge do padrão ouro.

Além de ser castigado pela instabilidade, o período entre guerras foi marcado pela intensa arbitragem entre os mercados mundiais. A tentativa de restabelecer o padrão ouro fracassou e foi importante para a demonstração do pensamento de EICHENGREEN (1996) de que esse modelo sustentou-se e funcionou bem também em razão das circunstâncias sociais e políticas da época. O Autor aponta alguns dos fatores preponderantes nessa mudança de cenário: o sindicalismo; a burocratização dos mercados de trabalho; a rigidez dos salários (que já não reagem com tanta rapidez às instabilidades); o declínio econômico da Inglaterra; a queda da atividade econômica de 1929; e transformação dos fluxos de capitais em verdadeiras fugas causadoras de instabilidade (durante o padrão ouro, esses capitais fluíam em direções estabilizadoras, na crença no funcionamento do sistema); e a ascensão dos EUA, que causou uma mudança no perfil monetário dos países, atrelando parte importante das dívidas ao dólar.

Logo após a I Guerra, apesar da mudança no quadro político e social da Europa, os governos haviam decidido pelo retorno ao padrão ouro. A restauração da mesma taxa de câmbio pré-guerra só era imaginável para a Inglaterra. A França e a Alemanha, por exemplo,

inicialmente, restabeleceram um câmbio fixo desvalorizado em relação ao período anterior (EICHENGREEN, 1996).

Em 1928, o *Federal Reserve Board* (FED) americano chegou a declarar que a reconstrução do sistema monetário vigente antes da Guerra havia sido praticamente concluída (DAM, 1983). O mundo, entretanto, era outro: muitos países conseguiam manter a estabilidade por meio da obtenção de empréstimos junto aos Estados Unidos. A expansão da economia mundial, o vertiginoso crescimento americano e a reconstrução da Europa possibilitaram a breve crença na restauração do padrão ouro. A crise de 1929 mudou bastante essa realidade.

A queda no capital de exportação dos Estados Unidos e o crescimento das reservas francesas de ouro e a conversibilidade do franco geraram uma pressão muito grande na moeda inglesa (DAM, 1983). Desde a restauração do padrão ouro, a Inglaterra sofreu grandes dificuldades para manter a taxa de câmbio supervalorizada e, com as bruscas mudanças no cenário internacional, a manutenção do padrão ouro nos moldes em que formulados tornou-se impossível. Em 1931, a Inglaterra abandonou o padrão ouro e o sistema entrou em declínio.

O período entre guerras foi marcado por mudanças políticas econômicas interligadas relevantes para a compreensão do presente objeto de estudo. A primeira delas foi a crescente tensão entre os objetivos de política econômica: a nova realidade social trouxe novos desafios e incumbências para o Estado.

Uma vez mais, a evolução do sistema jurídico teve influência na conformação da dinâmica econômica de cada país e, por conseguinte, mundial. Nesse período, o Estado esteve mais suscetível às pressões sociais, cujos movimentos representativos ganharam força nas últimas décadas do século XIX e nas primeiras do século XX. A ampliação dos canais de pressão social somada ao surgimento de um sistema tipicamente instável, fundado na arbitragem de mercados e na especulação ocasionou um processo de desinstitucionalização e

desorganização da economia, causadoras de um desemprego em massa, como ensina CASTRO (2006).

Após a Guerra, os governos evoluíram para assumir papel preponderante na reconstrução não apenas econômica, mas também social, de seus países.

CASTRO (2006) aponta que, em certos países europeus, a solução institucional para o cenário de instabilidade econômica e política foi o totalitarismo, nazi-fascista ou socialista; e que, nas democracias, permanecia a dificuldade de harmonizar a institucionalização de práticas econômicas de modo pleno com o combate ao desemprego em massa, o que foi, de certa forma, resolvido com a implementação, por muitos Estados, do modelo econômico proposto por Keynes, que admitia a necessidade da ostensiva interferência do Estado mediante políticas fiscais e monetárias para regular os mecanismos de mercado.

Durante alguns anos, reinou certa competição monetária entre os países por meio da desvalorização, que, na verdade, representava uma forma de promover a competitividade comercial. Parte dessa competição, de certa forma predatória, foi suavizada com o Acordo Tripartite, formulado entre Estados Unidos, França e Inglaterra, por meio do qual a França comprometeu-se a limitar a desvalorização de sua moeda em troca do compromisso dos demais signatários em responder uma desvalorização com outra (EICHENGREEN, 1996).

Quadra o registro de que o BIS (*Bank for International Settlements*), cujo papel é fundamental para o futuro surgimento do Comitê da Basileia, foi criado no ano de 1930. A princípio, era instituição financeira internacional responsável pela arrecadação, administração e distribuição dos recursos oriundos das indenizações pagas pela Alemanha, por imposição do Tratado de Versalhes (www.bis.org). É nos anos 30 que a administração feita pelo BIS sobre o pagamento das indenizações devidas pela Alemanha começa a ganhar projeção e esse organismo se torna um fórum de cooperação de bancos centrais. DAM (1983) ressalta que a

cooperação entre os bancos centrais surgiu de uma maneira muito mais prática e pessoal do que legal e formal.

3.3. O SISTEMA DE BRETTON WOODS

Após esse período de grande instabilidade que caracterizou os anos entre guerras, os países, então, buscaram criar uma estrutura institucional que garantisse alguma estabilidade para a dinâmica dos mercados internacionais e prevenisse a competição em desvalorizações de moedas dos anos 30.

Enquanto o padrão ouro foi um regime internacional marcado por leis domésticas que o sustentavam, no período que se iniciou com a celebração de Bretton Woods, o arranjo monetário internacional foi marcado pelo surgimento de organismos internacionais multilaterais formalmente estabelecidos.

No momento das discussões sobre o modelo a ser adotado, dois protagonistas apresentaram as diferentes propostas para um futuro acordo. John Maynard Keynes, consultor do Ministério das Finanças Britânico, defendia a existência de uma margem de flexibilidade na taxa de câmbio, a constituição de um fundo com capacidade para financiar as contas externas dos países deficitários — esses empréstimos seriam condicionados e o juros punitivos — e a autonomia de cada Estado para efetuar controle cambial nas transações em conta-corrente e na conta de capital (ALDRIGHI, CARDIM e SICSÚ, 2004). Harry Dexter White, funcionário do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, considerando os interesses comerciais e financeiros de seu País, que havia saído da guerra em plenas condições de suprir a crescente demanda dos países em reconstrução, propôs um modelo com taxas de câmbio fixas, sem controles sobre fluxos comerciais e com uma instituição financeira internacional para financiar desequilíbrios nos balanços de pagamentos, sendo que os recursos teriam um volume bem mais modesto do que o proposto por Keynes.

Ao final foi vencedora a proposta de White³⁷, com algumas alterações. A primazia das idéias norte-americanas no texto final do acordo denota a assimetria do poder de barganha dos Estados Unidos frente à Inglaterra (EICHENGREEN, 1996, p. 97). Em termos gerais, o padrão ouro transformou-se no padrão dólar, que passou a ser o principal componente das reservas de moeda estrangeira em praticamente todos os países do mundo. Os países signatários firmaram compromisso de declarar o montante de suas moedas em termos de ouro ou dólar (considerando-se uma proporção que fora fixada na relação ouro-dólar) e de manter o câmbio em valores próximos ao declarado inicialmente.

Alterações mais amplas na taxa de câmbio só ocorreriam para possibilitar a correção de “desequilíbrio fundamental”, conceito esse que nunca foi bem delimitado. As grandes variações no câmbio deveriam ser, posteriormente, submetidas aos demais membros do Fundo. Ainda, no caso de grandes déficits na balança comercial, os países poderiam recorrer a empréstimos em moeda estrangeira junto ao Fundo Monetário Internacional (EICHENGREEN, 1996, p. 96/97).

Dessa maneira, Bretton Woods fixou-se em três princípios fundamentais para possibilitar, ao mesmo tempo, autonomia das políticas econômicas dos estados e estabilidade financeira internacional (GILPIN, 2005): 1) taxas fixas, mas ajustáveis mantidas a partir 1.1) de flexibilidade para que os Estados pudessem se ajustar a situações extraordinárias e perseguir objetivos próprios de política econômica; 1.2) da possibilidade de recorrer a empréstimos junto ao Fundo Monetário Internacional quando houvesse dificuldade com o balanço de pagamentos; 1.3) da vinculação das moedas nacionais ao dólar, que, por sua vez, estava atrelado ao ouro; 2) criação do Fundo Monetário Internacional para monitorar as políticas econômicas nacionais e 3) financiar os déficits na balança de pagamentos de países

³⁷ No período de negociação, os Estados Unidos defendiam a liberalização do comércio e do fluxo de capitais, o que, inicialmente, foi obstruído em razão da ausência de consenso (EICHENGREEN, 1996, p. 98). Nos anos que seguiram a celebração do Acordo, esses propósitos serão atingidos, com a atuação do FMI e da Organização Mundial do Comércio (OMC).

em risco e o Banco Mundial, com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico a longo prazo, primeiramente pela reconstrução dos países devastados pela guerra, e depois, pela promoção do desenvolvimento nos países mais pobres (ALDRIGHI *et all*, 2004).

LOWENFELD (2003) aponta que um dos principais objetivos da formulação dos artigos do Acordo de Bretton Woods foi a possibilidade de impor a seus membros obrigações legais caso eles não adotassem as práticas contrárias à estabilidade do regime.

Nos termos do acordo de Bretton Woods, todos os países signatários deveriam adotá-lo, adaptando a legislação interna para tanto. O conflito entre leis domésticas e o acordo não poderiam escusar o cumprimento das obrigações ali assumidas³⁸.

Além da questão jurídico-formal, durante o auge do funcionamento de Bretton Woods, houve intensa cooperação internacional dos países desenvolvidos ocidentais em seu favor. A cooperação foi profunda e constante, viabilizada devido aos seguintes fatores: a Guerra Fria (responsável pelo alinhamento da Europa e Japão aos Estados Unidos); número reduzido de países efetivamente influentes envolvidos, já que os muitos países desenvolvidos signatários

³⁸ É o que aponta a redação do artigo XX do acordo (atualmente, artigo XXI):

Article XXXI - Final Provisions

Section 1. Entry into force

This Agreement shall enter into force when it has been signed on behalf of governments having sixty-five percent of the total of the quotas set forth in Schedule A and when the instruments referred to in Section 2(a) of this Article have been deposited on their behalf, but in no event shall this Agreement enter into force before May 1, 1945.

Section 2. Signature

(a) Each government on whose behalf this Agreement is signed shall deposit with the Government of the United States of America an instrument setting forth that it has accepted this Agreement in accordance with its law and has taken all steps necessary to enable it to carry out all of its obligations under this Agreement.

(b) Each country shall become a member of the Fund as from the date of the deposit on its behalf of the instrument referred to in (a) above, except that no country shall become a member before this Agreement enters into force under Section 1 of this Article.

(c) The Government of the United States of America shall inform the governments of all countries whose names are set forth in Schedule A, and the governments of all countries whose membership is approved in accordance with Article II, Section 2, of all signatures of this Agreement and of the deposit of all instruments referred to in (a) above.

(d) At the time this Agreement is signed on its behalf, each government shall transmit to the Government of the United States of America one one-hundredth of one percent of its total subscription in gold or United States dollars for the purpose of meeting administrative expenses of the Fund. The Government of the United States of America shall hold such funds in a special deposit account and shall transmit them to the Board of Governors of the Fund when the initial meeting has been called. If this Agreement has not come into force by December 31, 1945, the Government of the United States of America shall return such funds to the governments that transmitted them.

do acordo exerciam pouca influência no processo de tomada de decisão; e similitude entre economias e políticas domésticas, democracias liberais, pluralistas e capitalistas com objetivos político-econômicos convergentes (QUINTAS, 2005).

Sobre o arranjo institucional do período, deve-se observar que os primeiros anos de vigência do acordo foram marcados por intensa intervenção dos Estados em suas economias e em seus sistemas financeiros. Essas intervenções eram feitas por meio de instrumentos jurídicos e visavam à concretização de objetivos estatais, tais como a defesa do pleno emprego e o crescimento, como se infere do relato de EICHENGREEN:

Havia limites às taxas de juros. Foram impostas restrições aos tipos de ativos nos quais os bancos podiam investir. Os governos regulavam os mercados financeiros para canalizar o crédito para setores estratégicos. A necessidade de conseguir licenças de importação complicava os esforços para canalizar transações de capital através das contas correntes. Os controles foram capazes de conter a enxurrada porque não era apenas um só obstáculo na corredeira. Ao contrário, os controles eram parte de uma série de comportas e barragens com a ajuda das quais as águas turbulentas foram tomadas. (EICHENGREEN, 2002, p. 133)

O crescimento da intervenção estatal nesses moldes oferece apoio à ampliação dos direitos sociais às Constituições. Essas mudanças, nas palavras de CASTRO (2006), consistem na resposta jurídica dada à mobilização social que crescera com a ampliação do sufrágio. A concretização dos direitos sociais dependia diretamente da capacidade financeira do Estado, que, por sua vez, dependia da receita fiscal interna e, em muitos casos, da capacidade de obter crédito no mercado internacional.

3.4. A LIBERALIZAÇÃO DOS MERCADOS

O processo de dismantelamento do Sistema Bretton Woods, a partir da década de 1970, lança as bases para a atual conformação do sistema financeiro internacional. As mudanças nos planos econômico, político, jurídico e das relações internacionais levam ao

atual estágio de integração financeira, coordenado por ações elaboradas no âmbito dos organismos multilaterais, com base em modelos econômicos neoliberais³⁹.

Fator crucial para o desmantelamento do sistema de Bretton Woods foi a incapacidade americana para manter a paridade dólar-ouro fixada no Acordo de 1944. A expressiva expansão econômica americana a partir dos anos 50 também foi possível em decorrência do alto grau de endividamento estatal, financiado com expansão da base monetária e emissão de títulos que eram absorvidos pelas economias do mundo. Na medida em que o endividamento dos Estados Unidos crescia, foi ruindo a credibilidade na economia americana para manter a paridade ouro-dólar (REDHEAD, 1992). A desconfiança acabou por gerar mudanças institucionais em 1971, quando os Estados Unidos, unilateralmente, adotaram a inconvertibilidade do dólar em ouro e permitiram a flutuação de sua taxa de câmbio.

A grande oferta de dólares no mercado internacional também teve grande influência na crescente integração do mercado financeiro internacional, com a mobilidade de capitais. QUINTAS (2005) explica que, com a disponibilidade dos dólares do mercado internacional, os bancos europeus passaram a aceitar depósitos em moeda estrangeira, que acabaram transformando-se em empréstimos concedidos a grandes empresas, multinacionais e países em desenvolvimento. O mercado de eurodólares ganhou ainda mais força quando, no início dos anos 60, os EUA criaram um imposto incidente sobre empréstimos em dólares (*interest equalization tax*, criado no âmbito do *Foreign Direct Investment Restraint Program*), o que acarretou um aumento na taxa de juros dos empréstimos.

Assim, os títulos emitidos com base nos depósitos em dólar feitos na Europa foram cada vez mais procurados porque essas operações não eram atingidas pelas leis americanas

³⁹ ANDERSON (1995) explica que o termo “neoliberalismo” é utilizado para diferenciar o liberalismo clássico do século XVIII da corrente de pensamento criada logo após a II Guerra Mundial. Aquele consiste em “uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar” e acrescenta “trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica mas também política”, que tem como marco inicial a obra “O caminho da Servidão”, de Friedrich Hayek (ANDERSON, 1995, p. 9).

(REDHEAD, 1992). A captação de dólares por bancos europeus intensificou a exposição dos bancos à dinâmica do mercado cambial e, juntamente com a variação cambial, vêm todos os riscos das economias dos países emissores da moeda depositada nos bancos, riscos de juros, riscos de *default*, riscos de mercado.

A integração financeira também foi impulsionada pelos créditos oferecidos pelos bancos europeus que tinham por lastro os vultosos depósitos dos países produtores de petróleo, conhecidos como petrodólares⁴⁰. Foi uma fase de grande oferta de crédito internacional, em que os financiamentos tinham taxas de juros variáveis, reajustadas em curtos períodos⁴¹.

A mobilidade do capital decorreu, ainda, da liberalização da conta de capital⁴² efetuada por muitos países, que permitia a livre negociação de moeda estrangeira e, portanto, a remessa e o recebimento de moedas. Essa mudança possibilitou forte integração entre o mercado financeiro interno e o internacional.

A operacionalização das taxas fixas, mas ajustáveis do sistema de Bretton Woods tornou-se extremamente problemática neste cenário de intensa mobilidade do capital. O menor indício de que um país faria mudanças na taxa de câmbio era o suficiente para provocar uma retirada em massa de capitais. O esforço inicial de alguns países para restringir a mobilidade do capital foi em vão já que o fluxo de capitais, no mundo, tornou-se cada vez mais intenso com o desenvolvimento das tecnologias, telecomunicações e integração dos mercados (EICHENGREEN, 2002).

⁴⁰ Os depósitos eram feitos em dólar enquanto havia credibilidade na moeda americana. A partir das crises dos anos 70, os detentores desse capital migraram em busca de outras moedas, causando grande instabilidade nas taxas de câmbio (REDHEAD, 1992).

⁴¹ A quebra do padrão ouro e as crises do petróleo dos anos 70 provocaram uma retração no crédito internacional e um aumento brutal em seus custos. As economias que mais sofreram foram as dos países em desenvolvimento, que enfrentaram grandes recessões na década de 80.

⁴² Nas palavras de QUINTAS (2005, p. 93), “a conta de capital, grosso modo, contabiliza os movimentos de capital estrangeiro que se dirige para um país ou vice-versa. A influência desses movimentos é incontestável na economia nacional.”

Em dezembro de 1971, houve ainda uma tentativa de retorno às taxas de câmbio estáveis, com o Acordo Smithsonian (*Smithsonian Agreement*), que envolvia o realinhamento das moedas, a desvalorização do dólar frente ao ouro limitada a 8% e o aumento da margem de flutuação das taxas de câmbio (REDHEAD, 1992).

Em 1973, definitivamente, deixa de existir o sistema de Bretton Woods, com a disseminação do regime de taxas flutuantes.

Diante desse novo cenário, em 1978, um adendo ao acordo inicial de Bretton Woods legalizou o câmbio flutuante e eliminou o papel especial do ouro. Assim, os países foram obrigados manter suas taxas de câmbio estáveis promovendo condições econômicas para tanto e permitindo a supervisão do FMI sobre suas políticas⁴³ (LOWENFELD, 2003, p. 531).

O FMI teve um papel preponderante no processo de liberalização dos mercados. Um importante passo para a ampla movimentação do capital foi a liberalização da conta de capital. Segundo o Acordo, os países não poderiam estabelecer restrições à conversibilidade das moedas utilizadas no pagamento de transações correntes. O conceito de transações correntes, entretanto, abrangeu várias operações típicas das contas de capital. A intenção inicial da medida idealizada por Keynes era permitir o fluxo de capitais em prol do investimento, em detrimento do capital especulativo (EATWELL *et all*, 2006).

Durante a década de 70, houve flutuação no câmbio e os países interferiram com bastante frequência para manter um certo equilíbrio nas taxas de câmbio e houve uma maior disposição para adaptar as políticas econômicas locais às taxas de câmbio (REDHEAD, 1992).

⁴³ A supervisão e as medidas de controle do câmbio foram mais eficazes para os países em desenvolvimento. Em razão da fragilidade de suas moedas, suas economias e mercados financeiros e do tipo de produto que negociavam no mercado internacional, frequentemente esses países frequentemente contabilizavam déficits em suas balanças comerciais, o que afetava diretamente a taxa de câmbio de suas moedas. Para conseguir um equilíbrio nas contas, era necessário efetivar o Direito Especial de Retirada (*Special Drawing Rights*), uma espécie de empréstimo pré-aprovado, previsto no Acordo de Bretton Woods, que previa uma série de medidas a serem adotadas pelos tomadores de empréstimo para manutenção desse direito.

Nesse novo quadro, apenas os países de economia pujante conseguem administrar suas políticas econômicas com objetivos outros além da administração da moeda; para as economias menores em que também houve liberalização dos mercados, a flutuação é difícil de suportar e, mais, de harmonizar com políticas internas que atendam às crescentes demandas sociais, principalmente nos países mais pobres (EICHENGREEN, 1996).

CARVALHO (2005) descreve o ambiente de mercado financeiro da década de 70:

As inovações mais radicais, no entanto, tiveram lugar a partir da década de 1970, quando se abriu um processo de transformação dos métodos de suprimento de serviços financeiros cujo fim não está a vista. Os intensos choques macroeconômicos sofridos a partir da aceleração da inflação americana nos anos 1960, como os aumentos de preços de matérias-primas (especialmente o petróleo) em 1973 e 1979, o colapso do sistema de taxas de câmbio fixas mas ajustáveis de Bretton Woods, entre 1971 e 1973, a adoção de políticas monetárias contracionistas por praticamente todos os países industrializados no final daquela década e os movimentos de desregulação financeira doméstica e, posteriormente, de liberalização de movimentos internacionais de capitais, particularmente no mundo desenvolvido, tiveram como resultado o crescimento dramático da volatilidade dos preços, taxas de câmbio e taxas de juros em praticamente todo o mundo. A incerteza que cerca transações financeiras cresceu de forma aguda, forçando as instituições e mercados financeiros a modificarem suas práticas de modo a permitir sua adaptação à operação nesse quadro. (CARVALHO, 2005, p. 129)

Nesse contexto, surgiram as causas das crises dos anos 80. Como anota QUINTAS (2005, p. 83), os problemas da intermediação financeira, as crises do petróleo e a recessão dos países desenvolvidos provocaram uma crise internacional da dívida externa. Diante da maior dependência dos países periféricos ao acesso aos recursos do Fundo Monetário Internacional, suas economias tiveram que se adequar às diretrizes do organismo internacional para manter o acesso ao capital.

Nos anos 90, consolidada a liberalização de grande parte dos mercados financeiros mundiais, instauraram-se crises em várias economias emergentes, que afetaram toda a economia do globo. São elas: a crise do México de 1994-1995, em que o México não conseguiu manter o câmbio fixo (com uma pequena e restrita banda de flutuação) em decorrência de crescentes dívidas internas excluídas do orçamento oficial e diversas turbulências políticas, que causaram uma fuga de capitais e conseqüente flutuação da taxa de

câmbio. Crise Asiática de 1997 e 1998, desencadeada pela desvalorização da moeda tailandesa com relação ao dólar, seguida pelas Filipinas, Malásia, Indonésia e Coréia do Sul; daí se seguiu uma abrupta queda no valor de seus ativos nos mercados mobiliários, queda do PIB e fuga de capitais. Crise da Rússia de 1991 e 1992, quando houve suspensão do pagamento de algumas obrigações internacionais, em um ambiente de grande instabilidade econômica também causada pela magnitude do endividamento interno, somada à desagregação da União Soviética.

Esse ambiente de instabilidade financeira foi preponderante para o surgimento dos Acordos da Basiléia.

3.5. A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

Esse breve histórico do Sistema Financeiro Nacional deve ser interpretado dentro da realidade complexa da globalização. O termo globalização, na visão de Ulrich Beck, significa “os processos, em cujo andamento os Estados nacionais vêem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores internacionais” (BECK, 1999, p. 30).

A integração entre mercados é, portanto, apenas uma das faces da globalização e, assim, o aspecto econômico é apenas uma das formas de interferência cruzada sofrida pelo Estado nacional. Essa modalidade de influência econômica deu ensejo ao surgimento do que BECK chama de “metafísica do mercado mundial”, fruto do globalismo. O autor distingue globalização (fenômeno complexo, que inclui as interações sociais, políticas, econômicas e culturais) do globalismo:

Globalismo designa a concepção de que o mercado mundial bane ou substitui, ele mesmo, a ação política; trata-se, portanto, da ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo. O procedimento é monocausal, restrito ao aspecto econômico, e reduz a pluridimensionalidade da globalização a uma única dimensão – a

econômica –, que, por sua vez, ainda é pensada de forma linear e deixa todas as outras dimensões – relativas à ecologia, à cultura, à política e à sociedade civil – sob o domínio subordinador do mercado mundial (BECK, 1999, p. 31).

É o fenômeno, na esfera mundial, da colonização do pensamento econômico sobre as demais ciências sociais, o que reduz um fenômeno tão complexo às relações econômicas.

O globalismo financeiro, intensificado na década de 70 com a integração e liberalização dos mercados financeiros, de fato, criou níveis de interferência sobre os sistemas regulatórios nacionais ou regionais, quais sejam, comércio de serviços financeiros além-fronteiras; investimentos de instituições multinacionais em mercados financeiros no exterior; e, finalmente, transações entre instituições financeiras situadas em países distintos, as quais dão margem a riscos de crédito de natureza inter-jurídica (LIMA, 2003).

Ulrich Beck esclarece que “com ou sem intenção, os atores do mercado mundial exercem uma pressão coordenada sobre todos os Estados que dele participam ou dependem em favor da sistemática derrubada de tudo aquilo que possa impedir, retardar ou delimitar a liberdade de movimentação do capital” (BECK, 1999, p. 171/172) e os atores do mercado necessitam do que o autor chama de “Estados fracos”.

O discurso do globalismo meramente econômico coaduna-se com a idéia do individualismo e acarreta uma simplificação do estudo da relação entre os Estados e o mercado, porque se tem a impressão de que é pura relação de subordinação, de que, a qualquer custo social ou político, deve-se atender aos comandos do mercado.

Retomando o pensamento de BECK, a economia deve ser vista como um dos aspectos da sociedade, hoje, tida por global, o que dá ensejo à compreensão do fenômeno econômico como a “mundialização econômica”, cujo conceito foi sintetizado por ARANHA:

Aqui, ella no está denotando la ideologia norteadora de la subpolítica transnacional de predomínio del mercado, pero exactamente algo logicamente anterior a esto: la conciencia social paulatinamente concretizada de interdependência entre los agentes económicos, la interdependência de estos frente a las políticas de gobierno, como tambien la interdependência entre las políticas económicas estatales, resultando em

la visualización de una sociedad mundial por intermedio de la interdependencia de su dimensión económica. (ARANHA, 2006, p. 83)

Ocorre que as chamadas “forças de mercado” em prol da liberalização dos mercados são, na verdade, o resultado da operação do sistema financeiro constituído a partir de resoluções tomadas no plano internacional, ou por um concerto informal entre países ou por organismos multilaterais formalmente constituídos. A livre movimentação do capital e a transferência dos impactos desses fluxos sobre as economias só é possível em decorrência da integração dos mercados financeiros e da eliminação dos controles estatais sobre a movimentação de moeda em todo o mundo, que foram o resultado de ações humanas e não de leis naturais. Os organismos internacionais exerceram um papel fundamental na liberalização dos mercados⁴⁴.

As normas sobre comércio internacional, investimentos e transações financeiras, no plano internacional freqüentemente, são formuladas com base nas ciências econômicas, mais especificamente, em um modelo econômico favorável ao livre mercado. Essa é, por exemplo, a orientação no âmbito do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) e da Organização Mundial do Comércio (OMC), como observa LOWENFELD:

The General Agreement on Tariffs and Trade (...) is clearly based on the perception that international trade is beneficial, that the gains to society from trade outweigh the losses to those who are hurt by competition from abroad, and that value is created through specialization and exchange in open markets. It is this perception that leads to the overriding principle of the GATT/WTO system that barriers to trade imposed by governments should be subjected to international discipline, and that regular procedures should

⁴⁴ No final dos anos 70, com a desestabilização dos mercados financeiros e crescentes espirais inflacionárias, a OCDE (*Organization of Economic Cooperation and Development*) designou uma comissão para preparar um estudo sobre as principais políticas que envolvessem crescimento econômico não-inflacionário e altos níveis de emprego considerando as mudanças estruturais ocorridas naquele período, como relata GILPIN (2001). O relatório final, intitulado “*Towards Full Employment and Price Stability*”, apontou que os problemas econômicos daquela época foram causados por erros nas políticas econômicas governamentais. Como também explica GILPIN (2001), os resultados foram apresentados como verdade econômica, mas haviam sido formulados com base em ideologia voltada para o mercado livre, politicamente conservadora. Em 1971, os Estados Unidos alteraram livremente o texto do Acordo, possibilitando a flutuação de sua taxa de câmbio, com relação ao dólar; em 1978, o Acordo de Bretton Woods foi alterado, o texto que inicialmente previa a possibilidade de controle de fluxos de capitais para manter as taxas de câmbio estáveis passou a estabelecer que “*the essential purposes of the international monetary system is to provide a framework that facilitates the exchange of goods, services, and capital among countries*” (EATWELL et al, 2006).

be established looking to reduction or elimination or elimination of such barriers. (LOWENFELD, 2003, p.3)⁴⁵

A liberalização dos mercados, como bem analisa ARNAUD (1999), partiu da visão da sociedade formulada por Hayek, conhecida pela alcunha de neoliberal. Ao analisar essa corrente do pensamento, ARNAUD (1999) demonstra inúmeros juízos de valor subjacentes a essa forma de pensar, por exemplo, a noção de justiça como garantia da plena eficácia das regras do jogo do mercado, sem interferência estatal, o que proporcionaria a verdadeira igualdade entre os homens.

No campo do pensamento econômico, os modelos econômicos que embasaram a política de liberalização financeira e propuseram a eliminação dos controles sobre taxas nominais de juros e câmbio, das barreiras legais à livre composição das carteiras dos poupadores e instituições financeiras (HERMANN, 2003).

A adoção dessas medidas acarretaria, fundamentalmente, três grandes benefícios descritos por BLYTH (2003): (1) as poupanças seriam direcionadas para onde haveria o maior retorno possível, o que aumentaria a pressão competitiva e reduziria o custo do crédito; (2) crescimento e investimento a longo prazo seriam mais altos, na medida em que a ameaça de fuga de capitais facilitada pela liberalização forçaria uma disciplina dos governos, que estimularia a adoção de melhores políticas e performances; e (3) nesse contexto, graves crises financeiras seriam evitadas com maior facilidade, já que a política seria mais confiável e transparente.

Os efeitos da adoção do modelo liberalizado não foram exatamente os esperados. BLYTH aponta evidências empíricas que demonstram esse desencontro: as várias crises dos anos 90, o aumento da taxa de juros para empréstimos a longo-prazo nos países da OCDE e o baixo crescimento agregado do Produto Interno Bruto dos países da OCDE. MEDEIROS

⁴⁵ LOWENFELD (2003) observa, ainda, que o fundamento para a afirmativa de que os benefícios da liberalização superam ocasionais perdas está em um dos paradigmas da Economia Clássica, que é a vantagem comparativa.

(2005) aponta que a liberalização dos mercados causou grande volatilidade nos mercados na América Latina, com freqüentes descontinuidades no crescimento do PIB e agravou, em vários momentos, a má distribuição de renda, principalmente quando foi necessário um aumento na taxa de juros para ajustar a economia.

Vê-se, portanto, que a política econômica no plano internacional, muitas vezes, é objeto da colonização da Ciência Econômica, denominada por BECK como globalismo econômico. É importante desenvolver um olhar crítico sobre a política econômica formulada nesses termos porque, muitas vezes, ela é rotulada de lei de mercado, considerada uma proposição neutra. Essa pretensa neutralidade, entretanto, é questionável, pois há juízos de valor subjacentes aos modelos econômicos e, por isso, a escolha por um ou outro modelo representa uma opção política e não uma consequência “natural” do funcionamento da economia de mercado.

3.5.1. Globalização e a formação dos instrumentos de política econômica

Desde a era do padrão ouro, houve formas de cooperação internacional para definir os rumos da política econômica adotada por cada país. Essa cooperação, muitas vezes, se deu em forma de coordenação, liderada pelos países centrais do capitalismo ocidental e variou na forma (formal ou informal) e no grau de eficácia das medidas adotadas.

As medidas adotadas em cumprimento às tratativas internacionais não são resultado da aceitação de leis naturais da economia, mas das escolhas políticas feitas, muitas vezes, com base em um modelo econômico, ao qual são subjacentes uma ideologia, uma visão sobre a sociedade e objetivos de política econômica e instrumentos necessários a atingi-los.

A opção pelo modelo de liberalização dos mercados financeiros, tomada no âmbito dos organismos multilaterais, como OMC, Fundo Monetário Nacional (FMI), Banco Mundial

e BIS, provocou mudanças nos ordenamentos jurídicos dos países que o adotaram e, também em suas economias, com reflexos na realização dos direitos sociais e na conformação da propriedade individual.

Dentro de cada país, a implementação das resoluções tomadas no plano internacional se dá por meio de instrumentos jurídicos de intervenção na economia. As transformações sociais e políticas ocorridas dentro de cada país também têm sua influência na conformação do ordenamento jurídico doméstico, em que passam a conviver normas oriundas de decisões no plano internacional e normas que são o resultado das mobilizações sociais, consideradas no processo de tomada de decisão pelos governos em razão do desenvolvimento de canais democráticos de participação. A globalização cria, em cada ordenamento jurídico, a interação entre as normas elaboradas internamente pelos processos democráticos e aquelas editadas pela influência de concertos internacionais sobre a economia.

A questão que se coloca aqui é: as decisões de política econômica tomadas no plano internacional, muitas vezes, também tomam por base fundamentos da ciência econômica, sob um discurso de neutralidade e de verdade absoluta. EATWELL *et all* (2006) explicam que as medidas tomadas no âmbito do mercado financeiro apresentam poucas possibilidades de debate, principalmente, pelos países economicamente menos expressivos. O Fundo Monetário Internacional tem métodos diretos⁴⁶ e indiretos⁴⁷ de forçar o cumprimento do suas determinações sobre mercado financeiro e monetário.

Muitas das medidas tomadas para buscar maior estabilidade financeira são formuladas de maneira absolutamente informal pelos países mais ricos do mundo (GILPIN, 2001). As instituições multilaterais de supervisão do sistema financeiro, responsáveis pela definição dos padrões de regulação dos mercados financeiros, formulam suas diretrizes usualmente por

⁴⁶ Suspensão do direito de voto ou exigência da retirada no membro.

⁴⁷ Os contratos firmados na moeda do país que não cumpre as determinações monetárias do fundo não devem ser executados pelos tribunais e agências administrativas de outros países membros com quem estejam contratando (EATWELL *et all*, 2006).

meio de um instrumento que não se pretende vinculante, que não é um acordo internacional nos termos da doutrina clássica (celebrado por um instrumento formal, com base no consenso e de caráter vinculante para as partes signatárias) (EATWELL *et all*, 2006). São os chamados instrumentos de *soft law*⁴⁸.

Tais instrumentos frequentemente não passam pelo crivo da análise jurídica preocupada com a promoção da justiça econômica, pois são considerados como normas técnicas de regulação do mercado financeiro. Esse caráter meramente técnico, entretanto, esconde os propósitos de sua aplicação (a promoção da eficiência meramente econômica do mercado financeiro) e a ideologia subjacente à elaboração das normas técnicas.

A estrutura institucional desses organismos não está sujeita aos critérios democráticos (que, no plano internacional, são caracterizados pelo consenso e pela efetiva participação das partes envolvidas) de legitimação de suas medidas. O resultado é um conjunto de normas formuladas com base em modelos econômicos que privilegiam os países mais ricos:

Na realidade, a estrutura institucional da regulação bancária internacional é controlada pelos países mais ricos (o G-10) e os padrões que eles criam geralmente refletem as necessidades e os interesses dos sistemas financeiros dos países desenvolvidos. Países fora do G-10 têm se encontrado regidos por padrões de regulação bancária formulados exclusivamente por organismos internacionais criados para formular padrões e implementados por meio dos programas de assistência do FMI e do Banco Mundial⁴⁹. (EATWELL *et all*, 2006, p. 16).

Com a abertura dos mercados, pode-se observar, no plano internacional, um fenômeno análogo ao da burocratização do processo de tomada de decisões no âmbito da política econômica interna e o da fundamentação de tais decisões em critérios pretensamente técnicos.

⁴⁸ Não há um conceito fechado sobre *soft law*, o termo é utilizado para designar concertos internacionais informais que, em tese, não são vinculantes tais como os acordos internacionais nos moldes clássicos. Esse ponto será discutido no capítulo referente à análise jurídica do Segundo Acordo da Basileia.

⁴⁹ *In reality (...), the institutional structure of international banking regulation is controlled by world's richest countries (the G 10) and the standards they produce often reflects the need and interests of developed countries financial systems. Countries outside the G10 are increasingly finding themselves subject to banking regulation standards promulgated by exclusive international standard-setting bodies and implemented through IMF and World Bank Assistance programs.* (EATWELL *et all*, 2006, p. 16).

Ao afastar o caráter político e jurídico das decisões, não se permite sequer o estudo mais primário de verificação da legitimidade das decisões, que é a observância ao devido processo legal de produção de normas jurídicas.

Do quanto exposto, é importante apreender que a integração dos mercados é apenas uma das faces do processo muito mais complexo que é a globalização. A intensificação e a maior integração das relações econômicas entre os países é comumente justificada e defendida com base no discurso da globalidade econômica, que reduz todo esse complexo de relações à economia e afasta o caráter político das decisões de política econômica tomadas no âmbito global.

As decisões em prol da liberalização dos mercados tomaram como fundamento um modelo econômico neoclássico, que se baseia no livre mercado sem interferências estatais. A integração entre os mercados não foi o resultado de forças naturais, foi o resultado de uma opção política tomada no plano internacional e interno de vários países.

Esses processos de tomada de decisão no plano internacional ocorrem de acordo com os procedimentos firmados pelos organismos multilaterais, quando as normas daí são emanadas; ou de maneira informal, envolvendo os representantes da alta burocracia de países.

4. A INTERVENÇÃO DIRETA POR INSTRUMENTOS JURÍDICOS NO MERCADO BANCÁRIO

O II Acordo da Basiléia, objeto do presente estudo, em breves linhas, consiste em um conjunto de recomendações formulado pelo Comitê da Basiléia, a serem implementadas com o objetivo de conferir maior solidez ao sistema bancário internacional, por meio do controle dos riscos a que se expõem as instituições financeiras. Antes, porém, de adentrar no estudo do Acordo, é preciso tecer algumas considerações sobre a regulação bancária.

Como visto no capítulo anterior, principalmente a partir da década de 70, houve uma gradativa redução das barreiras domésticas ao fluxo de capitais. Desenvolveram-se também diversos mecanismos que possibilitaram a mobilidade do dinheiro, tais como os títulos lastreados em depósitos em moeda estrangeira e o mercado de derivativos.

A integração dos mercados, na visão de Ulrich Beck, é apenas uma das faces da globalização, que, por sua vez, integra um movimento mais amplo e complexo. Assim, além do surgimento de um mercado praticamente unificado, surgem também as convergências políticas, sociais e jurídicas.

No que tange ao mercado financeiro, os países do ocidente capitalista, desde o período do padrão ouro, sempre mantiveram tratativas sobre a sua dinâmica. Em alguns períodos, houve cooperação e convergência nas políticas econômicas, em outros, maiores divergências, mas, desde finais do século XIX, essa questão sempre esteve em pauta.

O caminho entre as tratativas no plano internacional e as intervenções econômicas nem sempre seguia o mesmo protocolo⁵⁰. Por vezes, um ou mais países tomava uma decisão e outros seguiam por interesse estratégico. Durante o período de vigência de Bretton Woods, a adoção, por um país, de uma resolução feita no plano internacional era um pouco mais transparente, pois existiu um acordo multilateral internacional, ao qual os países aderiram

⁵⁰ A questão da adoção, por cada país, das normas formuladas no plano internacional será analisada com mais acuidade no capítulo seguinte.

formalmente. Vale anotar que nem todas as medidas adotadas em decorrência dos termos do acordo seguiram alguma formalidade.

Quando se faz referência à intervenção dos Estados na economia para se atingir os objetivos definidos de política econômica interna ou internacional, trata-se, na verdade, de instrumentos com forma jurídica de que lançam mão os governos. No período entre guerras, os países que decidiram por efetuar controle sobre o fluxo de capitais, criaram restrições à compra, venda e remessa de moeda estrangeira por meio de leis⁵¹.

Vê-se, portanto, que as tratativas internacionais sobre política econômica, formalizadas ou não em acordos no plano internacional, produzem efeitos domésticos na medida em que são introduzidas formas jurídicas formais.

Noutra toada, a só edição de uma forma jurídica de intervenção pelo Estado não é garantia de sua eficácia, o que se pode verificar no exemplo americano sobre a fixação da conversão ouro-dólar no período de Bretton Woods, que não se sustentou em decorrência da política expansionista adotada e das conseqüências dessa política no plano internacional. A eficácia das formas jurídicas, no plano econômico, depende, portanto, dos efeitos gerados por outros instrumentos jurídicos e da interação entre o mercado interno e internacional. É uma relação complexa, que dependerá da conformação política, jurídica, econômica e social de cada Estado e da posição por ele ocupada no plano político-econômico internacional.

Impende o registro de que as tratativas entre países nem sempre se dão por coordenação, entre partes iguais. Principalmente em matéria econômica, os países periféricos adotam muitas medidas pressionados por organismos multilaterais ou por países ou grupo de países desenvolvidos. A diminuição das barreiras para o fluxo de capitais ocorrida na década de 80 é um exemplo disso, como demonstram FREITAS e PRATES⁵²:

⁵¹ Leis, aqui, tem o sentido de norma jurídica primária, em sentido amplo.

⁵² No mesmo sentido, sobre a pressão exercida pelo FMI e o Consenso de Washington sobre os países periféricos nos anos 80 para a abertura de capitais: EATWELL *et al*, 2006 e CARVALHO e SICSÚ, 2004

Os países centrais e periféricos enfrentam, desde a segunda metade dos anos 80, uma pressão crescente para a liberalização dos sistemas financeiros domésticos e para adesão ao princípio da livre mobilidade dos capitais, como parte do processo de globalização financeira. Contudo, cabe ressaltar que esta pressão teve origens distintas nos países centrais vis-à-vis os países periféricos. Nos países centrais, esta pressão surgiu da dinâmica concorrencial das instituições financeiras, como nos Estados Unidos e/ou de um ação pró-ativa dos governos, como no caso da França e do Japão. Já no caso dos países periféricos resulta de uma ação concertada dos organismos multilaterais, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, que defendem que a liberalização financeira e a abertura aos investimentos externos, seja de portfólio, seja para aquisição de instituições locais, contribuirão para fortalecer os sistemas financeiros domésticos, tornando-os menos sujeitos a crises, e para dinamizar e aprofundar os mercados financeiros, sobretudo o mercado de capitais, que permanece bastante incipiente (FREITAS e PRATES, 1999, p.3)

Independentemente da forma como tenha se formado esse quadro de mobilidade do capital, o fato é que, hoje, a nova estrutura do mercado financeiro global gera oportunidades para grandes ganhos e negócios, mas também aumenta o nível de risco nas transações bancárias (EATWELL et all, 2006). Os impactos desse incremento no risco não são apenas econômicos, mas também sociais, na medida em que o abalo da economia de qualquer país afeta diretamente o nível de renda, de desemprego e de crescimento.

Na era pós-Bretton Woods, os bancos e instituições financeiras têm criado novos instrumentos financeiros de diversificação de ganhos e proteção contra os riscos de crédito e de mercado, o que acarretou um aumento da atividade bancária internacional e o surgimento de bancos multifuncionais universais (GUP, 2004).

Daí decorre também a intensificação da interdependência das instituições financeiras e uma maior exposição ao risco decorrente das quebras de bancos e em razão da volatilidade do capital. As crises dos anos 90 mostraram que seus efeitos, em âmbito global, influenciaram negativamente o crescimento econômico e a estabilidade social (EATWELL et all, 2006)⁵³.

⁵³ Essas crises e a constante instabilidade provocada pela volatilidade do capital tem provocado grandes discussões sobre a capacidade de o livre mercado promover a eficiente alocação de capital, tendo em vista o crescimento econômico, preços e estabilidade. Nesse sentido, ver CARVALHO, Fernando J. Cardim de e SICSÚ, João. Controvérsias recentes sobre controles de capitais Revista de Economia Política, vol. 24, nº 2 (94), abril-junho/2004

Assim, como em vários outros momentos da História, formou-se uma cooperação internacional com o intuito de controlar as externalidades negativas decorrentes do sistema econômico em vigor. Uma vez mais, nesse campo, a prática tem sido a de formar as diretrizes no plano internacional, que, por sua vez, são implementadas no plano doméstico por meio de formas jurídicas com eficácia local. Esse caminho percorrido até a adição interna das normas varia de país para país, mas é expressiva a sua eficácia, como será visto no capítulo seguinte.

4.1. MERCADO BANCÁRIO

A regulação da atividade bancária apresenta algumas peculiaridades com relação à disciplina de outros setores da economia, que decorrem das especificidades da mercadoria com que lida: a moeda.

Uma das principais peculiaridades, incontroversa tanto na doutrina jurídica como na econômica, é a de que o bom funcionamento desse mercado funda-se, primordialmente, na fidedignidade, já que a característica primordial dessa atividade é intermediar poupadores e investidores (FREIXAS e ROXET, 1997).

MONCADA (2003) apresenta a estrutura do mercado bancário português, baseado nas atividades exercidas pelas instituições financeiras. Apesar do foco de seus estudos no mercado português, o critério de classificação adotado foi o da atividade exercida pelas instituições e que, se comparado a outros estudos (TURCZYN, 2005; FREIXAS e ROXET, 1997 e SOBREIRA (org), 2005), revela a sua abrangência e aplicação a diversos sistemas bancários do mundo. Eis a classificação de MONCADA:

Quadro 2: Sistema bancário

Sistema bancário		
Setor bancário ou “instituições de crédito”		Setor não-bancário ou sem capacidade de concessão de crédito
Subsector monetário ou Subsector bancário propriamente dito	Subsector não monetário ou sem capacidade de criação de moeda escritural	Sociedades Gestoras de Fundos de Pensões, Companhias de Seguros e outras entidades
Autoridades	Instituições	Instituições de Crédito e

monetárias	monetárias	Sociedades Financeiras	
------------	------------	------------------------	--

Fonte: adaptação do diagrama apresentado por MONCADA, 2003, p.309

Inicialmente, o Autor separa o sistema bancário em dois grandes grupos de instituições: o setor bancário, capaz de conceder crédito, e o setor não bancário, que não tem essa capacidade e cujos integrantes servem de intermediários em operações financeiras.

O setor não bancário, atualmente, tem papel relevante na dinâmica do sistema bancário nacional e internacional porque concentram expressivas quantias de moeda, cuja aplicação nos diferentes investimentos, nos diferentes países, influencia a determinação do valor de ativos e, até, de taxas de câmbio.

O setor bancário é dividido nos subsetores monetário e não-monetário, com base no critério da capacidade de produção de moeda. As instituições de crédito e sociedades financeiras não têm capacidade de criação de moeda, mas concedem crédito.

O subsetor monetário é composto pelas instituições capazes de criar e/ ou expandir a base monetária.

Já no final do século XIX, firmou-se como atribuição exclusiva do Estado a emissão de moeda (metálica ou em papel), que foi atribuída, na grande maioria dos países, aos bancos centrais⁵⁴. SANTIAGO (1994, p. 16) sintetiza a função precípua dos bancos centrais:

A função precípua de um Banco Central é a de manter um nível satisfatório de reservas monetárias, a tal ponto que permita um nível adequado de liquidez da moeda objetivando a sua utilização imediata, quando for o caso. (SANTIAGO, 1994, p. 16)

Quanto às instituições monetárias, a sua capacidade de criação de moeda advém da atividade de intermediação bancária. Essa é uma das características fundamentais desse mercado e é, também responsável por uma de suas características mais peculiares, a exposição ao risco sistêmico.

⁵⁴ Como ensina Magalhães (1971), primeiro surgem os bancos que têm o monopólio da emissão de moedas e que ainda não eram denominados bancos centrais e, em sua maioria, eram bancos comerciais com funções especiais. Ao longo do século XIX, surgem teorias que açambarcam a concepção do papel centralizador do banco emissor, que irá evoluir até o que se conhece atualmente por bancos centrais.

A intermediação bancária consiste, em breves linhas, no recebimento de depósitos por agentes poupadores (superavitários), com diferentes prazos de operação (ou vencimento), e que compõem o passivo da instituição. Esses recursos são repassados aos agentes deficitários mediante a remuneração da instituição financeira com o pagamento de juros; esse conjunto de operações compõe a carteira de ativos. Daí decorre que a quantia nominalmente depositada em um banco não está disponível, em moeda corrente, a todo o tempo, para o credor da instituição.

Ocorre que a quantia depositada em um banco não é utilizada apenas uma vez para a concessão de empréstimos. Por exemplo, se um montante é colocado à disposição de um cliente para empréstimo e a totalidade do valor não é utilizada, a instituição realiza concede outro empréstimo. Daí a grande importância da fidedignidade nesse mercado, já que é da natureza da atividade possuir o ativo maior que o passivo.

Com essa atividade de intermediação, as instituições do setor bancário são capazes de expandir a base monetária de um país, aumentando, portanto, o volume dos meios de pagamento⁵⁵.

No mercado interbancário, os bancos, inicialmente, financiam as necessidades de liquidez uns dos outros sem ter que buscar a assistência do banco central. Assim, se a demanda por liquidez for muito alta, é possível que a liquidez agregada não seja suficiente para cobrir a sua demanda — se os depositantes de todos os bancos começam a realizar saques, em uma corrida bancária, é pouco provável que algumas instituições possam cobrir as necessidades das outras (CORTEZ, 2002).

⁵⁵ Os meios de pagamento existentes num sistema econômico consistem na totalidade dos haveres possuídos pelo setor não-bancário e que podem ser utilizados a qualquer momento, para a liquidação de qualquer dívida em moeda nacional. Trata-se, em suma, do total dos ativos de liquidez imediata do setor não-bancário da economia. Os meios de pagamento se desdobram em dois componentes: (i) o papel-moeda em poder do público (inclusive moeda metálica), também chamado moeda manual ou moeda corrente; e (ii) depósitos à vista nos bancos, também denominados moeda bancária ou moeda escritural. (MACHADO, 1995, p. 51)

O sistema de pagamentos é o ambiente institucional em que são executadas as transações interbancárias, consiste no aparato por meio do qual os agentes se liberam das obrigações assumidas em decorrência de uma atividade econômica através da transferência de valores monetários (SUMMERS, 1991, p. 31). São compensadas as posições de cada banco e, ao final, efetuadas as transferências reais de recursos entre as instituições. Caso uma delas não consiga cumprir suas obrigações, isso irá interferir na capacidade de pagamento dos outros bancos com quem tenha dívidas.

Quando um banco se submete a um determinado risco em uma operação, por certo, é considerado o custo-benefício daí decorrente. O risco sistêmico está presente quando o risco calculado não corresponde a seu valor efetivo porque já foi subavaliado se considerado o custo; quando isso acontece, as subavaliações multiplicam-se no mercado bancário. Muitas vezes, os agentes privados que criam os riscos não internalizam todos os seus custos, o que gera um excesso de risco que pode tomar a forma de substancial exposição acumulada por bancos e bolsas de futuro em mercados de câmbio estrangeiros e na especulação com instrumentos cujos valores dependam da variação nas taxas de juros de diferentes mercados (EATWELL *et all*, 2006). A excessiva exposição ao risco pode gerar crises cujos custos se alastram por vários países, afetando profundamente todas as economias do mundo, em especial, as menos capitalizadas, dos países subdesenvolvidos. Nesse quadro, os investidores calculam apenas o risco decorrente da perda do montante de capital que foi investido, não são internalizados os prejuízos gerados à economia como um todo.

Para impedir que a inadimplência de um banco possa gerar efeitos negativos sobre todo o sistema, altamente interligado, os bancos centrais exercem o papel de emprestador de última instância (*lender of last resort*). Na verdade, o banco central ou outra autoridade⁵⁶

⁵⁶ Quadra registrar o exemplo do mercado bancário americano, pioneiro na desregulação (diminuição drástica dos controles estatais) e que, em tempos recentes, sua liquidez tem sido garantida por constantes injeções de recursos por parte do FED. Em agosto de 2007, os bancos centrais mundiais injetaram US\$ 350.000.000.000,00 (trezentos e cinquenta bilhões de dólares) no mercado bancário para aplacar a crise financeira e, em novembro de

administra esse sistema e fiscaliza a conduta de cada instituição financeira, zelando para que não haja (ou que seja minimizada a possibilidade de) um *default* capaz de afetar a liquidez do sistema bancário (LASTRA, 2000).

Embora seja muito comum a defesa da auto-regulação da atividade bancária (exemplos: LASTRA, 2000; GOODHART *et al*, 1998), certo é que a assunção excessiva de riscos por parte da instituição bancária é custeada pela sociedade de duas maneiras principais: com os empréstimos do banco central (quando utilizados recursos públicos) e com os abalos na economia de correntes de crises bancárias, que afetam a esfera de direitos patrimoniais de todos os cidadãos. Custos esses que podem ser muito altos, até porque as autoridades monetárias intervêm em grandes bancos, cuja falência pode ser extremamente prejudicial para a economia nacional e, que, muitas vezes, atuam com confiança excessiva no mercado em razão de sua magnitude (*too big to fail*). Essa função, juntamente com a do monopólio na emissão de moeda, foram cruciais para a consolidação do sistema financeiro nacional e internacional em torno da figura de um banco central GERMER (1999).

A possibilidade da propagação de uma crise de confiança em uma ou mais instituições financeiras traz para esse mercado um risco específico, que é o chamado “risco sistêmico”. Se há uma desconfiança por parte dos depositários de que o banco não lhes poderá entregar o dinheiro que nominalmente está depositado, todos correrão ao banco para tentar reaver suas quantias em espécie. Caso todos os credores efetuem saques ao mesmo tempo, não haverá numerário suficiente para cobrir todos os depósitos, o que acarretará grave crise de liquidez na instituição. Para as instituições que não operam com o efeito multiplicador, a suspeita de que sua carteira seja formada por empréstimos e financiamentos de difícil liquidação, por exemplo, pode gerar também uma crise de liquidez, na medida em que todos os credores da própria instituição buscarão reaver seu capital ao mesmo tempo. Além disso, com o

2007, o FED injetou, sozinho, mais de 40 (quarenta) bilhões de reais em bancos americanos, que sucessivamente, têm sofrido crises de liquidez e corrida às suas agências (LEITÃO; THOMÉ, 2008).

desenvolvimento do mercado de títulos de dívida e de securitização de dívidas, passou a ser necessária não só a confiança dos credores e depositários, mas também dos agentes do mercado de valores mobiliários.

Com a integração dos mercados, a questão da confiança nas instituições financeiras ganha proporções globais, até porque grandes conglomerados bancários têm filiais em vários países e operações que interligam essas várias filiais e, de maneira reflexa, a economia do país de cada uma delas. Ademais, essas instituições realizam operações com outras instituições de caráter global, nacional ou regional; recebem depósitos de empresas multinacionais, que movimentam esses recursos em todo o mundo; emitem títulos lastreados em depósitos em vários mercados do mundo. Essas e outras operações fazem com que o risco sistêmico ultrapasse as barreiras nacionais e afete não apenas o mercado bancário, mas toda a economia diversos países, na medida em que crises bancárias têm reflexo na atividade das bolsas de valores e no fluxo de capitais de um país para o outro, alcançando também o câmbio entre as diferentes moedas.

Muitas vezes, quando ocorrem crises de liquidez, as instituições financeiras não estão insolventes. É da natureza de sua atividade que o montante dos depósitos à vista não estejam, em sua totalidade, disponíveis aos depositantes, já que foram utilizados para a concessão de créditos a terceiros. A crise de desconfiança em uma instituição se dá em razão da existência de informações assimétricas entre bancos e seus depositantes, que não têm condições de avaliar a sua real situação financeira. Nas situações expostas acima, é o temor de que o banco não possa honrar suas obrigações que gera uma pressão dos consumidores e credores para que todas as obrigações passivas sejam liquidadas. É como se fosse uma profecia auto-realizável: o temor da insolvência da instituição causa, de fato, a sua insolvência (FREITAS e PRATES, 2003).

Com a interligação financeira, o desenvolvimento das tecnologias e dos meios de comunicação, a notícia sobre grandes prejuízos de um grupo financeiro ou a quebra de grande devedor de um banco ou sobre medidas de determinado Estado que possam afetar um banco ou grupo de bancos rapidamente se alastra pelos mercados em todo o mundo, que reagem prontamente a essas informações. Assim, a concepção de risco sistêmico, que antes abrangia apenas o sistema bancário interno, teve que ser adequada à nova realidade global, em que, além dos riscos já inerentes à atividade bancária, passou a coexistir com o risco do colapso de todo o sistema bancário global em decorrência da quebra de um banco que tenha participação relevante no mercado.

A assimetria de informações é prejudicial não só para a instituição sobre a qual surgem rumores de insolvência, mas também para todo o sistema bancário, porque nos ambientes do mercado interbancário e do sistema de pagamentos existem canais de transmissão de choques entre as instituições, em especial, o mercado interbancário.

Além do risco decorrente da assimetria de informações, há também o risco, de fato, assumido por cada instituição financeira em suas operações cotidianas, que, nos dizeres de CORTEZ (2002), são os riscos propriamente ditos e que podem ser calculados e devem ser controlados.

4.2. REGULAÇÃO DO MERCADO BANCÁRIO

Diante de suas características peculiares, a grande maioria da doutrina sobre o tema define dois viéses para a regulação da atividade bancária: (a) regulação prudencial e (b) a regulação sistêmica. A regulação sistêmica refere-se à segurança e credibilidade das instituições financeiras em função de causas unicamente sistêmicas (porque o custo social da falência de uma dessas instituições ultrapassa os limites dos prejuízos dos particulares e,

atualmente, até mesmo os limites nacionais). Já a regulação prudencial refere-se à segurança e credibilidade das instituições *vis-à-vis* a proteção do consumidor, ou seja, tem como objetivo evitar as perdas do consumidor, independentemente da ocorrência ou não de consequências sistêmicas (GOODHART *et all*, 1999). Sobre a relação entre as modalidades de regulação, aponta CORTEZ :

Apesar de existir uma relação de complementaridade ente a regulação prudencial e a regulação sistêmica, pode-se dizer que a primeira, além de visar a proteção do consumidor, tem um caráter preventivo, sendo pautada por diretrizes técnicas que visam limitar os riscos incorridos por cada banco. Já a segunda é mais um remédio a ser utilizado quando já iniciado um evento sistêmico, para que se limite o contágio do choque inicial, evitando-se assim uma crise sistêmica. (CORTEZ, 2002, p. 326)

A regulação prudencial tem objetivo controlar (na medida do possível) a exposição dos bancos aos riscos inerentes à atividade bancária, que, de acordo com a classificação formulada por LASTRA (2005), são:

(1) risco de crédito – probabilidade de inadimplência em uma operação de crédito, que é geralmente utilizado pelos reguladores para classificar os empréstimos e avaliar o capital da instituição;

(2) risco de transferência de país – que é o risco de que um devedor não consiga honrar sua obrigação em decorrência de ações do governo ou das condições econômicas de um país. Esse risco está diretamente ligado ao risco soberano, que é “a probabilidade de interrupção de interrupção de pagamentos externos por um país” (LASTRA, 2005, p. 84)

(2) risco de concentração – decorrem dos movimentos em bloco de grande quantidade de capital, que pode afetar a estabilidade e a liquidez de um banco ou sistema financeiro, principalmente os menos sofisticados e capitalizados;

(3) risco de mercado – é definido por LASTRA (2005) como “a volatilidade dos preços no mercado financeiro em geral”, que altera o valor de títulos de dívida ou valores mobiliários que compõem o ativo bancário;

(4) risco de operações (*settlement risk*) – causado pela flutuação no mercado de derivativos;

(5) risco de liquidez – nas palavras de TURCZYN (2005), esse é considerado o risco bancário básico, por natureza porque é intrínseco à atividade de intermediação bancária. Como os depósitos efetuados pelos poupadores são emprestados aos investidores, seu passivo é mais facilmente convertido em dinheiro do que o ativo. Ocorre que o banco tem a obrigação de atender à demanda de liquidez, mesmo se, para tanto, tiver que se tornar insolvente. Esse é o risco presente no caso das corridas a bancos.

(6) risco operacional⁵⁷ – está relacionado aos controles administrativos dos bancos e inclui uma série de riscos não decorrentes da atuação no mercado, como fraude, negligência, violação de normas internas e falhas de tecnologia e humanas.

(7) risco legal – risco na alteração de leis que interferem na lucratividade de produtos financeiros.

No intuito de controlar a exposição global a todos esses riscos, muitos foram os instrumentos regulatórios criados pelos órgãos reguladores. Um desses instrumentos é a definição do capital regulatório — um dos principais objetos das recomendações do Segundo Acordo da Basileia — que consiste em um percentual do capital com que trabalha a instituição financeira e que não deve ser objeto da atividade de intermediação com a finalidade de (1) proteger aqueles que efetuam depósitos e que não possuem seguro no caso de insolvência ou liquidação da instituição, (2) absorver perdas inesperadas com margem suficiente para que o banco continue exercendo suas atividades normalmente, (3) garantir provisão para que o banco consiga prestar seus serviços e desenvolver novos programas, e (4) evitar expansões injustificadas nos ativos (GART, 1994, p. 25).

⁵⁷ Apenas a título ilustrativo, o prejuízo recentemente sofrido pelo Société Générale, na França, causado por um de seus operadores, que efetuou operações fictícias que resultaram em um fraude no valor de US\$ 7 bilhões. Notícia disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u367499.shtml>>, acesso em 10.3.2008

Se um ou mais riscos da atividade bancária acarretam, no mercado, uma crise de confiança na capacidade de uma ou mais instituições honrarem suas obrigações (liquidez do passivo), poderá se instaurar uma crise sistêmica. Caso isso ocorra, os reguladores lançam mão dos dois principais instrumentos da regulação sistêmica: o seguro de depósitos e a função de prestador de última instância desempenhada pelo banco central (CORTEZ, 2002, p. 325).

Não se pode olvidar, ainda, da regulação concorrencial, que visa a garantir que “não haverá competição predatória ou monopolística e que, na atividade bancária, todos serão tratados igualmente” (SADDI, 2001, p. 62).

Não obstante a ampla aceitação e utilização dos conceitos de regulação prudencial e sistêmica, estes não encerram todas as formas de intervenção na atividade bancária com o fito de controlar o risco sistêmico, as crises de mercado e suas conseqüências. Há um certo consenso sobre a necessidade de controle do risco a que se submetem as instituições financeiras não há, entretanto, consenso sobre a necessidade de um controle externo às instituições; se o controle deve ser feito de forma impositiva ou por meio de incentivos; sobre a concepção do que seja a regulação e quais os objetivos a serem perseguidos. O denominador comum é apenas a existência do risco de contágio de todo o mercado por crises e quebras de instituições relevantes, o que torna peculiar a discussão sobre a atividade bancária.

4.3. OS FUNDAMENTOS DA REGULAÇÃO BANCÁRIA SOB A ÓTICA DO DIREITO

Como visto, prevalece nos estudos sobre a regulação do sistema financeiro preocupação com a liquidez e higidez desse mercado e, também, com o consumidor na qualidade de depositário ou como credor de instituição bancária. Em várias das obras citadas, há uma identificação da eficiência econômica do sistema bancário com sua função e

relevância social. Pode-se dizer que, para os autores citados, garantida a estabilidade do mercado bancário, concretizada está sua função social. À guisa de exemplo, SADDI aponta, para o jurista, o aspecto mais importante da atividade bancária:

Interessa ao direito, portanto, que tais mecanismos estejam em perfeito funcionamento para que se tenha assegurada uma condição em que emprestadores possam emprestar e tomadores de empréstimo possam pedir emprestado, sem que haja nenhuma ruptura no mercado de crédito. (SADDI, 2001, p. 29)

Essa visão demonstra uma primazia da eficiência, em termos econômicos, para a atividade regulatória e, por conseguinte, para o Direito (nacional e internacional) aplicável às instituições bancárias. A eficiência, a geração de lucros, em uma economia de mercado é vital para a própria existência do mercado e, no caso, do sistema financeiro, para que haja oferta de crédito aos demais ramos da economia. A solidez do mercado bancário é essencial para o bom funcionamento da economia.

Esse mercado, como todos os outros, entretanto, está inserido dentro de um contexto social, que precisa ser considerado na definição do conceito de eficiência a ser buscado com a intervenção no mercado.

A atividade econômica desenvolvida pelos bancos é deveras peculiar se comparada às demais atividades econômicas, em razão dos efeitos que gera na economia. A intermediação bancária confere ao banco a capacidade de expandir ou reduzir a base monetária de um país, assim como várias outras atividades típicas de instituições financeiras, como as operações de câmbio.

DYMSKI (2005) apresenta uma interessante vertente da regulação bancária, que é a regulação social. Economista, o Autor atenta para o fato de que a regulação (ou a ausência dela) no setor bancário determina quem terá acesso ao crédito. A função da intermediação bancária é interligar o capital de poupadores e investidores ou consumidores. Não basta, entretanto, que essa atividade seja lucrativa, ela deve proporcionar o amplo acesso ao crédito, o que inclui o acesso à população de baixa renda, a mulheres e outras minoria.

No mesmo sentido, FLORENZANO (2004) aponta para a necessidade de inserir, dentre os objetivos da regulação bancária, a eficiência social:

(...) as instituições financeiras têm como responsabilidade social para com a comunidade na qual estão inseridas, que se pode traduzir pelo dever de proporcionar acesso aos produtos e serviços do sistema financeiro a todos os setores da sociedade, e não apenas à clientela de alta renda. Portanto, a responsabilidade a que estamos nos referindo implica o dever de proporcionar acesso ao sistema financeiro às camadas de baixa renda, incluindo pequenos agricultores, pequenas e microempresas, e os pobres em geral. (FLORENZANO, 2004, p. 95)

É evidente o interesse público na regulação da atividade bancária também por outros motivos, como esclarece MONCADA:

A intervenção estatal visará pois evitar aumentos explosivos da quantidade de moeda em circulação, induzida pelo fenômeno da moeda bancária ou escritural criada através de simples operações bancárias, assim pondo termo a uma inflação incontrolável e orientar a distribuição do crédito entre particulares, as empresas e os próprios poderes públicos no sentido de que as quantidades a distribuir, o juro e os prazos sejam os mais conformes ao interesse geral (MONCADA, 2003, p. 306)

Daí que a intervenção na atividade bancária não pode se reduzir ao afastamento dos riscos e da garantia do depositário.

Ademais, é típica atividade de política econômica, imprescindível para o direcionamento da economia de um determinado país. A expansão do crédito para a indústria produtiva, para a exportação são elementos determinantes do crescimento das atividades econômicas e, muitas vezes, do emprego.

Isto é evidente ao menos desde a era do padrão ouro. Sob esse regime, o incremento das taxas de redesconto⁵⁸ dos bancos não era uma singela medida de restrição às atividades bancárias, era uma medida de política econômica que tinha por escopo manter a paridade da libra com o ouro por meio do controle da oferta de moeda. Esse é um bom exemplo para demonstrar que as medidas de intervenção na atividade bancária têm reflexos para toda a economia.

⁵⁸ operações de redesconto a assistência financeira de liquidez. O redesconto em si poderia ser definido como o desconto antecipado de um título de crédito perante a autoridade monetária

As medidas de política econômica também geram efeitos no ordenamento jurídico e o ordenamento jurídico nas medidas de política econômica. Novamente, utiliza-se o exemplo do padrão ouro. Na medida em que foram sendo reconhecidos direitos sociais aos cidadãos, na medida em que foi ampliados os canais de interferência junto ao poder político institucionalizado, tornou-se inviável a simples adoção das medidas recessivas à economia em nome de uma meta de política econômica. O surgimento dos direitos trabalhistas limitou a elasticidade do preço dos salários. Aí, pode-se vislumbrar o componente de fé política que integra as relações econômicas.

Os instrumentos jurídicos de execução da política econômica são normas jurídicas como quaisquer outras que têm como destinatário os cidadãos em todas as suas dimensões, não apenas a econômica.

Os objetos de proteção das regulações prudencial e sistêmica são extremamente relevantes, mas não podem ser as únicas variáveis consideradas. Assim, além da defesa do consumidor que efetiva um depósito e do sistema bancário, é preciso ter em mente todos os demais efeitos sociais e inerentes às medidas adotadas.

Da mesma forma como alguns economistas pensam a macroeconomia a partir da microeconomia, ou seja, do comportamento de cada agente de mercado ao tomar suas decisões, é importante que o Direito seja capaz de analisar os efeitos das políticas econômicas nas microesferas de Direito.

Abordando esse aspecto da política econômica, CASTRO (2005) definiu a economia como uma rede de contratos, que relaciona juridicamente indivíduos, Estado e grupos sociais mediante o concurso dos processos *eleitoral, legislativo, administrativo e judicial*.

Os processos eleitoral e legislativo afetam os contratos na medida em que, a partir deles, é definida a atuação do Poder Legislativo, que edita as normas jurídicas de constituição e interferência na atividade econômica. O processo administrativo, hoje, envolve a função

legislativa, de fiscalização e direcionamento da atividade econômica. O processo judicial é imprescindível na definição dos comportamentos dos agentes econômicos, na medida em que define o conteúdo de direitos e também as formalidades procedimentais aplicáveis a contratos.

Assim, a regulação bancária exercida por banco central ou outra agência reguladora do mercado, desenvolve, essencialmente, atividade que interfere diretamente nos contratos celebrados dentro desse mercado, sejam eles os contratos entre bancos, entre bancos e banco central ou entre bancos e consumidores.

Segundo CASTRO (2007), esses contratos, que constituem a rede das relações negociais estruturantes da economia, possuem três espécies de cláusulas: (i) a cláusula valorativa, de onde se tem um bem da vida ou conduta; (ii) a cláusula monetária, que determina os recursos monetários ou financeiros negociados. O conteúdo dessas duas primeiras cláusulas é extraído das cláusulas formais dos negócios jurídicos, o que não ocorre com o terceiro tipo, (iii) a cláusula da autonomia responsável, assim caracterizada:

A cláusula da autonomia responsável, embora não se materialize como cláusula ou conjunto de cláusulas escritas, formalmente incluídas nos instrumentos contratuais, corresponde ao “bem geral” da “autonomia responsável”, de caráter ético, decorrente da incidência de princípios de direito, conforme elaborados, sobretudo, pela jurisprudência acerca do conteúdo dos direitos fundamentais presentes nas constituições, e conforme ainda dimanada do conteúdo de leis e tratados relativos à proteção dos direitos humanos, que podem se tornar objeto de jurisprudência local e internacional. (CASTRO, 2008)

As cláusulas valorativa e monetária, acrescenta Castro, têm segmentos privados e públicos. Os segmentos públicos são inseridos nos contratos pela lei, jurisprudência ou ato administrativo e excluem determinados objetos, matérias e formas de negociação da livre comercialização entre os entes privados. Quadra também o registro de que “separação entre esses dois segmentos (*privado e de interesse público*) das cláusulas contratuais nos diferentes negócios jurídicos não é “natural”, nem é fixa no tempo, pois depende das conseqüências práticas da separação de poderes e da operação dos “freios e contrapesos” sob a democracia”

(CASTRO, 2008). É o conteúdo do segmento público das cláusulas valorativa e monetária que dão supedâneo à formação do discurso legitimador da cláusula da autonomia responsável.

No campo do direito bancário, um exemplo de cláusula de autonomia responsável definida pela jurisprudência pode ser considerado o teor da súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça: “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

Quando se fala, portanto, nos custos sociais da quebra de um banco em decorrência da concretização do risco sistêmico, está se falando na inadimplência do banco nos contratos de depósito que mantém com seus clientes. Nesse contrato, é possível que se inclua uma cláusula de autonomia responsável que determine a indenização prioritária desse cliente para a concretização de um direito fundamental, como direito a saúde, por exemplo.

Deve-se buscar a garantia não apenas de direitos positivados, mas também do substrato social já descrito acima, que representa a consideração especial conferida a bens inseridos no mercado (objeto de contratos), mas que possuem uma especial consideração em decorrência de valores que a sociedade, determinado grupo ou mesmo pessoas conferem a esses bens.

No mercado financeiro, muitas vezes, bens e serviços que caracterizam ou concretizam direitos fundamentais são frequentemente objeto do fenômeno da financeirização, cujo conceito é:

Financeirizar: subordinar, sobretudo por meio da interconectividade contratual, a determinação das prestações pecuniárias da economia real à especulação praticada em mercados financeiros, incluindo (no caso da "financeirização aberta", resultante do cancelamento dos controles cambiais a partir da década de 1970) os mercados internacionais (bolsas de valores e de mercadorias ou mercados financeiros privados, não adequadamente alcançados pela regulamentação pública). (CASTRO, 2005)

Exemplo da financeirização internacionalizada pode ser encontrado na recente prática brasileira do financiamento de automóveis cuja prestação era atrelada à variação do dólar.

Com a abertura dos mercados, as instituições financeiras passaram a ter grande acesso ao crédito em moeda estrangeira, que geralmente eram créditos de curto-prazo. Na atividade de intermediação financeira, dólares captados no exterior eram oferecidos para clientes nacionais na forma de financiamento de automóveis. Com a inexistência de barreiras aos fluxos de capitais, durante a crise asiática dos anos 90, houve uma retração na oferta de moeda estrangeira, tendo os investidores passado a buscar mercados mais seguros (geralmente países desenvolvidos) para depositar o capital. Essa retração causou uma valorização repentina do dólar, que teve efeitos diretos nos contratos de financiamento.

Nessa ocasião, o Judiciário entendeu que os custos decorrentes da variação inesperada do dólar deveriam ser rateados entre a instituição financeira e seu cliente, como se verifica na ementa do Acórdão abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. VARIAÇÃO CAMBIAL. **DÓLAR** NORTE-AMERICANO. DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA NACIONAL. JANEIRO DE 1999.

1. Na linha da jurisprudência firmada na Segunda Seção do STJ, o art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor incide apenas para retirar a onerosidade decorrente de fato superveniente que afeta a capacidade do consumidor adimplir o contrato. Assim, no caso presente, a partir de janeiro de 1999, as prestações do contrato de **leasing** devem ser reajustadas pela metade da variação cambial verificada.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no Ag 860860 / RJ, AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2007/0022467-6, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 18.12.2007)

Assim é que a regulação bancária é processo administrativo que interfere diretamente na rede de contratos que forma a economia e, por sua vez, interfere diretamente na proteção dos direitos e valores dos cidadãos presentes nas relações sociais e econômicas, concretizadas em um contrato.

Os dois exemplos de precedentes demonstram um desenvolvimento da doutrina jurídica mais aberta aos valores sociais envolvidos nas relações jurídicas, que reconhece a eficácia dos direitos fundamentais e outros direitos infraconstitucionais nas relações privadas.

Dessa maneira, é importante atentar, na regulação da atividade bancária, aos direitos envolvidos em cada relação contratual que integra a rede de contratos que compõe a economia.

A principal atividade das instituições financeiras é o fornecimento de crédito, seja por meio da disponibilização de ativos da instituição, seja através da atividade de intermediação bancária (captação dos passivos e concessão de créditos nas operações ativas) e que servem como interessante exemplo para análise dos efeitos da regulação bancária.

A cláusula monetária, nesse caso, é composta também de moeda, mas fixada não em termos de numerário, mas de taxa de juros, que é a remuneração do credor. Nesses casos, como explica Castro (2006), o Estado deve ser considerado parte em contrato conexo ou interveniente na medida em que interfere nas taxas de juros do mercado.

Quadra o registro de que o contrato de financiamento é deveras peculiar, pois tanto a cláusula valorativa como a cláusula monetária são compostas de moeda. *In casu*, o tempo é um elemento importante, pois, o credor abre mão de ter a disponibilidade daquela quantia no presente para reavê-la futuramente, mediante uma remuneração. Em uma perspectiva keynesiana, essa remuneração é vista como a recompensa da “renúncia à liquidez” por um determinado período, ela é “o inverso da relação existente entre uma soma de dinheiro e o que se pode obter desistindo, por um período determinado, do poder de comando da moeda em troca de uma dívida” (KEYNES, 1982, p. 136). Assim, como para ambas as partes há uma prestação pecuniária, vê-se a importância (e até, de certa forma, a comercialização) do elemento tempo: uma parte dá dinheiro a outra agora e, para tanto, obtém um prêmio, ao longo do tempo em que é executado o contrato, também em dinheiro.

Faz-se mister apontar a distinção entre os contratos em que são acordadas taxas de juros previamente em um percentual fixo, como, por exemplo, 2,5% ao mês, e os contratos que prevêem remuneração atrelada a algum indexador, como a TR ou o INPC, por exemplo.

No primeiro caso, a intervenção estatal dar-se-á de maneira mais intensa no momento da fixação da taxa e, de forma indireta ao longo do cumprimento do contrato. A interferência no momento da celebração se dá, pois, nesse instante, o Estado está influenciando as taxas de juros da economia, de forma que o credor, diante do quadro econômico naquele momento, entende lucrativa uma determinada taxa de juros. A interferência indireta se dá em razão da alteração da relevância econômica⁵⁹ dos contratos, por exemplo, se a autoridade monetária decide interferir no mercado com o objetivo de aumentar expressivamente a taxa de juros, aquela remuneração de 2,5% ao mês passará a ser ínfima diante do novo quadro econômico. Para o devedor, caso seja necessário um novo empréstimo para honrar com alguma das parcelas fixadas no contrato, o adimplemento da obrigação pode se tornar extremamente oneroso.

Quando a cláusula monetária é fixada nos termos de algum dos indexadores da economia, ou até mesmo atrelada à taxa de câmbio ou juros fixados pela autoridade monetária, percebe-se uma interferência muito mais forte do Estado, que, de certa forma, participa da elaboração do próprio conteúdo da cláusula monetária (remuneração do credor), que é alterada ao longo dos meses de vigência do contrato. Aqui, há também a interferência estatal na determinação da relevância econômica do contrato para as partes, e a essa atividade soma-se a determinação da cláusula monetária.

Ainda que não tenha sido sob a ótica dos instrumentos aqui apresentados, os tribunais brasileiros, em diversas situações, designaram o conteúdo do segmento de interesse público da cláusula valorativa nos contratos de financiamento.

⁵⁹ A *relevância econômica* é um conceito apresentado em Castro, 2006, que pode ser explicado por meio de um exemplo ocorrido no Brasil. Logo após a implementação do plano real, durante determinado período, a autoridade monetária mantida (por meio dos instrumentos de intervenção indireta) a paridade do real com o dólar, período em que muitos consumidores firmaram contratos de financiamento de automóveis atrelados ao dólar. Ocorre que, com a crise da Ásia de 1999, houve uma intensa valorização do dólar frente ao real, o que alterou a relevância econômica dos contratos para os consumidores, que se viram, naquele momento, compelidos a adimplir uma obrigação relativa à cláusula monetária desproporcional à cláusula valorativa, em decorrência de mudanças na taxa de câmbio.

Um exemplo de determinação do segmento público da cláusula valorativa dos contratos foi o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça de que “a correção monetária deve ser conhecida de ofício, por ser um direito subjetivo da parte, já que não representa acréscimo no *quantum* devido, mas mera atualização do poder aquisitivo da moeda”⁶⁰. Vê-se, portanto, que a correção monetária não integra a parcela relativa ao prêmio de liquidez (ou a taxa de juros que remunera o credor), que é conteúdo da cláusula monetária. Ela faz parte da cláusula valorativa por corresponder ao bem da vida em questão, que lhe foi entregue e deverá ser devolvido ao credor. Nesse caso, há uma garantia do direito do credor.

Há também exemplos de determinação do segmento de interesse público na cláusula monetária. Em contratos de financiamento para compra de imóvel, o STJ definiu que, exceto nas hipóteses previstas no Decreto 22.626/33, não é cabível a capitalização dos juros. Aqui, resta evidente que o conteúdo da cláusula da autonomia responsável é a garantia da equidade material do contrato, já que impede que uma das partes, por não possuir os recursos de que necessita em determinado momento, seja obrigada a pagar juros (prêmio) abusivos à parte que dispõe da liquidez.

Cabe o registro de que os contratos de financiamento pressupõem uma parte que tenha a disponibilidade de recursos líquidos e, para quem seja interessante abrir mão dessa liquidez em troca do recebimento de juros; do outro lado, há uma parte que não dispõe de recursos no momento e que está disposta a remunerar o detentor dos recursos para utilizar a quantia disponibilizada. Nesse quadro, os bancos e demais instituições financeiras assumem uma posição relevante, na medida em que fazem a ponte entre os poupadores e os que pretendem efetuar gastos, seja em investimento produtivo, mero consumo, adimplemento de outras dívidas.

⁶⁰ AgRg no REsp 807735 / RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 30.6.2006

Os bancos, na prática, emprestam mais de uma vez o numerário referente aos depósitos à vista e, dessa maneira, acabam por ter grande interferência na economia, na medida em que têm a capacidade de criar moeda, de injetar liquidez. Essa característica é também imprescindível para o presente estudo, na medida em que a classificação dos riscos a que se submete a instituição financeira será efetuada em consonância com os novos princípios da Basiléia.

A atividade bancária, como as demais atividades econômicas, sofre interferência direta e indireta do Estado, por meio dos instrumentos já expostos⁶¹, que devem estar em consonância com os demais direitos positivados, definidos no caso concreto ou por meio do debate público entre os afetados.

⁶¹ O funcionamento de todo o sistema financeiro, em especial a determinação da taxa de juros, sofre a influência também dos instrumentos de política monetária, inclusive decisões sobre: depósito compulsório, operações de compra e venda de títulos da dívida pública do Tesouro, taxa de redesconto

5. O SEGUNDO ACORDO DA BASILÉA

Nos capítulos anteriores, pôde-se verificar que as relações econômicas desenvolvem-se de acordo com seu o ambiente institucional e social, além de seu contexto histórico. Assim, antes de analisar o II Acordo da Basiléia, que é instrumento jurídico de política econômica, serão delineadas algumas características do ambiente institucional em que elaborado – o BIS e o Comitê da Basiléia – e o histórico do Acordo para, finalmente, descrevê-lo.

4.1. BIS (*BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENT*)

O BIS é uma instituição financeira internacional que abarca cooperação internacional financeira e monetária e atua, de certa forma, como banco central dos bancos centrais. A sede do BIS fica na cidade da Basiléia, Suíça, e há escritórios de representação em Hong Kong e na cidade do México.

O BIS tem estrutura jurídica de sociedade anônima, cujo capital foi subscrito por bancos centrais e instituições financeiras. O direito de representação e voto nas Assembléias Gerais é proporcional às cotas do capital social do BIS emitidas em cada país⁶².

Como dito inicialmente, a instituição foi criada em 1930 pela Conferência de Haia para gerenciar as indenizações impostas aos países perdedores da I Guerra Mundial, mas a instituição evoluiu em sua atuação através dos anos. Na ocasião de seu surgimento, Alemanha, Bélgica, França, Reino Unido, Itália e Japão acordaram com a Suíça que a sede do BIS seria na Basiléia e que essa instituição contaria com imunidade total em relação às leis dos países membros (CAVICCHIOLI, 1999).

⁶² O Banco Central do Brasil foi convidado a associar-se em 1996 e, com a autorização concedida pelo Decreto Legislativo nº 15, de 19.3.1997, passou a fazer parte do BIS com a compra de 3.000 ações, no valor de US\$ 35.800.000,00 (trinta e cinco milhões e oitocentos mil dólares). Suas cotas, entretanto, não permitem uma posição relevante na tomada de decisões e nem permite a sua inclusão no Grupo dos 10, que compõem o Comitê da Basiléia.

No período entre guerras, o BIS sofreu freqüentes pressões sobre a sua tarefa de administrar o pagamento das indenizações de guerra. Com a instabilidade das moedas, o sistema bancário de vários países europeus esteve em risco, como foi o caso da Áustria (EICHENGREEN, 1996). Nos momentos de crise, em que os Estados precisavam injetar recursos na economia em geral e no mercado bancário, a alternativa das indenizações sempre ressurgia, cada vez com mais força, para os países vencedores.

Quando do surgimento do Fundo Monetário Internacional, em 1944, dada a magnitude e amplitude de atuação dessa nova organização, o BIS pareceu desnecessário. DAM (1983) ressalta, ainda, que as acusações de que o BIS teria favorecido a Alemanha nazista contribuíram para se decidir sobre sua extinção; entretanto, os bancos centrais que eram donos do BIS preferiram mantê-lo, já que essa alternativa era mais cômoda do que a de promover sua liquidação. Além disso, tinham alguma relevância os encontros mensais que ocorriam na Basileia para cooperação no âmbito do sistema financeiro. O BIS ganha importância novamente quando é escolhido para funcionar como o agente de compensações do primeiro acordo de pagamentos intra-europeu (*first intra-European payments agreements*). Esse primeiro acordo — que consistia basicamente em uma rede de acordos de pagamentos bilaterais — transformou-se em um sistema de compensações multilateral da União Européia de Pagamentos (*European Payments Union*) em 1950, que representou, juntamente com a criação da Organização Européia para a Cooperação Econômica, o primeiro passo para a integração econômica do bloco europeu. Nesse sentido, complementa DAM:

The success of the EPU in leading to general external convertibility of many currencies in 1958 created the basis for the three interrelated beliefs that were to influence international monetary developments in the 1960s and 1970s: first, progress in the monetary sphere required close cooperation among the major developed countries and could not be left to a universal organization with many less developed country members, such as the IMF; second, one major instrument for that cooperation would be the BIS not only because of its restricted membership but also because of the confidentiality of its methods; and third, in addition to cooperating among the major developed

countries, there was room for more formal organization along purely European lines. (DAM, 1983, p. 171)

Nos anos 60, muitas outras instituições além do Fundo Monetário Internacional desenvolveram-se e o BIS, aos poucos, ganhou relevância no cenário financeiro. Com a fragilização do dólar nos anos 60, foram negociados junto ao BIS arranjos de *swap* para evitar depreciações e ajudas multilaterais a moedas fracas.

É também nesse período que o grupo dos 10 (G-10) ganha cada vez mais destaque, como um grupo de discussões sobre liquidez do sistema financeiro internacional, que exerceu (e ainda exerce) grande influência sobre as decisões do FMI (DAM, 1983). Como o BIS e o G-10 eram fóruns de autoridades monetárias dos países mais desenvolvidos do mundo, esses dois entes, de certa forma, definiam as linhas gerais da abordagem a ser adotada nas relações monetárias internacionais.

Com o declínio do regime de Bretton Woods e a crise do petróleo dos anos 70, a atuação do BIS voltou-se para um objetivo principal no âmbito da cooperação monetária internacional: o gerenciamento do fluxo de capitais entre fronteiras. A partir daí, surge a preocupação com a supervisão regulatória dos bancos internacionalmente ativos o que, nos anos 70, culminou com a criação do Comitê da Basileia, o primeiro (Basileia I) e o segundo Acordo da Basileia (Basileia II). Atualmente, com a integração dos mercados e a globalização econômica, o BIS tem se focado na estabilidade econômica, em especial, após a crise da Ásia de 1997 (www.bis.org).

CAVICCHIOLI (1999) compilou, com base no Estatuto e no documento de criação do BIS, seus principais objetivos:

- promover a cooperação entre bancos centrais e conceder facilidades adicionais para as operações financeiras internacionais, atuar como depositário ou agente para compensações e outras operações financeiras internacionais;
- promover a estabilidade financeira internacional;

- atuar como “*trustee*” ou agente em acordos financeiros internacionais;
- servir como foro de discussão para os bancos centrais e outros organismos internacionais com o objetivo de promover a estabilidade e o entendimento mútuo;
- no papel de banco central dos bancos centrais, fornecer uma série de serviços financeiros e de administração de relevante parcela das reservas de câmbio internacionais que aí estão depositadas;
- promover pesquisas econômicas e monetárias para propiciar melhor compreensão dos mercados financeiros internacionais e a interação de políticas monetárias.

5.2. O COMITÊ DA BASILÉIA

O Comitê de Supervisão Bancária da Basiléia foi fundado em 1974 pelos presidentes dos bancos centrais do G-10 após sérios problemas no fluxo internacional de moedas e no mercado bancário, com destaque para a falência do *Herstatt Bank*, em Colônia, na Alemanha Ocidental (www.bis.org). A quebra desse banco teve um grande impacto em decorrência da grande quantidade de transações em moeda estrangeira que ficaram em aberto o que, por sua vez, gerou grandes perdas para os parceiros daquele banco que pagaram marcos alemães ao *Herstatt* naquele dia. As conseqüências foram também sentidas no Sistema de Pagamentos Internacional (GUP, 2004). Outras quebras de bancos também abalaram expressivamente o mercado financeiro internacional, com destaque para o Banco Ambrosiano, em Luxemburgo, em 1982, e o Banco de Crédito e Comércio Internacional (*Bank of Credit and Commerce International*), em 1991 (ALFORD, 1992).

O Comitê é formado por representantes dos bancos centrais e, em alguns casos, pela autoridade com responsabilidade formal pela regulação prudencial, quando essa atividade não é exercida pelo próprio banco central. São membros do Comitê: Bélgica, Canadá, França, Itália, Japão, Alemanha, Luxemburgo, Espanha, Suécia, Suíça, Holanda, Suíça, Reino Unido

e Estados Unidos. O Comitê se reporta aos representantes do G-10 e busca a aprovação das autoridades desses países para suas principais iniciativas (www.bis.org).

O Comitê serve de fórum para cooperação regular entre os países membros nas questões de supervisão bancária. Inicialmente, o Comitê buscou promover cooperação para fechar as lacunas existentes nas redes de regulação, mas seu objetivo é ampliar a compreensão da atividade de supervisão e melhorar a qualidade⁶³ da regulação bancária em todo o mundo.

O Comitê atua de três principais maneiras: (1) promove a troca de informações sobre políticas, operações e práticas regulatórias⁶⁴; (2) busca a melhoria da eficácia de técnicas de supervisão internacional do mercado bancário; e (3) estabelece padrões mínimos de supervisão em áreas que o Comitê entenda ser necessária a adoção desses padrões (www.bis.org).

De acordo com as informações prestadas no portal eletrônico do BIS, o Comitê não possui autoridade formal na supervisão supranacional do mercado bancário e suas conclusões não têm e nunca pretenderam ter força legal ou vinculativa. O Comitê formula padrões e linhas gerais de supervisão e recomenda normas de “boas práticas”, na expectativa de que as autoridades irão adotá-las, fazendo as adaptações necessárias à realidade da economia de cada país. Dessa forma, o Comitê encoraja a convergência de padrões e abordagens comuns sem alterar as técnicas locais de supervisão.

No intuito de preencher as lacunas de regulação do sistema monetário internacional, desde a edição do primeiro documento relativo à regulação prudencial dos bancos internacionalmente ativos (o *Concordat*), em 1975, o Comitê age de acordo com dois princípios basilares: 1) que nenhum estabelecimento de banco estrangeiro escape à regulação; e 2) que a supervisão seja adequada.

⁶³ “Qualidade” essa definida pelo Comitê

⁶⁴ A cooperação, no âmbito do Comitê, é exemplo concreto da rede internacional transgovernamental formada reguladores analisada por SLAUGHTER (2004), que discute e promove a cooperação (ou coordenação) sobre matérias de caráter dito técnico relativas à regulação do sistema financeiro internacional.

O *Concordat* representou o primeiro passo dos bancos centrais em direção a uma cooperação regulatória internacional. É com esse documento que surge um princípio presente nos dois acordos da Basileia: o da consolidação (de que todas as operações do grupo bancário, incluindo as *off-balance* sejam compreendidas). O *Concordat* adotou a filosofia do controle pelo país da sede do grupo bancário (*philosophy of home-country control*), assim, a primeira responsabilidade pela supervisão era a do país-sede, que deveria monitorar a solvência e a liquidez do grupo bancário, enquanto as autoridades do país-anfitrião atuavam sobre a instituição isoladamente⁶⁵.

Inicialmente, foram editadas, na verdade, duas Concordatas, a de 1975 e a de 1978. Com esses documentos, o Comitê tentou “atribuir a responsabilidade regulatória dos bancos que operavam internacionalmente à sua agência regulatória doméstica e criar as condições para relatórios consolidados globais” (KREGEL, 2006, p. 28).

KREGEL (2006) explica que a essência das Concordatas era definir um substituto ao prestador de última instância internacional para os bancos que operassem em nível global. Esse papel seria exercido pelo banco central do país sede. Essa metodologia, entretanto, mostrou-se ineficaz quando ocorreu a falência do Banco Ambrosiano de Roberto Calvi, que estava registrado e incorporado em Luxemburgo, mas conduzia seus negócios na Itália, sob a supervisão do Banco da Itália. No momento da falência, entretanto, nem os reguladores italianos nem os de Luxemburgo sentiram-se obrigados a intervir para salvar a instituição, já que a Concordata aplicava-se apenas à regulação de bancos e a quebra, formalmente, atingiu uma *holding*.

Esses acontecimentos tiveram extrema relevância na formulação dos seguintes Acordos da Basileia: a idéia do *home country control* foi mitigada no II Acordo da Basileia, mas mantida como um princípio geral.

⁶⁵ A supervisão com enfoque nas instituições reflete uma opção do Comitê por essa técnica regulatória. Há, também, a possibilidade de supervisão com enfoque nas atividades.

A insuficiência de coercibilidade das recomendações da Basileia é também discutível, pois apesar da informalidade do fórum e da ausência de imperatividade de suas resoluções, muitos países fora do G-10 aderiam às recomendações da Basileia, que têm tido expressiva eficácia (GUP, 2004). Ainda, nas palavras de LASTRA (2000, p. 136), “o Comitê da Basileia já serve como órgão regulador internacional *de fato*, e age como catalisador para a formação de fóruns regionais e globais onde aspectos da regulação bancária são discutidos”.

A grande adesão aos termos do Acordo por países que não são membros do Comitê decorre (1) da pretensão dos países em mostrar ao mercado que, em suas jurisdições, são desenvolvidas as chamadas “boas práticas de regulação” na tentativa de atrair capitais; e (2) da exigência feita pelo FMI, Banco Mundial e GATT para que os países membros adotem as recomendações da Basileia. Essa exigência decorre da correlação, criada por esses órgãos, entre o conceito de “boas práticas” financeiras e o Acordo da Basileia (EATWELL *et all*, 2006).

5.3. O PRIMEIRO ACORDO DA BASILÉIA

MAIA (1996) faz interessante contextualização histórica do momento que precedeu o primeiro acordo. Com a liberalização das taxas de câmbio, iniciada pelos Estados Unidos no início dos anos 70, instaurou-se um período de grande instabilidade, acompanhada por altas taxas de inflação e volatilidade das taxas de juros. Soma-se a esse panorama a crescente liberalização dos mercados financeiros. O movimento de liberalização foi liderado pelos Estados Unidos, seguido da Inglaterra. Com o passar dos anos, os países em desenvolvimento — na maioria das vezes por pressão de organismos externos, como o Fundo Monetário Internacional (FREITAS e PRATES, 2003) — também aderiram à liberalização.

A integração dos mercados por meio da diminuição de restrições em cada país acarretou a diminuição dos efeitos das ações regulatórias domésticas e ampliou a concepção de risco sistêmico para as instituições financeiras.

Com a liberalização dos fluxos de moeda, as instituições financeiras tiveram maior acesso à captação de moeda estrangeira para exercício da atividade de intermediação financeira. Ocorre que a maioria dos créditos disponíveis nesse mercado era de curto-prazo e grande parte dos ativos dos bancos é de longo-prazo. O descasamento no prazo de maturidade e a exposição ao risco cambial aumentou a exposição a riscos.

Houve, ainda, as inovações financeiras que transformaram a estrutura de funcionamento do mercado bancário: a securitização e o uso crescente de obrigações contingenciais ou operações extrabalanço⁶⁶.

A regulação do mercado bancário, em nível nacional e internacional, teve de lidar com a nova dinâmica do setor. Além dessas inovações, vários acontecimentos nos anos 80 colaboraram para a criação de mais um documento voltado para a uniformização regulatória.

MAIA (1996) aponta a crise da dívida externa como um dos principais fatores de instabilidade do mercado financeiro nos anos 1980. Já contando com certo grau de integração, o mercado financeiro foi ameaçado com uma corrida aos bancos generalizada quando da moratória do México. Daí surgiu o medo de que vários outros países em desenvolvimento não conseguissem honrar suas obrigações, o que acarretaria uma grande crise de liquidez e / ou de confiança no mercado bancário. Caso os ativos não fossem cobertos, os bancos não teriam condições de absorver as conseqüentes perdas.

Ainda de acordo com MAIA (1996), com a crescente crise de confiança nos bancos, o valor de suas ações seguia em declínio e tornava-se cada vez mais difícil elevar os níveis de

⁶⁶ “A securitização é uma expressão utilizada indistintamente na designação de dois fenômenos financeiros recentes: o lançamento de instrumentos de dívida direta por parte das empresas – prescindindo-se, assim, da interveniência de uma instituição financeira – e a transformação de ativos em instrumentos negociáveis. As operações extra-balanço incluem vários instrumentos, tais como *swaps*, opções e futuros, criados para amortecer o risco financeiro”. (MAIA, 1996, p. 52/53)

capital: “era um círculo vicioso que ameaçava os principais bancos comerciais, justamente os pilares do sistema de pagamentos internacional” (MAIA, 1996, p. 57). Segue esse Autor explicando que a solução para a revitalização do sistema bancário, curiosamente, não surgiu coletivamente por parte dos bancos centrais, mas como resultado da solução dada a problemas domésticos dos Estados Unidos.

Nesse período, o crescimento da utilização por parte dos bancos dos ativos *off-balance sheet* contribuiu para a diminuição de sua liquidez.

No mercado americano, por exemplo, o crescimento dos seguros para resguardar os riscos bancários representou um fator determinante para a diminuição do capital líquido mantido pelas instituições, pois na medida em que o ativo estava segurado, o banco sentia-se livre para continuar alavancando seu capital (GART, 1994). Nos anos 80, nos Estados Unidos, o patrimônio líquido dos bancos seguiu em declínio.

Foi um período marcado pela alta alavancagem dos bancos americanos, já extremamente agressivos no mercado financeiro internacional naquela década. As autoridades reguladoras americanas passaram a buscar a definição de um novo marco regulatório para o mercado bancário. Registre-se que até então não existia o capital mínimo regulatório.

Inicialmente, a proposta americana para um novo marco regulatório do sistema financeiro (*Program for Improved Supervision and Regulation of International Lending*), de 1983, tinha como foco a diversificação dos riscos e o fortalecimento das finanças.

No âmbito interno, entretanto, o foco era outro:

A idéia de elevar os requerimentos de capital era simpática aos congressistas norte-americanos, que consideravam o capital bancário um *bem público* cujos benefícios sociais, em termos da prevenção de falências bancárias, superavam em muito os seus custos privados; ou seja, acreditava-se que, se cada banco fosse levado a trabalhar com maiores níveis de capital, o resultado seria uma maior confiança no sistema financeiro internacional como um todo. Ademais, a imposição de maiores requerimentos de capital afastaria dos contribuintes o temor de que eles sozinhos tivessem que recapitalizar todo o sistema financeiro, quer pela assistência bilateral, quer pelo aumento de cotas no FMI, uma vez que os custos da maior capitalização seriam repartidos com os acionistas dos bancos. (MAIA, 1996, p. 58)

De outra banda, os bancos alegavam que uma ação unilateral nesse sentido poderia gerar o encolhimento da oferta de créditos e — o argumento que teve mais força no Congresso — os bancos americanos perderiam a competitividade com relação às instituições de outros países, que tinham mais liberdade de alavancagem (MAIA, 1996). A solução apresentada foi a convergência internacional do modelo de regulação, em especial quanto à adequação do capital, já que havia o temor de que alguns governos não aumentassem o requerimento de capital mínimo em seus países para que eles não ficassem em desvantagem no cenário mundial (KAUFMAN, 2004)

Em 1983, foi editado pelo FMI o *International Lending Supervision Act* (ILSA), em atenção à proposta americana de convergência internacional dos níveis de capital. A partir daí, o *Federal Reserve Board* e outros órgãos americanos juntamente com o Comitê da Basileia iniciaram estudos sobre os níveis de capital em todo o mundo, em especial, nos países do G-10. Nessa fase de estudos e negociações sobre o modelo de regulação, tiveram destaque o modelo americano da razão capital-ativo fixa e o modelo inglês de ponderação do risco dos ativos para o cálculo do capital mínimo — este segundo aproximava-se mais da nova realidade do mercado bancário (MAIA, 1996).

Dado que os trabalhos do Comitê não fluíam como esperado, Estados Unidos e Inglaterra, em 1987, firmaram um acordo bilateral, que previa (i) definição comum de capital; (ii) vinculação do capital a um sistema de ponderação do ativo com base no risco; e (iii) inclusão das operações extrabalanço na determinação dos requerimentos de capital (MAIA, 1996, p. 64). Mais tarde, a partir de uma estratégia dos dois países signatários, aderiram ao acordo o Japão e a incipiente Comunidade Européia. O passo seguinte foi a discussão de um acordo multilateral no âmbito da Basileia e sua assinatura em 1988. Lembrando de momentos de crise do padrão ouro e do Sistema Bretton Woods, verifica-se que, nos mesmos moldes do

período das desvalorizações predatórias do período entre-guerras, a decisão para a solução da crise parte dos centros financeiros do mundo, que foram seguidos pelos demais países.

GUP (2004) apresenta mais um ponto de vista sobre a necessidade da convergência do padrão de capital mínimo, um pouco mais distanciada da visão do interesse dos bancos americanos. Para ele, as desigualdades no requerimento de capital mínimo provocavam diferentes custos de operação e acabavam servindo como incentivo para arbitragem e, por conseguinte, aumentava-se o risco sistêmico e a migração forçada de capitais.

Assim, o primeiro acordo da Basileia tinha dois objetivos principais 1) harmonizar os padrões de capital dos bancos internacionais para fortalecer a confiança e estabilidade do sistema bancário internacional; e 2) diminuir as desigualdades de exigências de capital a que estavam submetidos os bancos nas diferentes localidades.

Sobre o resultado final das negociações acerca do capital mínimo exigido, NYGAARD apresenta síntese extremamente didática:

O Acordo definiu uma medida comum de solvência, baseada exclusivamente no risco de crédito incorrido pela instituição financeira. De forma geral, sua metodologia consiste em atribuir pesos (0%, 20%, 50% ou 100%) aos diferentes ativos constituintes do patrimônio de uma instituição, em função do risco de crédito a que cada ativo está sujeito. O nível aceitável de capital é então obtido calculando-se 8% do total dos ativos ponderados pelos pesos antes especificados. Esse valor deverá estar respaldado no patrimônio líquido da instituição. (NYGAARD, 1999, p. 12)

Foi também ampliada a concepção de capital da instituição, que passou a compreender: (1) o capital básico ou *tier 1*, que incluía as emissões de ações e reservas divulgadas; e (2) o capital suplementar ou *tier 2*, que compreendia os créditos em liquidação, o que inclui, nas palavras de VERA (2006, p. 23), “as provisões para perdas em operações de crédito e empréstimos, tomados na forma de dívidas subordinadas, com maturidade superior a cinco anos”.

PEPPE (2006) aponta que o aspecto mais revolucionário do 1º Acordo da Basileia foi relacionar o capital do banco ao risco a que está submetido o portfólio da instituição. Anteriormente, a maioria dos reguladores atentava apenas na razão simples do passivo, que

tinha como base o total dos ativos. A Basiléia I também incorporou os ativos *off* e *on-balance-sheet*, bem como conferiu pesos a cada um dos ativos de acordo com o fator de risco.

Apesar da novidade da ponderação dos riscos, a fórmula elaborada pelo Comitê conferia a bancos com perfis e tamanhos totalmente distintos o mesmo tratamento. KAUFMAN (2004) aponta, ainda, que foram muitas as críticas ao acordo também por conta da natureza arbitrária das classes de risco e dos pesos atribuídos a cada uma delas. Assim, os critérios para a classificação dos riscos não eram realistas nem úteis.

Outro ponto negativo do acordo foi a criação da possibilidade de os bancos jogarem com os critérios formulados por meio do cálculo da diferença dos possíveis retornos de cada ativo com base nas exigências regulatórias de capital e das exigências do mercado. Assim, se algum ativo, pela classificação do acordo, oferecesse um risco menor do que o exigido pela análise do mercado, era vantajoso assumir o risco, já que o banco estaria resguardado pela classificação da Basiléia e teria mais capital livre para negociar. KAUFMAN (2004) conclui que essa arbitragem causou má alocação de recursos, reduzindo o bem-estar econômico e social.

KREGEL (2006) explica que a arbitragem regulatória trouxe duas principais mudanças na forma de operação dos bancos: (i) o aumento nas atividades que geravam taxas e comissões, mas não exigiam capital regulatório, em especial, a securitização de ativos; e (ii) o desenvolvimento de modelos de alocação de capital, que permitiam à instituição extrair o maior benefício possível de cada uma das faixas de risco definidas na Basiléia I. Esse autor entende que a capitalização dos bancos não é capaz de fornecer maior liquidez ao sistema bancário, principalmente em situações anormais de crise; para ele, a solução mais viável seria a definição do prestador de última instância no plano internacional.

Havia, ainda, um ponto negativo para os bancos, já que o risco total era calculado por meio da soma simples dos riscos e não levava em consideração os ganhos decorrentes da diversificação (KAUFMAN, 2004).

Como visto, o primeiro acordo da Basiléia surgiu da necessidade de uniformização da regulação bancária no mundo, de modo que os bancos americanos não ficassem prejudicados com os requerimentos de capital a eles impostos, na tentativa de evitar crises de liquidez no mercado bancário.

Apesar das críticas, o Acordo da Basiléia I foi adotado em inúmeros países e forneceu o efetivo padrão de requerimento de capital mínimo em todo o mundo.

5.4. O CONTEÚDO DO SEGUNDO ACORDO DA BASILÉIA

O segundo Acordo da Basiléia, também chamado de Basiléia II, é elaborado a partir de duas perspectivas interligadas: a intenção de corrigir os equívocos gerados no primeiro Acordo e de reforçar as medidas voltadas à solidez do mercado bancário mundial, abalada com as crises financeiras dos anos 90.

FREITAS e PRATES (2003) explicam que, com as crises mundiais de 1997/98, pode-se verificar que, em razão da adoção dos princípios da Basiléia I, o sistema financeiro sofreu menos do que com a crise da dívida externa dos anos 80, uma vez que o mercado estava mais capitalizado. Por outro lado, observou-se também que o sistema interno de avaliação dos riscos existente até aquele momento era inadequado e que os princípios em vigor não eram capazes de conter a assunção excessiva de riscos pelos bancos. Essa exposição excessiva do mercado bancário decorreu da arbitragem regulatória executada pelas instituições financeiras.

Diante desse quadro, em junho de 1999, foi proposta uma revisão do modelo de adequação do capital de 1988, com o objetivo de substituí-lo. O texto final resultou de uma série de 3 (três) relatórios consecutivos.

O primeiro, de 1999, denominou-se “Uma Nova Estrutura de Adequação de Capital” (*A New Capital Adequacy Framework*), que continha já um esboço do novo Acordo, com os pilares 1, 2 e 3 nos moldes do documento final. O segundo documento, “Novo Acordo de Capitais da Basileia” (*New Basel Capital Accord*), de janeiro de 2001, já apresentou um documento bem mais detalhado e próximo do que viria a ser o Acordo final (CORNFORD, 2006). Em abril de 2002, foi editado o terceiro documento, que representou um grande avanço com relação ao segundo documento, em termos de completude e complexidade (CORNFORD, 2006).

Foram várias as reações a este último documento, sendo que, inicialmente, Estados Unidos e Índia afastaram-se do compromisso de implementar as medidas em discussão. Os EUA reduziram a incidência das recomendações aos maiores bancos, internacionalmente ativos, como resultado de intensas discussões no Congresso Americano sobre a implementação do Acordo e seus efeitos para o mercado bancário americano. Já a Índia, posteriormente, modificou seu posicionamento, mas acenou que a adoção do Acordo dar-se-á de acordo com o ritmo da economia do país (CORNFORD, 2006). As discussões continuaram, mesmo após a edição do documento final, e ocasionaram um adiamento no cronograma inicialmente previsto para a implementação do Acordo.

Foram, também, realizados seis Estudos de Impacto Quantitativo pelo Comitê (*Quantitative Impact Studies – QIS*), com o objetivo de avaliar o impacto da implementação do Acordo nos diferentes tipos de bancos que operam internacionalmente. A idéia central desses estudos, explica KREGEL (2006), era avaliar a compatibilidade entre objetivo do Acordo de criar uniformidade de tratamento entre os bancos e a diferença entre os níveis de

capitais exigidos em decorrência da escolha das abordagens previstas pelo Acordo em cada um de seus pilares, aplicáveis de acordo com a complexidade da instituição.

Em junho de 2004, foi publicado um novo documento: *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: a Revised Framework*, que ficou conhecido como Basiléia II ou segundo acordo da Basiléia.

Atualmente, o documento original de 2004 já sofreu alterações e é apresentado na versão compilada, de junho de 2006, que contém os elementos da Basiléia I que não foram revisados no processo de elaboração da Basiléia II; a emenda ao primeiro acordo, que teve por escopo incorporar os riscos de mercado; e um novo documento de 2005, que inclui normas sobre comércio e sobre como lidar com os efeitos da dupla inadimplência⁶⁷.

A Basiléia II representa o resultado de um trabalho para garantir a convergência internacional na revisão da supervisão regulatória que determina a adequação de capital dos bancos internacionalmente ativos, nas palavras do próprio Comitê (www.bis.org). Todas as autoridades monetárias⁶⁸ dos países-membros do Comitê deram seu aval ao modelo e aos padrões contidos no Acordo, cuja implementação total está prevista para o fim do ano de 2008, podendo haver variações, já que o Comitê reconhece que a adoção do Acordo pode não ser prioridade máxima nas diferentes economias.

O documento tem circulado entre as autoridades de supervisão bancária de todo o mundo e o Comitê espera que o Basiléia II seja adotado, na medida em que compatível com as prioridades de cada país. Sabe-se que a adoção imediata dos padrões previstos no Acordo

⁶⁷ Caracteriza-se a dupla inadimplência quando o tomador e o segurador da operação não cumprem as obrigações pactuadas (CORNFOLD, 2006).

⁶⁸ O aval da autoridade monetária não necessariamente acarreta a implantação do II Acordo da Basiléia, basta ver o caso dos EUA, que, após discussões no Parlamento, decidiram por uma fórmula alternativa de aplicação do Acordo (GUP, 2004).

pode não ser prioridade para os países do G-10, que deverão avaliar o custo-benefício de sua implementação⁶⁹.

Os países não-membros do Comitê são convidados a se manifestar em fóruns específicos, para que possam opinar, mas suas considerações não são vinculantes. Muito embora o BIS alegue que o Acordo não é de adoção obrigatória para os demais Estados em que há bancos internacionalmente ativos, no portal eletrônico dessa instituição, defende-se uma postura mais agressiva para que seu modelo e padrões de supervisão sejam adotados pela maior quantidade possível de países. Principalmente no caso dos países em desenvolvimento, a adoção do Acordo da Basileia tem sido uma exigência não do BIS, mas do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional para a concessão de financiamentos (GUP, 2004).

O principal objetivo do Comitê ao elaborar o II Acordo da Basileia foi o desenvolver um modelo que pudesse fortalecer a credibilidade e estabilidade do sistema bancário internacional e, ao mesmo tempo, manter consistência de modo que a regulação por meio da adequação do capital não se tornasse uma fonte importante de competição desigual entre os bancos internacionalmente ativos. A mitigação da arbitragem é, na verdade, a busca da equiparação do capital regulatório, que as normas impõem, e do capital econômico (montante do capital dos bancos não sujeito à intermediação bancária), que os bancos entendem necessário (CHIANAMEA, 2005).

O Comitê acredita que esse modelo revisado (Basileia II) promoverá a adoção de práticas mais rígidas de controle de risco pela indústria bancária (*International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework; June, 2006*).

Na visão do Comitê, a exigência de capital mínimo do novo modelo é mais sensível aos riscos e mais adaptável às particularidades da supervisão de cada um dos países membros, pois, ao contrário do primeiro modelo (Basileia I), foram criadas fórmulas para sopesar

⁶⁹ CORNFOLD (2006) cita estudo do Instituto de Serviços Financeiros do Reino Unido que avaliou os gastos para implementação do II Acordo da Basileia entre 6 (seis) e 9 (nove) milhões de libras por instituição.

diferentes tipos de riscos a que estão expostas as instituições. Apesar das inovações, foram mantidas algumas características de recomendações já existentes: a exigência de capital mínimo de 8% dos ativos (Basiléia I); tratamento de risco de mercado da Emenda de 1996 ao I Acordo; e a definição do capital elegível⁷⁰.

Uma das inovações mais importantes do novo acordo é a criação, para os bancos, da possibilidade de escolha do padrão de classificação de riscos a ser adotado entre (a) a abordagem padronizada (nos moldes da Basiléia I, porém mais sensível a diferentes tipos de riscos) e (b) a abordagem de classificação interna.

O Comitê criou uma série de requerimentos mínimos que deverão ser respeitados pelo modelo interno de cada instituição para garantir a integridade desses modelos. GOODHART *et all* (1998) justificam a mudança no enfoque da regulação em direção à “análise interna” de riscos por parte dos bancos com base na globalização econômica, nas inovações financeiras e na crescente ineficácia das normas impostas em âmbito local. Assim, o caminho mais eficiente para controlar o risco sistêmico, na visão dos autores, é o da supervisão dos sistemas de controle interno e não a regulação mais incisiva, feita por meio de normas e recomendações mais detalhadas.

Alega o Comitê não ter a intenção de ditar a forma ou os detalhes operacionais das políticas e práticas dos bancos de administração dos riscos, pois cada autoridade supervisora desenvolverá procedimentos próprios de revisão para garantir que os sistemas e controles exercidos pelos bancos estejam adequados para o cálculo do risco. O Comitê espera, ainda, que as autoridades de cada país busquem adotar os padrões mínimos fixados nas recomendações do Basiléia II como forma de garantir a integridade da habilidade dos bancos utilizar o critério prudencial no cálculo do risco e não simplesmente usar o modelo para

⁷⁰ Capital da instituição financeira que servirá de base para o cálculo do capital regulatório. Esse conceito é importante porque, em determinadas circunstâncias, parte do capital total pode não ser elegível, obedecendo a critérios definidos em Basiléia II.

proceder cálculos em si (*International Convergence of Capital Measurement and Capital standards: a Revised Framework*, junho de 2006).

A flexibilidade na adoção do modelo em cada país é restrita: o documento apresenta uma série de opções para a definição do capital mínimo requerido para os riscos de crédito e riscos operacionais e para que as autoridades de supervisão escolham a abordagem que é mais apropriada para o tipo de operação e para a infra-estrutura do mercado financeiro. A discricionariedade de cada país ao implementar o Acordo é também limitada e as autoridades devem buscar a sua aplicação da maneira mais consistente possível para garantir a liquidez do banco. Nesse sentido, foi criado um Grupo de Implantação do Acordo (*Accord Implementation Group*), que tem por objetivo assegurar a implantação do acordo em diversos países para garantir a liquidez, por meio da promoção da troca de informações entre as autoridades competentes (*International Convergence of Capital Measurement and Capital standards: a Revised Framework*, junho de 2006).

5.5. *INTERNATIONAL CONVERGENCE OF CAPITAL MEASUREMENT AND CAPITAL STANDARDS: A REVISED FRAMEWORK*, O SEGUNDO ACORDO DA BASILÉIA

O segundo acordo da Basiléia tem a seguinte estrutura:

I. Escopo de Aplicação

II. O primeiro pilar: exigência de capital mínimo

II.1. Cálculo do capital mínimo

II.1.1. Riscos de crédito: método padronizado, método baseado em classificações internas e estrutura de securitização

II.1.2. Risco operacional

II.1.3. Risco de mercado

III. O segundo pilar: processo de revisão da supervisão

IV. O terceiro pilar: disciplina de mercado

O modelo do segundo acordo da Basileia foi desenvolvido para os bancos internacionalmente ativos. Considerando que esses bancos, via de regra, existem na forma de *holdings*, de que fazem parte várias pessoas jurídicas, com atividades financeiras específicas, o Acordo pretende abranger qualquer instituição que pertença à “holding-mãe”, para garantir que o risco possa ser mensurado em todo o grupo.

O modelo também deve ser aplicado a qualquer banco com atividade internacional que tenha ligação com um grupo bancário. Para o Comitê, o modelo também pode ser aplicado a uma instituição sem que, para o cálculo do capital, sejam computados os dados das subsidiárias, desde que qualquer aporte de capital às subsidiárias e direitos de acionistas minoritários sejam deduzidos do capital da instituição (*International Convergence of Capital Measurement and Capital standards: a Revised Framework*, junho de 2006, p.7).

Ademais, é essencial assegurar que o capital definido nos padrões de adequação esteja prontamente disponível. Não apenas o grupo, mas cada instituição bancária deve estar adequadamente capitalizada.

Na medida do possível, a intenção é abranger, no balanço consolidado das instituições financeiras, todas as atividades financeiras relevantes executadas por bancos que tenham atuação internacional. Isso inclui instituições de que o banco seja acionista controlador ou majoritário, entidades de securitização (nos lugares onde estejam sujeitas à regulação similar⁷¹ ou onde tais atividades sejam classificadas como bancárias) e entidades financeiras, que exerçam atividades como *leasing*, administração de cartões de crédito, administração de portfólio, consultoria em investimentos e serviços de penhor (www.bis.org).

⁷¹ Quando não houver regulação das atividades de securitização, atividades de seguro, entidades de comércio ou outras atividades financeiras, todo o capital referente a essas entidades não constará na consolidação.

5.5.1. PILAR 1

Da estrutura do documento, já se pode verificar que o primeiro pilar mantém, em sua essência, o conteúdo da Basileia I: a classificação ponderada dos riscos para a definição do capital mínimo exigido.

Muitas das críticas feitas ao primeiro acordo foram levadas em consideração e a ponderação tornou-se mais complexa e sensível à situação de cada instituição.

O risco total ponderado dos ativos é determinado pela multiplicação do capital mínimo exigido para o risco de mercado e pelo risco operacional por 12,5 (o número recíproco para a razão mínima de capital de 8%) e, cada um dos resultados, deve ser somado à soma dos riscos ponderados dos ativos referentes aos riscos de crédito. CORNFORD apresenta a fórmula para o cálculo de maneira didática:

Para o cálculo do índice do capital de um banco, utilizam-se como denominador os ativos ponderados pelos riscos, sendo esses ativos determinados como a soma das posições *on* e *off-balance sheet* estimadas para o risco de crédito, e dos requerimentos de capital para riscos de mercado e riscos operacionais multiplicados por 12,5, o recíproco de 8%, índice de capital mínimo estipulado pelo Acordo de 1988. O numerador consiste no capital elegível, definido na mesma forma desde o Acordo de 1988 e seus subseqüentes esclarecimentos e emendas. (CORNFORD, 2006, p. 45)

Com essa formula, pretende-se encontrar um capital mínimo que cubra o risco operacional, de mercado e de crédito, que são objeto de regulação pelo pilar 1. Demais riscos de difícil mensuração foram deixados para o pilar 2.

A estrutura dos pesos dos riscos de crédito foi alterada e, assim, seus valores passaram a ser determinados por 3 (três) métodos distintos, dependendo do tamanho e da sofisticação de cada instituição. No que tange à exposição ao risco de crédito, o risco mais importante que compõe a estrutura da Basileia é a potencial perda decorrente da inadimplência (*default*) e está dividido em dois componentes: 1) a probabilidade de que ocorra a inadimplência (*default*) - PD e 2) o percentual – em relação ao valor exposto – de perda decorrente da

inadimplência (*loss given default* - LGD). A instituição deve calcular, também, a exposição ao *default* (ED) e o vencimento efetivo do crédito (M). O valor para tais medidas deve ser estipulado pelos reguladores para os bancos menores e menos sofisticados e alterados progressivamente na medida da sofisticação dos bancos.

PEPPE (2006) realizou interessante análise do pilar 1 no que tange aos riscos de crédito, consolidado no quadro abaixo:

Quadro 3: pilar 1 do Basileia II

Possibilidade de redução do risco	Grau de sofisticação		
	Baixo	Médio	Alto
	Método patronizado	Classificação interna fundamental (IRB)	Classificação interna avançada (A-IRB)
<ul style="list-style-type: none"> - Semelhante ao critério adotado no Acordo de 1988; - Exposição é verificada através da avaliação de operações de crédito (<i>rating</i>) em função de parâmetros pré-determinados (tabelas); - Crédito sem grau de avaliação (<i>unrated</i>) são ponderados em 100% do risco. 	<ul style="list-style-type: none"> - Necessidade de avaliação interna da probabilidade de <i>default</i> em função da classificação de risco (<i>grade</i>) do devedor; - Considera instruções do órgão supervisor para estimação de outros componentes de risco; - Pode requerer apuração do médio prazo da operação ("M") 	<ul style="list-style-type: none"> - Incorpora a classificação interna fundamental (probabilidade de <i>default</i>); - Internamente, outros parâmetros devem ser estimados: <ul style="list-style-type: none"> EAD – Exposição em função do <i>default</i>; LGD – Perda em função do <i>default</i>; M – prazo médio da operação. 	
	Estas abordagens demandam: <ul style="list-style-type: none"> - Qualidade do sistema de gestão de riscos através de revisões de validação periódicas; - Definição de base de dados de séries históricas. 		

Fonte: PEPPE, 2006

Assim, sintetiza CHIANAMEA a sistemática do pilar 1:

O cálculo do risco de crédito é feito pelo método que o banco julgar mais adequado contanto que cumpra uma série de condições mínimas estabelecidas por Basileia II – uma delas já foi referida anteriormente: a base dados deve ser de no mínimo cinco anos. Ao final desse processo de cálculo, devem emergir três parâmetros para cada classe de risco de crédito: a probabilidade de inadimplência (PD), o percentual – em relação ao valor exposto – de perdas após a ocorrência de uma inadimplência (LGD), e o valor, em unidade monetária, que estará exposto ao risco na hora em que ocorrer a inadimplência (EAD). Dados esses três parâmetros

básicos (para simplificar, omitem-se as discussões sobre maturidade M e estímulo a empresas pequenas e médias S), as fórmulas fornecidas no Novo Acordo podem ser alimentadas e delas resultará o capital regulamentar para risco de crédito. (CHIANAMEA, 2005, p. 11)

5.5.1.1. Abordagem padronizada

Os bancos menores podem adotar a abordagem padronizada para avaliar seus ativos; os pesos dos ativos são determinados pelo órgão regulador, que tomará por base a avaliação que os devedores dos bancos tenham recebido de agências privadas de *rating*⁷², considerando o valor de mercado do principal débito, que reflita implicitamente PD e LGD (KAUFMAN, 2004). Nos termos do Acordo, as agências devem ser creditadas pelas autoridades supervisoras.

A abordagem padronizada *ex ante*, nos moldes da Basiléia I, é mais complexa no Basiléia II: há cinco e não quatro grupos básicos de ativos, o peso de cada grupo é baseado mais nas evidências de mercado e abrangem um espectro maior de ativos. Há, ainda, inovações com relação ao cálculo dos riscos relativos à securitização e às operações com derivativos.

O Acordo propõe metodologias de cálculo do risco dos ativos de Estados (risco soberano), entidades do setor público que não pertençam ao governo central, bancos de desenvolvimento multilaterais, bancos, empresas, ativos que geralmente não fazem parte do balanço das instituições.

Dentre os riscos de crédito, o Acordo prevê a necessidade da classificação com relação às exposições das carteiras de títulos públicos, emitidos pelo governo federal, estadual ou municipal (provincial, quando for o caso), de entidade direta ou indireta. A classificação dos riscos dessas entidades de caráter público deve refletir o perfil da autarquia ou pessoa jurídica

⁷² No corpo do acordo, é apresentada a metodologia de cálculo de risco dos ativos adotada pela *Standard & Poor's* a título exemplificativo

subordinada, considerando a "dependência em termos de gestão, orçamento e, necessariamente, do atendimento de políticas públicas que pode atingir a situação financeira" (PEPPE, 2006, p. 17). Apenas para ilustrar a metodologia do Acordo, o quadro de ponderação de risco soberano, que refletirá nos riscos dos títulos emitidos pelas entidades públicas de cada país:

Quadro 4: Ponderação de risco soberano no Basiléia II

Avaliação do Ativo	AAA até AA-	A+ até A-	BBB+ até BBB-	BB+ até B-	Abaixo de B-	Não classificado
Fator de ponderação	0%	20%	50%	100%	150%	100%

Fonte: International Convergence of Capital Measurement and Capital standards: a Revised Framework

As exposições decorrentes das emissões de títulos de instituições financeiras também poderão estar relacionadas ao risco soberano. Esses títulos receberão uma classificação imediatamente inferior à do país de emissão ou aquela decorrente da avaliação de uma agência de *rating*.

Assim, o Acordo encoraja a utilização de agências de *rating* para a avaliação dos ativos das instituições financeiras e fornece alguns critérios para que determinadas instituições sejam reconhecidas como tais. As agências devem ser reconhecidas em áreas limitadas, podendo atuar na classificação de determinados ativos ou jurisdições.

Os riscos da exposição decorrente de empréstimos a pessoas físicas e jurídicas poderão ser avaliados com a segregação das carteiras de crédito em dois principais grupos: 1) varejo: empréstimos a pessoas físicas e jurídicas de pequeno porte; e 2) corporativo: grandes corporações e *middle market* (PEPPE, 2006).

O primeiro grupo pode ser avaliado assim como os entes soberanos, com avaliação por agências externas de *rating*. Quanto ao segundo grupo, a discricionariedade da autoridade supervisora, segundo o Acordo, é menor e a classificação deve atender a um grupo de regras, que inclui a consideração do tamanho da empresa, do perfil do crédito concedido,

pulverização da carteira e valor máximo de exposição por contraparte (que deve ser adequado pela autoridade reguladora à realidade de cada mercado).

As normas aplicáveis a pequenas e médias empresas foram objeto de intensa negociação quando das negociações do Basileia II, uma vez que os bancos alemães apresentam grande quantidade de suas carteiras voltadas a empresas desse porte. O caso dos países em desenvolvimento, que não têm poder de negociação durante o processo de formação do concerto, também é um ponto de muitas críticas como será visto adiante.

Há também uma série de indicações para diminuir o risco dos ativos, como a exigência de garantias, os derivativos, as garantias de terceiros que serão consideradas no cálculo dos riscos.

5.5.1.2. Classificação interna de riscos

Os bancos maiores devem se pautar mais nas informações geradas internamente, na abordagem de classificação interna (*internal rating approach* - IRB), em que PD e LGD são definidos pelo regulador (KAUFMAN, 2004). A instituição pode optar, também, por utilizar seu próprio PD e o LGD do regulador. Na verdade, a adoção dessa metodologia decorre de um dos principais argumentos em prol da auto-regulação do mercado bancário: quem detém acesso às informações de mercado pode avaliar melhor os riscos do que qualquer regulador externo.

Os maiores e mais sofisticados bancos poderão utilizar a abordagem de classificação interna avançada (*Advanced IRB approach* – A-IRB⁷³), que lhes permite usar o próprio PD e LGD. Não há, entretanto, uma auto-regulação pura, já que os modelos desenvolvidos pelos bancos deverão ser avaliados e aprovados pelo órgão regulador.

⁷³ Vide quadro 3 *supra*.

Os modelos de avaliação interna dos riscos devem levar em consideração não só as perdas esperadas como também as perdas inesperadas, além da exposição decorrente da securitização. No caso do A-IRB, o cálculo do LGD precisa considerar também as reviravoltas econômicas.

O Acordo sugere o agrupamento dos créditos em diferentes classes, considerando o risco de cada uma. São elas: 1) ativos corporativos: financiamento de projeto, financiamento de objeto, financiamento de *commodities*, bem imóvel para geração de renda, bem imóvel de alta volatilidade; 2) ativos de varejo: exposições garantidas por propriedades residenciais, exposições de varejo rotativas e as demais exposições a varejo; 3) exposições de soberania e exposições de contrapartes financeiras (que deverão ser tratadas de modo análogo ao do método padronizado); 4) exposições de participação patrimonial. O LGD, EAD e PD serão calculados de acordo com o método adotado pela instituição (IRB ou A-IRB).

No processo de implementação dos modelos internos, o Acordo sugere que as autoridades supervisoras utilizem um piso de capital mínimo até que os modelos estejam bem adequados.

A utilização de procedimentos internos de avaliação de riscos requer a divulgação de informações quantitativas e qualitativas, em atenção ao segundo pilar do Acordo.

Uma vez mais aproveitando a análise de KAUFMAN (2004), ainda há fortes críticas a essa nova forma de classificação de riscos, tanto na participação do regulador como na atividade de auto-regulação. Para esse autor, o regulador pode cometer grandes equívocos ao determinar o LGD, ao passo que o A-IRB pode se tornar muito complexo e opaco para os reguladores, diminuindo a eficácia da atividade de regulação. Vale anotar que as próprias determinações da Basileia II para a construção dos modelos internos de classificação de riscos já são, em si, deveras complexas.

5.5.1.3. Risco operacional

A Basileia II define o risco operacional como "o risco de perda resultante de pessoas, sistemas e processos internos inadequados ou deficientes, ou de eventos externos" e, como ensina PEPPE (2006), esse risco inclui também as exposições a multas, sanções e indenizações decorrentes de ação de fiscalização do órgão regulador.

GUTTMAN (2006) aponta a distinção entre “riscos humanos” (erros, defeitos em modelos, fraude, terrorismo) e outros riscos (desastres naturais ou infortúnios em infraestrutura). Estão excluídos o risco estratégico⁷⁴ e o de reputação⁷⁵, que são abordados no segundo pilar do Acordo.

O risco operacional ganhou especial destaque no início dos anos 90, quando da crise do banco BARINGS, um dos mais antigos bancos de investimento do sistema financeiro inglês, que quase faliu em razão de perdas no mercado futuro provocadas por um operador, que encobriu suas perdas durante dois anos⁷⁶. Já no século XX, os efeitos provocados nas bolsas e instituições financeiras após o 11 de setembro, com a destruição do sistema de transferências e compensações do Banco de Nova Iorque (que funcionava no World Trade Center), mostram como manifestações súbitas de risco operacional geram efeitos graves e de amplo espectro no mercado financeiro (GUTTMAN, 2006).

Em tempos recentes, outro exemplo de perdas decorrentes do risco operacional foi o *Société Générale*, segundo maior banco da França, que informou uma perda de 4,9 bilhões de

⁷⁴ “Risco estratégico é o de perdas por erros estratégicos na seleção ou gestão de negócios” (CORNFORD, 2006, p. 69).

⁷⁵ “Risco de reputação é o da perda de confiança em um banco entre seus pares, clientes ou reguladores, ou ainda nos mercados em que negocia” (CORNFORD, 2006, p. 69). E

⁷⁶ Notícia disponível em <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080125/not_imp114829,0.php>, acesso em 10.2.2008

Euros provocada pela atuação de um de seus operadores, que usou do conhecimento de tecnologia de informação para fazer pesadas apostas nos índices de futuros⁷⁷.

Como explica GUTTMAN (2006), ao contrário do risco de crédito e de mercado, que são aceitos em busca de altos retornos, não há aceitação para o risco operacional, que é extremamente difícil de ser controlado. Precisa, entretanto, ser levado em consideração na preparação do banco para futuros imprevistos.

Assim como na classificação dos riscos de crédito, o Acordo previu três diferentes métodos para o cálculo do risco operacional, que variam de acordo com o grau de sofisticação e complexidade da instituição.

No primeiro nível, o risco é calculado por meio de um único fator dado, fator α , correspondente a 15% (quinze por cento) da receita bruta média do banco nos últimos três anos.

A segunda opção consiste em uma abordagem padronizada mitigada, em que as atividades de um banco são divididas em oito linhas de negócios. A cada uma dessas linhas é atribuído um fator β , que possui valores distintos dependendo da linha em que foi classificado o ativo, como explica CORNFORD (2006).

No grau de sofisticação avançada, aplica-se um sistema interno de cálculo do risco. O capital mínimo é definido por um sistema interno do banco, que mede o risco operacional sujeito ao atendimento de alguns critérios definidos pela autoridade supervisora.

A utilização dos dois últimos métodos depende da anuência do órgão regulador e, no caso da mensuração interna avançada, o método desenvolvido pela instituição também deve ser aprovado. O Acordo permite certa flexibilidade para o cálculo do risco operacional, na medida em que possibilita a aplicação de uma abordagem híbrida, com a mensuração interna

⁷⁷ Notícia disponível no <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080125/not_imp114826,0.php>, acesso em 2.1.2008.

para algumas operações, concomitantemente com a utilização de um indicador básico e da abordagem padronizada.

Quanto ao método avançado de avaliação interna dos riscos, uma questão resta, ainda, em aberto: a sua implementação nos grupos bancários multinacionais. Isso porque, por ser grande o grupo, em tese, de forma consolidada, seria necessário um capital menor para arcar com os riscos operacionais do que o capital necessário pela soma dos capitais mínimos de cada subsidiária. Essa espécie de benefício, entretanto, vai de encontro à obrigação de os supervisores domésticos manterem as subsidiárias devidamente capitalizadas. A solução encontrada foi híbrida: subsidiárias “significativas” (conceito que será definido por um acordo entre os supervisores do país de origem e o anfitrião) adotarão método interno do cálculo de risco operacional e as demais subsidiárias alocariam uma parte da exigência de capital para o conjunto do grupo, que seria calculado segundo o método criado pela subsidiária “significativa” (GUTTMAN, 2006). Não se sabe ainda como e nem se funcionará essa cooperação entre autoridades reguladoras.

Esse é um ponto de freqüente crítica do Acordo, pois os métodos de classificação de riscos propiciam vantagem aos grandes bancos em relação aos menores quanto ao capital regulatório, circunstância desfavorável à promoção da concorrência no setor, que já é altamente concentrado.

5.5.1.4. Risco de mercado

O risco de mercado é definido, pelo Acordo, como o risco das perdas das posições *on* e *off-balance-sheet* decorrentes das variações nos preços de mercado. CORNFORD (2006) explica que se trata, aqui, do risco específico de mercado, que “se refere à exposição a uma

mudança no preço de um instrumento financeiro específico, independentemente do risco geral de mercado”⁷⁸. (CORNFORD, 2006, p. 67).

O destaque dos riscos de mercado no Acordo demonstra a preocupação com a atuação multifuncional dos bancos, que combina as operações tradicionais de banco comercial com as de banco de investimentos e outras mais, como explica GUTTMAN:

Assim, crescentemente envolvidos nos mercados de títulos, os bancos foram além das operações de banco de investimento e se engajaram no estabelecimento ou na administração de investidores institucionais com amplas retenções de títulos, especialmente fundos mútuos, fundos de pensão e companhias de seguro. O banco universal de hoje tem, assim, várias áreas para acumular grandes retenções de títulos entre seus ativos rentáveis. (GUTTMAN, 2006, p. 187)

Com essas atividades, os bancos expuseram-se também aos riscos de mercado e não apenas aos riscos normais decorrentes da intermediação bancária. Uma série de ocorrências negativas em grandes instituições financeiras no final dos anos 80 e início dos anos 90 chamou atenção dos reguladores e agentes de mercado para esse tipo de risco (GUTTMAN, 2006). Além das perspectivas de ganho com as operações de mercado, a securitização permitia intensa alavancagem sem o correspondente aumento de capital.

Dessa forma, para melhor delimitar os riscos de mercado, o Acordo definiu também o *banking book*, que consiste nas posições mantidas em instrumentos financeiros e *commodities*, com intuito de realizar negócios ou de obter garantias (*hedge*) para outros elementos do *trading book*⁷⁹. No *trading book*, portanto, serão contabilizadas todas essas operações com títulos assumidas pelos bancos internacionalmente ativos.

As operações fora de balanço (*off-balance sheet*), que aumentam a exposição dos bancos, decorrem, em grande parte, das operações de securitização, que são de extrema relevância para a definição do capital regulatório que pretende garantir a solidez de um banco.

Nas palavras de CHIANAMEA, o conceito desse tipo de operação:

⁷⁸ “Risco geral de mercado se refere à exposição a uma mudança generalizada nos preços em mercados financeiros” (CORNFOLD, 2006, p. 67)

⁷⁹ A noção de *trading book* surge com a diversificação da atividade bancária, antigamente exercida apenas no nível do *banking book*, onde estão contabilizadas as atividades de intermediação financeira.

Nas operações de securitização, uma carteira de crédito de um banco, ou parte dela, é vendida a uma empresa constituída especialmente para esse propósito. Uma empresa de *rating* estrutura toda a operação de constituição da nova empresa que recebe a carteira de crédito, organiza a emissão de títulos lastreados nesses créditos – as *securities* – no mercado financeiro, estabelece uma ordem de prioridade de recebimento entre eles – caso haja inadimplência na carteira de crédito, algumas *securities* têm privilégio de receber primeiro – e classifica esses títulos. A empresa especial, ao receber o pagamento pela venda das *securities*, paga o banco que cedeu a carteira de crédito. (CHIANAMEA, 2005, p. 12)

A securitização tornou ainda mais complexa a análise dos riscos a que estão expostos os bancos porque, em razão da complexidade da operação, como acrescenta CHIANAMEA (2005), é difícil quantificar o risco transferido ou agregado à operação inicial de crédito. Assim, é importante ter em mente que os riscos de mercado têm influência próxima na definição dos riscos de crédito, uma vez que os instrumentos de mercado são utilizados, muitas vezes, para reduzir os riscos de crédito e acobertar operações de crédito.

Basiléia II buscou criar uma fórmula complexa o suficiente para a determinação desse risco. Assim, como explica CORNFOLD (2006), esses títulos são classificados em faixas de acordo com o risco que agregam, risco esse diretamente proporcional ao ganho esperado com a compra do papel.

A securitização faz parte das operações *off balance* que se multiplicaram ainda no final dos anos 80, com a desregulamentação do mercado financeiro. No contexto do Basiléia I, antes de suas emendas, esse foi um instrumento importante para que os bancos levantassem recursos junto ao mercado sem a necessidade de aumentar o capital regulatório. CORNFORD (2006) aponta, ainda, dois fatores que pesaram para a inclusão da securitização na Basiléia II: os escândalos que ocorreram com a transferência de ativos *off balance* em empresas não-financeiras, como a Enron; e o fato de que, em períodos de stress financeiro, algumas formas de securitização podem ser descontinuadas, com graves conseqüências para o fluxo de caixa e a liquidez de instituições que dependam desses negócios

Acrescenta, ainda, CORNFORD, sobre os objetivos do Acordo quanto à securitização e a abordagem ao tema:

Os objetivos de Basiléia II são assegurar que processos de securitização tenham uma justificativa econômica adequada e que não reflitam incentivos artificiais. Mas a tentativa de assegurar que as exigências de capital para exposições de securitização reflitam seus riscos de crédito gerou um conjunto de normas extremamente complexas que correspondem às transações e estruturas. A seção do Acordo que lida com securitização inclui um longo tratamento de definições que serve como base para se estabelecerem condições para definir o grau de transferência de risco conseguido. (CORNFORD, 2006, p. 63)

A definição de capital mínimo calculado com base no risco de mercado não é uma novidade do II Acordo de Basiléia. Em 1993 e 1995, Basiléia I foi emendado para incluir exigências de capital para posições abertas em títulos, ações e moedas estrangeiras. A proposta inicial era bem mais rústica que a implementada pelo II Acordo.

Basiléia II propõe a utilização da ferramenta conhecida como *Value-at-Risk* para definição do risco de mercado. Aqui, também, há a possibilidade de a instituição optar pela abordagem padronizada ou pela utilização de mecanismos internos para definição do capital exigido.

Os modelos VaR⁸⁰ para riscos de mercado são formulados para estimar a perda potencial em dados portfólios em decorrência das flutuações nas diferentes taxas de juros (com maturidades diferentes), taxas de câmbio, *equity* e preços das *commodities* (GOODHART *et al*, 1999). Assim, “baseando-se em uma distribuição de probabilidade do valor de mercado de uma dada carteira ao final de um período de *trading*, essa medida de risco busca identificar o pior cenário possível em termos da perda máxima provável dentro de uma certa probabilidade, digamos, 90 ou 99%.” (GUTTMAN, 2006, p. 189). Ao contrário das emendas a Basiléia I, de 1993 e 1995, que indicavam as fórmulas gerais de cálculo do VaR, o Basiléia II deu aos bancos a liberdade de desenvolver e empregar suas próprias técnicas de mensuração de risco.

⁸⁰ GOODHART *et al* (1999) chama atenção para o fato de que tais modelos são ainda incipientes e podem não ser o instrumento mais seguro para medir os riscos de mercado, já que tomam por base dados históricos e não há garantia de que o mercado vá se comportar da mesma forma; a utilização de diferentes modelos pode apontar percentuais diferentes de capital regulatório para a mesma carteira, do mesmo banco; e os modelos de verificação, de extrema importância para o VaR, lidam com um horizonte de monitoramento limitando, o que não lhes conferiria força estatística suficiente para diferenciar modelos bons e ruins.

Vale anotar, por fim, que a abordagem adotada pelos bancos para os riscos de crédito em geral deve ser, necessariamente, a mesma para a securitização. Assim, os bancos que utilizam a abordagem padronizada para classificar os riscos de crédito, utilizarão a mesma abordagem para as operações de securitização; o mesmo se dá com a abordagem interna.

5.5.2. Pilar 2

Dado que as crises bancárias, na atualidade, têm reflexos na economia de todo o mundo, foram instaurados mecanismos de cooperação internacional para garantir a liquidez das instituições bancárias que atuam globalmente. Assim, o segundo pilar tem enfoque na cooperação para supervisão bancária e na efetiva supervisão prudencial exercida dentro de cada país. A lógica do Acordo foi intensificar a supervisão, na medida em que foi concedida grande parcela de liberdade aos bancos na mensuração de seus riscos.

Especificamente com relação ao segundo pilar, o Comitê compreende que a adoção do modelo interno de classificação dos riscos é um ponto intermediário na reta que tem, de um lado, as medidas apenas regulatórias e, de outro, uma abordagem construída apenas com base em modelos internos. Assim, os resultados da implementação de Basileia II podem ocasionar um deslocamento desse ponto em direção aos modelos internos, ou seja, rumo à auto-regulação no que tange à classificação dos riscos das instituições bancárias (*International Convergence of Capital Measurement and Capital standards: a Revised Framework*, junho de 2006). Esse é o primeiro princípio que norteia a revisão da supervisão de Basileia II. O caminho, na reta, rumo à auto-regulação, entretanto, parece um pouco mais longo, na visão dos membros do Comitê, tendo em vista os poderes e instrumentos das autoridades supervisoras nesse primeiro momento de formulação do Acordo.

Essa supervisão das autoridades reguladoras, em tese, deve promover um diálogo entre bancos e supervisores de forma que as deficiências sejam identificadas e as providências

necessárias para corrigi-las possam ser tomadas imediatamente, a fim de reduzir o risco ou restaurar o capital (KAUFMAN, 2004). O banco deverá demonstrar que as metas de capital interno estão bem fundamentadas e adequadas ao perfil de riscos da instituição e deverá adotar todas as medidas necessárias para constante avaliação interna e acompanhamento da performance de seu modelo.

O segundo princípio do pilar 2 determina que as autoridades de supervisão deverão adotar a ação adequada se não estiverem satisfeitas com sua análise e avaliação da adequação dos modelos internos dos bancos. As autoridades de supervisão deverão revisar e avaliar a adequação da avaliação dos ativos e estratégias ao capital interno do banco, bem como ao capital regulatório. A revisão pode envolver a combinação de: inspeções *in loco*, supervisões a distância, reuniões com os administradores do banco, revisões dos relatórios feitos pela auditoria externa e envio periódico de relatórios (BIS, 2006)

O terceiro princípio estabelece que as autoridades de supervisão devem esperar que os bancos operem acima do percentual mínimo de capital definido e devem ter a possibilidade de requerer que os bancos operem com padrões acima dos definidos na norma. O valor um pouco mais elevado do capital mínimo pode ser justificado, quanto ao pilar 1, pelo fato de que não são previstas todas as incertezas bancárias existentes. Ainda, os países em que os riscos do mercado bancário são mais elevados devem levar essas circunstâncias em consideração para avaliar a necessidade de exigir um capital mínimo superior ao definido no acordo. Não se pode olvidar de efeitos eventualmente perversos de fases de declínio macroeconômico nos países.

O Comitê acredita que o Acordo traga incentivos para que os próprios bancos optem por operar com provisionamento superior ao do capital regulatório ou para obter boas classificações das agências externas (principalmente para os bancos internacionalmente ativos), ou para ter capital mínimo suficiente mesmo quando os riscos no portfólio aumentam

por motivos externos, ou para evitar as graves conseqüências decorrentes de se atingir um nível de capital inferior ao mínimo.

O quarto princípio prevê que os supervisores devem intervir, quando necessário, em um estágio inicial da queda do capital abaixo do nível mínimo e exigir uma solução se o mínimo não for mantido ou restaurado. Nos países em que o órgão regulador não tenha esse poder, será improvável a aplicação desse princípio.

CORNFORD (2006) explica que esses princípios-chave estão diretamente relacionados aos critérios para avaliação da adoção dos “Princípios Essenciais para Supervisão Bancária Eficiente”, que, por sua vez, estão ligados à aderência a padrões financeiros-chave exigidos pelo FMI. O Acordo do FMI não fala expressamente nos princípios da Basileia, mas tem-se interpretado seus padrões financeiros-chave sob esse enfoque.

O segundo pilar prevê uma avaliação abrangente da adequação do capital a uma gama abrangente de riscos a que se expõe a instituição – risco de crédito, risco operacional, risco de mercado, risco de taxa de juros no *banking book*, risco de liquidez, risco de reputação, risco estratégico, risco decorrente de ciclos econômicos e tem por escopo também estimular os bancos a usarem suas técnicas de controle de riscos no controle e gerenciamento desses riscos (BIS, 2006). Os riscos que não possuem previsão de fórmula de cálculo no Acordo também devem ser calculados, de acordo com algum procedimento de estimativa.

O Acordo mantém o fundamento de que a avaliação do risco seja feita pelo próprio banco, que irá definir o capital adequado para cobrir eventual exposição a esse risco. É, entretanto, conferida às autoridades supervisoras a tarefa de avaliar o quão bem os bancos estão calculando seu capital mínimo, tendo em vista os riscos a que estão expostos, e intervir, quando necessário.

Apesar de o Acordo reconhecer a relação que existe entre o capital mínimo provisionado e a eficácia do sistema interno de avaliação de riscos, há recomendações para que a manutenção do capital mínimo não seja a única forma de evitar a exposição excessiva aos riscos; outras ferramentas também podem ser utilizadas, como a supervisão mais intensa do gerenciamento de riscos, definição de limites internos, aumento das provisões de capital. Além do que o provisionamento de capital não deve afastar a cautela na exposição aos riscos.

O pilar 2 regula também a relação entre os diferentes supervisores de bancos internacionalmente ativos. O princípio contido no primeiro Acordo, de que havia uma supremacia na atuação do regulador do país de origem (*home country*) foi abrandada. A previsão, na Basileia II, é de cooperação e coordenação entre as autoridades. Restam, ainda, algumas responsabilidades específicas para os países de origem: todas as referentes à administração de risco consolidada ao nível do grupo (GUTTMAN, 2006).

O Comitê tem consciência de que a diversidade institucional entre os países e seus órgãos reguladores é muito grande e, em certa medida, deve ser respeitada. Acredita-se, porém, que uma intensa cooperação entre os reguladores pode, com o passar do tempo, levar a uma convergência nos métodos e instrumentos de atuação.

5.5.3. Pilar 3

O terceiro pilar consiste na disciplina de mercado, que pode ser definida como as ações tomadas pelos envolvidos nas atividades bancárias (em especial os consumidores) para influenciar seu comportamento para melhorar seu desempenho. O objetivo do terceiro pilar é complementar os pilares 1 e 2 e encorajar a disciplina de mercado por meio do desenvolvimento de uma série de requisitos de transparência que permitirão o acesso dos agentes de mercado à adequação do capital da instituição. Com o aumento da transparência, pretende-se diminuir a assimetria de informações nesse mercado.

A idéia é promover uma abertura tal que os usuários possam, de certa forma, punir a instituição quando entenderem que o banco não conta com um colchão de reserva capaz de suportar eventuais perdas decorrentes dos riscos a que estão expostos, tendo em vista o perfil de suas carteiras. Assim, nas palavras de GUTTMAN, pretende-se

Assegurar que os bancos forneçam todas as informações materiais referentes a sua gestão de risco e a suas provisões de capitais para o público mais amplo possível de uma maneira acessível (GUTTMAN, 2006, p. 202)

KAUFMAN entende que a abertura e transparência do capital mínimo é condição necessária mas não suficiente para garantir a efetiva disciplina de mercado. Para ele, é necessário que haja agentes de mercado, consumidores, em risco, pois o acesso à informação, por si só, não cria incentivo suficiente para influenciar e, de certa forma, controlar o comportamento do banco. Assim, as políticas de regulação adotadas pelos países para impedir a falência dos bancos e salvaguardar os direitos dos consumidores afasta o efetivo risco desses agentes e desestimula o controle individual exercido sobre os bancos.

É importante retomar, novamente, as lições de GUTTMAN (2006) para registrar que a idéia de disciplina de mercado por meio da ação de seus agentes pressupõe a crença da eficácia da disciplina de mercado como força necessária a restringir o comportamento dos banqueiros. Por esse paradigma, todos os agentes de mercado têm informações perfeitas e agem racionalmente com base nelas. O autor explica que, no mercado bancário, essa premissa é de difícil verificação, pois é intrínseca à atividade de intermediação financeira a assimetria de informações; é o monopólio de determinadas informações por parte dos bancos que lhe permite a melhor alocação de recurso de forma a produzir seu lucro. Há, portanto, um paradoxo entre o paradigma que embasa o pilar 3 e a realidade do mercado a que se pretende seja ele aplicado.

6. A ANÁLISE JURÍDICA DO ACORDO DA BASILÉIA

Como levantado no segundo capítulo, a política econômica é implementada por meio de instrumentos jurídicos. A formulação dessas normas sofre maciça influência da Ciência Econômica, que tem ganhado cada vez mais espaço nesse mister.

A proximidade com as ciências exatas, por meio do desenvolvimento de cálculos e utilização de gráficos, empresta à Ciência Econômica a coloração de ciência neutra, meramente descritiva.

Essa coloração ganha importância quando aplicada às proposições normativas da Economia, que apresentam uma norma de “dever ser” aos formuladores de política econômica. Isso porque as normas de “dever ser” contêm, como bem explicitado por MYRDAL, uma opção política por parte de seus formuladores, que escolhem um ou outro modelo econômico e lançam mão dos instrumentos necessários para colocar em prática as medidas informadas por esse modelo como as adequadas para se atingir determinados objetivos.

Nesse contexto, a análise jurídica do Acordo da Basiléia parte do conhecimento das premissas firmadas para a elaboração do modelo econômico que deu ensejo à sua formulação.

Parece lógico que a análise da realidade econômica mundial e os fundamentos apresentados para a elaboração da Basiléia II devam ser decorrência da adoção de uma corrente do pensamento econômico sobre o funcionamento do sistema financeiro internacional e sobre a atividade de regulação.

É fato que há integração entre os mercados financeiros da maioria dos países do mundo, o que pode ser observado pelo arcabouço jurídico desses vários países relativos a câmbio, movimentações em contas-corrente, mercados de capital e demais ativos bancários. A análise desse mercado, entretanto, não corresponde à mera descrição da realidade.

Ao estabelecer que a observância do capital mínimo por parte de um banco pode resguardar a liquidez de seus ativos em um momento de crise, desde que as possíveis perdas decorrentes da crise sejam consideradas, o Acordo da Basiléia demonstra a adoção de uma teoria econômica específica.

CHIANAMEA (2004) desenvolveu um estudo sobre as teorias econômicas subjacentes aos princípios da Basiléia I e II, que é de grande valia para o presente trabalho, pois permite uma compreensão, por parte dos juristas, de que a aplicação das normas previstas nos Acordos representa a adoção de uma política econômica, na medida em que o regulador faz uma escolha, dentre várias possíveis, sobre como efetuar a regulação bancária.

Assim, o estudo da regulação bancária — enquanto produção de normas jurídicas de intervenção na economia — deve açambarcar a compreensão das teorias econômicas subjacentes às normas propostas no plano internacional para que seja possível o estudo da adequação dessas normas ao ordenamento jurídico.

Isso porque os instrumentos jurídicos de intervenção do Estado na economia estão inseridos no ordenamento jurídico e, por isso, devem estar em harmonia com os princípios que norteiam esse sistema e com as demais normas. Não se trata de uma hegemonia do Direito sobre a realidade econômica, mas uma adequação da atividade interventiva a determinados valores sociais positivados pela norma e reconhecidos no ordenamento jurídico nos debates públicos.

6.2. O MODELO ECONÔMICO SUBJACENTE AO II ACORDO DA BASILÉIA

O conhecimento das premissas das teorias econômicas que fornecem as bases para a regulação da atividade bancária, no caso, permite um estudo crítico sobre as normas e evita a

aplicação pura e simples de determinadas teorias à realidade social como se os fundamentos desta ou daquela teoria correspondessem à mera descrição da realidade.

CHIANAMEA (2004) demonstra que as respostas dadas pelo Comitê da Basiléia ao problema da estabilidade financeira decorrem da adoção do modelo de ciclos econômicos formulado por Lucas, Barro e Prescott.

Nas palavras do autor:

Lucas, embasado em conceitos de John Muth, entende que o comportamento dos agentes, quando sujeito a ciclos de negócios compostos de eventos similares e repetitivos, é 'racional' (CHIANAMEA, 2004, p. 8).

Daí segue a explicação de Lucas:

será razoável tratar os agentes reagindo a mudanças cíclicas como "risco", ou assumir que suas expectativas são racionais, que eles têm estruturas muito estáveis para coletar e processar informações, e que eles utilizam esta informação na previsão do futuro de uma maneira estável, livre de tendências sistemáticas e facilmente corrigíveis." (LUCAS, 1981, p. 224 *Apud* CHIANAMEA, 2004, p. 8).

CHIANAMEA (2004) mostra como, a partir dessa premissa, foi desenhado o modelo econômico que serviu como fundamento para os acordos da Basiléia. A explicação sobre os vários elementos que compõem esse modelo é relevante para a análise jurídica da economia a ser desenvolvida no capítulo seguinte e, assim, passa-se a transcrevê-la:

No modelo de ciclo econômico elaborado por Kydland e Prescott e defendido por Lucas (1987:33), em um mercado livre, os trabalhadores podem escolher entre gastar seu tempo com trabalho ou lazer: efeitos denominados de substituição intertemporal do trabalho. Os salários, portanto, são sempre determinados pelo equilíbrio entre oferta e demanda de trabalho. A produção além de ser direcionada ao consumo pode ser, a todo instante, estocada ou investida em aumento de capital físico ou humano. Os preços dos produtos, assim como os salários, são sempre ajustados pelo encontro de curvas de oferta e de demanda, não há inflexibilidades que impeçam que isto aconteça nos mercados. Para ser racional, o agente econômico deve saber qual será o estoque de capital na economia no curto-prazo, pois a abundância desse capital no futuro afetará sua preferência em poupar, consumir e trabalhar: se houver abundância de capital no futuro, o esforço de poupar para enriquecer poderá ser inútil. O agente econômico só desconhece o que o choque tecnológico causará, ou seja, as variáveis no futuro dependem dos valores atuais e de uma variável estocástica. O movimento do ciclo, as altas e baixas de preços, é feito por choques exógenos e estocásticos na tecnologia de produção. O retorno que o agente espera da sua decisão é o máximo consumo e lazer que lhe for possível (CHIANAMEA, 2004, p.8)

Vale, brevemente, lembrar a concepção de Castro — embasada nas noções de Myrdal sobre as proposições econômicas — de que a ciência econômica desenvolve-se com base em conceitos reducionistas da sociedade. A explicação acima contém vários exemplos, tais como “os trabalhadores podem escolher entre gastar seu tempo com trabalho ou lazer” e “os salários, portanto, são sempre determinados pela oferta e demanda de trabalho”.

Voltando a CHIANAMEA, tem-se um resumo das premissas adotadas no modelo monetário de Lucas:

os agentes são racionais, há plena informação sobre os mercados, a moeda é usada só para fins transacionais – o consumo e a variação de oferta monetária são exógenos e estocásticos, há rejeição de moeda pelos agentes: eles gastam tudo no curto-prazo. (CHIANAMEA, 2004, p. 11)

Verifica-se, também, a evidente filiação à escola econômica Neoclássica, que desenvolve seus estudos sob o paradigma do homem-econômico, como agente racional, maximizador de sua utilidade (conceito importado do utilitarismo de Bentham e Mill), expoente de uma ideologia individualista.

Ademais, é considerada apenas a possibilidade de crises decorrentes de elementos exógenos à economia, não consideradas aí questões sociais, políticas do momento histórico em que se desenvolvem as relações econômicas.

CHIANAMEA (2004) continua sua análise do II Acordo da Basiléia e atesta que este, por sua vez, foi formulado com base em teorias de Stiglitz e Weiss, que consideram a assimetria de informações no mercado financeiro e a dificuldade dos agentes em avaliar o verdadeiro risco a que está exposta a instituição financeira, variáveis não tão importantes no modelo que embasou o Basiléia I.

De acordo com a análise alternativa, de Stiglitz e Weiss, tal como resumida em CHIANAMEA (2004), a atividade de intermediação bancária gera lucros para os bancos na medida da diferença entre a remuneração dos passivos e a taxa de juros cobrada nos ativos. Essa diferença pura gera o chamado *spread* bancário, que não corresponde ao lucro líquido do

banco, uma vez que há outros custos envolvidos na atividade. Assim, a atividade bancária, em brevíssimas linhas, consiste na administração desses riscos com vistas a encontrar a razão ótima entre o risco e o retorno para a instituição.

A compreensão do modelo que lança as bases para os princípios da Basiléia parte de um importante conceito da economia bancária: o racionamento do crédito de equilíbrio, que ocorre quando há um excesso de demanda de crédito com relação à oferta de crédito na base da taxa de juros que dá maior lucro aos bancos. A partir de uma determinada taxa de juros, o retorno médio dos bancos diminui em decorrência do risco moral⁸¹ e da seleção adversa⁸², assim, forma-se o equilíbrio do mercado em uma determinada taxa de juros que não aumenta, mesmo havendo demanda por mais crédito.

É interessante notar, nas explicações de ALDRIGHI (2006) sobre o modelo de Stiglitz e Weiss, a importância dos instrumentos jurídicos de coerção no cumprimento dos contratos. Ele aponta que, com informações simétricas e plena executabilidade dos contratos, o retorno esperado pelo credor é uma função crescente da taxa de juros; e, ainda, que uma das formas de diminuir o risco moral seria por meio da exigência de mais garantias nos contratos e que esses fossem completos, mas que essa via talvez não fosse tão eficaz, uma vez que

⁸¹ O risco moral decorre do fato de que os bancos não participam da gestão dos projetos que financiam e, assim, não se sabe se os recursos entregues serão, de fato, empregados de acordo com as informações prestadas às instituições financeiras – daí a existência de assimetria de informações.

⁸² Assim, a partir de determinada taxa de juros, fica difícil para o banco distinguir os bons e maus tomadores, na medida em que não se sabe se estão pagando os altos juros porque realmente necessitam do crédito e acreditam em sua produtividade ou se é uma empresa que aceita os juros altos porque tem um projeto que envolve altos riscos e pode dar um retorno maior que a taxa cobrada — essa falha na seleção dos tomadores para a formação do portfólio consiste na seleção adversa. Não podendo distinguir claramente os clientes, o banco acaba por recusar a concessão de crédito a partir de determinada taxa de juros. ALDRIGHI (2006) apresenta excelente síntese dessa formulação: “a assimetria de informações entre potenciais credores e tomadores de empréstimos pode fazer com que um aumento na taxa de juros gere um impacto negativo tanto sobre a composição do *pool* de solicitantes de crédito (o efeito da *seleção adversa*) como sobre o comportamento destes em relação a riscos (o efeito incentivo, ou o efeito do *moral hazard*). O problema da seleção adversa surge porque, dadas as diferentes probabilidades de *default* dos clientes e o custo para que o credor as conheça, o aumento na taxa de juros de empréstimo como resposta ao excesso de demanda por crédito induz os solicitantes mais avessos a riscos (e que talvez disponham de projetos de melhor qualidade) a não tomarem crédito, remanescendo entre os demandantes apenas aqueles com maior probabilidade de *default*. Assim, a taxa de juros que um agente está disposto a pagar pode atuar como um instrumento de “detecção” (*screening device*) para o credor. Caso o credor tivesse plena informação sobre os projetos, esse problema não ocorreria. O problema do *moral hazard*, por sua vez, consiste no incentivo que a elevação das taxas de juros dos empréstimos cria nos tomadores de crédito para que, tendo recebido os fundos, escolham projetos de maior risco.” (ALDRIGHI, 2006, p. 11)

demandaria uma infra-estrutura desenvolvida (leis adequadas, pronta execução das decisões judiciais).

Ao final do primeiro capítulo de seu estudo, CHIANAMEA (2004) aponta que o primeiro e o segundo acordo da Basileia desenvolveram-se com base em determinadas premissas fixadas pelos formuladores dos modelos econômicos que embasaram as suas recomendações. O Autor, em sua dissertação, apresenta, ao lado dos modelos de Lucas e de Stiglitz e Weiss, os modelos propostos por Keynes e Minsky. Apenas a título exemplificativo, no modelo formulado por Minsky, as leis de mercado não levam a um equilíbrio a longo prazo, com pleno emprego e preços estáveis e os ciclos são devidos a características financeiras inerentes ao capitalismo.

É, na verdade, um conjunto de normas de intervenção no mercado financeiro, que foi formulado com base em uma série de premissas que dão sustentação a modelos econômicos. Como visto acima, algumas das premissas (como as relativas ao mercado de trabalho) não se amoldam à realidade jurídica de grande parte dos países do ocidente. Trata-se, portanto, de uma escolha feita pelos membros do Comitê da Basileia, dentre os modelos existentes, e que serviu de base para a elaboração do sistema de avaliação dos riscos de crédito.

Ao descrever os modelos econômicos, os economistas citados partem do conceito do homem econômico, como agente racional atuante no mercado. A concepção keynesiana⁸³, por exemplo, sobre os agentes de mercado, não os considera como racionais em todas as situações. Essa divergência demonstra a visão da sociedade expressa no modelo econômico. Certo é que esse exercício é necessário para o desenvolvimento do pensamento econômico,

⁸³ Como se verifica na seguinte manifestação do pensamento de Keynes, já citada no tópico “olhar crítico sobre as proposições econômicas”: Além da causa devida à especulação, a instabilidade econômica encontra outra causa, inerente à natureza humana, no fato de que grande parte das nossas atividades positivas depende mais do otimismo espontâneo do que de uma expectativa matemática, seja moral, hedonista ou econômica. Provavelmente a maior parte das nossas decisões de fazer algo positivo, cujo efeito final necessita de certo prazo para se produzir, deva ser considerada como manifestação de nosso entusiasmo — como um instintivo espontâneo de agir, em vez de não fazer nada —, e não como resultado da média ponderada de lucros quantitativos multiplicadas pelas possibilidades quantitativas. (KEYNES, 1992, p. 133)

mas, frise-se, o conhecimento dessas informações é importante para demonstrar a ausência de neutralidade na adoção das medidas da Basileia.

Outra premissa relevante dos modelos que embasaram os acordos da Basileia é a de que o mercado, operando com suas leis, tende ao equilíbrio. Assim, a regulação proposta atuaria de forma anticíclica, por meio de suas fórmulas de classificação de riscos, para automaticamente ajustar o montante de capital líquido dos bancos.

Dessa maneira, no modelo subjacente ao II Acordo da Basileia, a pretensa racionalidade dos agentes de mercado indica que, ao separar um determinado capital suficiente para cobrir os riscos, os bancos teriam uma conduta anticíclica, pois, nos momentos de dificuldade macroeconômica, poderiam contar com o colchão de reservas para arcar com possíveis *defaults*.

Essa racionalidade, entretanto, é questionável. GRIFFITH-JONES (2006), por exemplo, entende que a idéia de delegar aos bancos a definição do capital mínimo, para cobertura de eventuais riscos, ocasiona um comportamento pró-cíclico, agravando os momentos de crise. Isso porque, na sua visão, os bancos tendem a observar um movimento de manada, seguem tendências ao partir do pressuposto de que outros bancos sabem algo que ele não sabe. Ademais, se errar juntamente com os demais, não será punido pelo mercado. Assim ocorre o movimento pró-cíclico:

Essas assimetrias no risco total significam que, em períodos de ascensão do ciclo, os banqueiros são levados a apoiar novo setor ou o novo país. De fato, o mercado começa a punir aqueles que parecem lentos a aderir aos novos setores ou países, forçando os mais relutantes a também emprestarem. A ousadia é uma virtude. Em algum ponto, no entanto, o setor ou país então em voga passa a ser sufocado pelo excesso de empréstimos e pode ocorrer uma quebra. Na situação da quebra, o otimismo anterior passa a ser julgado como irresponsável; as fragilidades associadas ao *boom* anterior tornam-se evidentes (Galbraith, 1979). Prudência é a nova virtude. O mercado passa a recompensar os bancos que estão preparados para ignorar as oportunidades se os riscos são incertos. (GRIFFITH-JONES, 2006, p. 101)

Se as avaliações dos bancos são pró-cíclicas, são necessárias medidas de controle riscos externas aos bancos, que exerçam um freio sobre as expansões otimistas, levem à diversificação e dispersão dos riscos, conclui a Autora.

LUENGNARUEMITCHAI; WILCOX (2006) acrescentam a descrição de outra “racionalidade” dos bancos que resulta em seu comportamento pró-cíclico: nos momentos de expansão, acima descritos, os bancos estão otimistas e avaliam bem seus ativos; nos momentos de crise, entretanto, quando necessitam de mais capital livre para obtenção de lucros, superavaliam seus ativos, negativamente afetados pelas circunstâncias macroeconômicas, na tentativa de evitar um aumento no capital regulatório.

Ambos os comportamentos demonstram uma propensão à exposição ao risco. Ocorre que, em razão da existência do risco sistêmico, da integração dos mercados e da liberdade de fluxos de capitais, se esses riscos transformam-se em inadimplência de fato, que acarretam a quebra de uma instituição e os altos custos são arcados por toda a coletividade. Principalmente no caso de países com economias mais fracas, que, em momentos de instabilidade financeira, sofrem com as fugas de capitais.

Sob Basiléia II, a administração dos riscos é delegada aos bancos, mas os custos desses riscos ultrapassam a esfera patrimonial dessas instituições, motivo pelo qual o maior número de possíveis afetados precisa estar envolvido no processo de tomada de decisão sobre o modelo de controle de riscos.

Nos termos já apontados por CASTRO (1992), a racionalidade das proposições econômicas normativas reflete determinadas visões da sociedade. No caso do modelo da Basiléia, a racionalidade dos banqueiros leva ao equilíbrio, mas pelo modelo descrito por GRIFFITH-JONES, contribui para o agravamento de crises econômicas. Essas comparações, uma vez mais, mostram o caráter político das decisões de política econômica.

A tradução dos riscos em fórmulas matemáticas tão complexas, como as previstas nos mecanismos de VaR, não afasta o risco sistêmico. Representa apenas uma tentativa de calcular o incalculável.

Em síntese, o debate sobre os fundamentos econômicos do II Acordo da Basileia demonstra que a formulação do Acordo parte de uma série de juízos de valor sobre o homem e a sociedade, que demonstram a adoção de uma corrente pró-mercado liberalizado, fundada em uma ideologia individualista. Não há, portanto, um mero caráter técnico, matemático, que define fórmulas de classificação dos riscos de crédito.

A definição do capital regulatório é um instrumento de política econômica (KREGEL, 2006), na medida em que interfere diretamente na oferta de moeda e na oferta de crédito, que são elementos estruturais no funcionamento da economia. As recomendações do Comitê da Basileia representam, dessa forma, uma escolha política, aplicadas por meio de instrumentos jurídicos e, nessa condição, devem ter sua legitimidade apreciada.

6.3. AS RECOMENDAÇÕES DA BASILÉIA COMO NORMAS JURÍDICAS

O II Acordo de Basileia, para sua implementação nas várias economias, exige a edição de normas jurídicas ou de atos jurídicos das autoridades monetárias para validar os modelos internos de classificação dos riscos. Todo esse arcabouço legal está inserido em um ordenamento jurídico e convive com outras normas, que positivam valores outros (além da eficiência econômica) e abrem espaço para o debate, para exposição de outros valores e interesses. Assim é que a regulação, ao se concretizar por meio de instrumentos jurídicos, está adstrita também ao respeito a direitos.

Como já apontado anteriormente com base nas idéias de PROSSER (1999), países há em que a intervenção na ordem econômica é dirigida à concretização de determinados

objetivos e direitos, positivados na Constituição. O conteúdo desses direitos é resultado de uma construção histórica e social e, portanto, variável. Nos países de *common law*, há mecanismos relevantes para a definição desses direitos a serem observados na atividade de intervenção na economia, com destaque para a abertura do debate público em que seja, de fato, possível a participação dos interessados. Esse debate precisa resguardar não apenas os direitos individuais, mas também direitos sociais que garantam a efetiva participação do cidadão.

Tendo em vista que o conteúdo do II Acordo da Basileia representa uma opção de política econômica, que reflete a escolha por um modelo descritivo da atividade financeira e de sua regulação, faz-se necessário o estudo da legitimidade democrática das normas que implementam essas escolhas.

Principalmente no âmbito da política econômica, tem-se tornado cada vez mais comum a ocorrência do *soft law* no Direito Internacional, ou seja, a utilização de diversos instrumentos, que geram deveres práticos ou expectativas nas relações mútuas entre pessoas de direito internacional, mas sobre as quais é acordado, expressa ou implicitamente, que são desprovidos de caráter jurídico; ou, ainda, são formulados textos que dificultam a caracterização do acordo como jurídico ou não, apesar de não haver a cláusula expressa afastando seu caráter jurídico⁸⁴ (VIRALLY, 1984 *apud* MEDEIROS, 2003).

Muitos são os possíveis conceitos de *soft law*, cujos elementos são sintetizados, na visão de MENEZES (2003, p. 76), como:

Documentos solenes derivados de foros internacionais, que tem fundamento o princípio da boa-fé, com conteúdo variável e não obrigatórios, que não vinculam seus signatários a sua observância, mas que por seu caráter e importância para o ordenamento da sociedade global, por refletirem princípios e concepções éticas e ideais, acabam por produzir repercussões no campo do direito internacional.

KOSKENNIEMI (2004) chama atenção para um dos aspectos levantados no conceito de MENEZES (2003), o do conteúdo dos “princípios e concepções éticas e ideais”, que

⁸⁴ VIRALLY, Michel. *Annuaire de l'Institut de Droit International*. Paris : Editions A. Pedone, 1984. v. 60, t. I.

podem facilmente ser definidos com os princípios e a ética das potências hegemônicas, tomando por hegemônicas as nações com maior poder político, econômico e bélico no cenário internacional. Essa compreensão do direito internacional o relaciona também com a política que envolve a elaboração das normas aplicáveis nesse sistema. KOSKENNIEMI (2004) aponta como um dos benefícios das normas não vinculantes do Direito Internacional uma maior participação dos atores envolvidos nas questões discutidas, como empresas, técnicos, *experts*, representantes de populações locais (em casos envolvendo desenvolvimento sustentável), o que não ocorre nas negociações de instrumentos jurídicos internacionais clássicos.

Há, portanto, o surgimento de um direito transnacional que ultrapassa o Direito Internacional Público clássico. Soma-se a isso o fato de que a especialização funcional existente nesses tempos acarreta no surgimento de redes de cooperação informais entre autoridades governamentais e burocratas, que pertencem a grupos influentes mundialmente, cujos interesses e preferências são independentes e, algumas vezes, até contraditórios com relação a seus representantes nacionais (SLAUGHTER, 2001).

Noutra vertente, mais atenta a essa influência do discurso do conteúdo técnico dos acordos, Virally aponta como uma das causas desse fenômeno a conjuntura econômica internacional extremamente flutuante dos dias de hoje e a intensificação das relações internacionais contemporâneas de que resultam situações difíceis de submeter ao Direito. Acrescenta, ainda, o autor que, dentre os textos internacionais desprovidos de caráter jurídico, estão os acordos informais. Nesse conceito estão incluídos os *arrangements*, que são “acordos informais versando sobre relações políticas, financeiras, monetárias, etc., concluídos freqüentemente não por agentes diplomáticos tradicionais, mas por Ministros de Estado de áreas técnicas, funcionários desses Ministérios, dirigentes de Bancos Centrais, chefes de Secretariados Internacionais etc. Tratam habitualmente de questões administrativas ou

técnicas, complexas ou subalternas, e quase sempre não definem com precisão os compromissos nem as possibilidades de ação” (VIRALLY, 1984, p. 214 *apud* MEDEIROS, 2003). Esse tipo de acordo informal tem sido amplamente utilizado no sistema econômico internacional, em especial no âmbito do FMI e do GATT, em questões monetárias, financeiras e comerciais.

O discurso técnico cria uma esfera apolítica, segundo BECK (1998), que afasta o debate público sobre decisões que alteram profundamente a realidade social, política e econômica das sociedades. Associado ao discurso econômico, redundando na elaboração de políticas econômicas fundadas apenas nas premissas da Economia, principalmente, da escola Neoclássica.

Os *stand-by arrangements* firmados com o FMI — que, em breves linhas, consistiam na possibilidade de acesso a crédito mediante a apresentação e aprovação de carta de intenções pelos países que potencialmente os contrairiam — também podem ser incluídos no rol do *soft law*, vez que não foram qualificados como acordos internacionais pelo próprio FMI. Quando se instaurou no Brasil a discussão sobre a necessidade de o governo obter aprovação do Senado Federal para contrair, de fato, empréstimo com o FMI, o Poder Executivo pátrio defendeu que a referida autorização não era necessária, por ser meto ato executório de tratado já aprovado pelo Parlamento, qual seja, o Convênio Constitutivo do FMI (MEDEIROS, 2003).

Há, portanto, duas concepções de *soft law*: a primeira, que ressalta o caráter ético e concepções ideais da sociedade global (aqui enquadra-se o Acordo de Colevecchio⁸⁵, que visa a promover um sistema financeiro mundial voltado para sustentabilidade social e ecológica, o que significa, por exemplo, que os bancos buscarão não investir em empreendimentos que causem danos ao meio ambiente); e a segunda de caráter dito técnico ou administrativo,

⁸⁵ Inteiro teor da “*Collevocchio Declaration*” disponível em <www.foe.org/camps/intl/declaration.html>, acesso em 10.2.2008.

relativo a ajustes que não envolvem o Chefe do Executivo, mas altos funcionários ligados à burocracia estatal. É nessa segunda concepção que se enquadra a Basiléia II. Essa distinção é baseada, principalmente, no conteúdo do instrumento celebrado.

NASSER (2005) apresenta uma classificação dos instrumentos de *soft law* a partir de um critério subjetivo: os autores desses instrumentos, levando em consideração não somente os Estados, mas também a participação de organismos multilaterais, organizações não governamentais, indivíduos e empresas.

A primeira categoria apresentada por NASSER é a dos “instrumentos concertados não-obrigatórios”, que representam uma conjunção de vontades dos Estados mas que não criam obrigações jurídicas (e essa característica negativa também faz parte da convenção) e não são, portanto, tratados. Nesse grupo, são identificados: (i) os *gentlemen’s agreement*; (ii) os memorandos de entendimento; (iii) as declarações conjuntas (esse grupo se subdivide em declarações conjuntas ou comuns e as declarações das grandes conferências internacionais); (iv) as atas finais; (v) as agendas e programas de ação; (vi) e as recomendações.

A segunda categoria é a dos instrumentos produzidos nas ou pelas organizações internacionais, composta pelas (i) resoluções e decisões; (ii) recomendações; (iii) códigos de conduta; e (iv) declarações.

A terceira categoria de NASSER compreende os instrumentos produzidos por entes não-estatais.

Nesse novo espaço das organizações multilaterais, os Estados, gradativamente, passaram a contar com os ajustes internacionais para definir padrões normativos mínimos a serem seguidos e adotados, na visão de MENEZES (2003), com o objetivo de buscar uma sociedade mais justa e equilibrada. Para esse Autor, a *soft law* foi o melhor meio encontrado pelos Estados para negociar novos deveres e obrigações no âmbito internacional sem as formalidades exigidas para a celebração de tratados. Seria, portanto, mais fácil atingir a

mencionada sociedade internacional mais justa e equilibrada por meio de um instrumento que permite aos diferentes países, com diferentes culturas e ordenamentos jurídicos, a implementação desse ideal de forma programada, em etapas, com liberdade na adoção, adequando-o à realidade social e financeira de cada Estado. Há também a favor da *soft law* o fato de que, se o seu conteúdo não vincula os Estados como vinculam os tratados, são menores os riscos de haver uma quebra de acordo por parte de um país, pois, se não há vinculação expressa aos seus termos, não há ilícito em seu descumprimento.

Dentre os argumentos apresentados na doutrina, merecem destaque os principais fatores que levam à opção pela *soft law* em detrimento das convenções mais solenes do Direito Internacional (chamados na doutrina americana de *hard law*), que são a flexibilidade e a celeridade, possíveis na medida em que são dispensados os trâmites constitucionais de adoção do instrumento de Direito Internacional no ordenamento doméstico. Assim, colocados na balança, de um lado, o cumprimento das normas constitucionais e a legitimidade democrática das normas aplicadas aos países e, de outro, a celeridade e a flexibilidade do acordo, quando se adota a *soft law* é o segundo prato que mais pesa.

No campo da política econômica, a tendência, também no âmbito doméstico, era o afastamento dos mecanismos de controle democrático previstos nas constituições, sob o fundamento de que eram questões meramente científicas ou neutras (CASTRO, 2006).

Esse é um dos sinais do enfraquecimento do Estado diante da globalidade econômica, já estudada anteriormente. Nesse caso, o discurso econômico pesa na atuação do Estado, que opta por implementar um instrumento firmado no âmbito de uma organização internacional por meio de um procedimento mais célere e flexível, que não exige a participação do Parlamento.

Boa parte da doutrina apóia-se no pressuposto de que o principal elemento para a constituição de uma norma jurídica no âmbito internacional é o consenso, já que, nesse

contexto, não há falar em um órgão superior legitimado à edição de normas. Partindo dessa premissa, NASSER (2005) conclui que os instrumentos de *soft law* produzidos pelos Estados não são fontes autônomas do Direito Internacional. Isso porque os Estados poderiam celebrar um Tratado, mas optaram por não fazê-lo.

Rebate o autor a tese de que haveria produção involuntária de direito obrigatório — contrária à sua conclusão sobre a natureza não-jurídica das Recomendações do Comitê da Basiléia — sob o fundamento de que essa corrente levaria à conclusão, para ele estapafúrdia, de que “não cabe aos Estados a identificação do que seja ou não direito” (NASSER, 2005, p. 145). E acrescenta que, se assim fosse, caberia à doutrina e aos proponentes da *soft law* definir sobre o reconhecimento do que cria direito, mas o direito internacional não atingiu essas dimensões revolucionárias.

AREND (1999) é ainda mais radical ao defender que não se deve nem utilizar o termo “*law*” na designação desses instrumentos, pois, para ele, a base da formação das normas jurídicas internacionais é o consenso. Se não há consenso sobre a obrigatoriedade do quanto disposto em determinado instrumento, trata-se, então, de regra do jogo (“*rule of the game*”), termo que seria muito mais apropriado.

Para KRATOCHWILL (1989), não é a denominação que se dá à norma internacional que vai definir se ela é juridicamente vinculante (*hard*) ou se não o é (*soft law*); para ele, é a decisão, no caso concreto, seja proveniente de uma Corte Internacional ou de um juiz no âmbito doméstico que, ao decidir uma contenda, decidirá pela natureza da norma⁸⁶.

⁸⁶ KRATOCHWILL (1989, p. 203/204) cita como exemplo o caso da Propriedade Cultural Nigeriana, julgado na Corte Constitucional Alemã. O caso versava sobre o seguro contratado, na Alemanha, para o transporte de artefatos africanos de Porto Harcourt para Hamburgo. Durante o transporte, seis figuras de bronze foram perdidas e a seguradora recusou-se a pagar, sob o fundamento de que, de acordo com o Código Civil Alemão (BGB), os contratos *contra bonos mores* são proibidos. Havia, à época, uma lei nigeriana que proibia a exportação e transferência de propriedade cultural do País e um instrumento de *soft law* adotado como Recomendação da UNESCO em 1964, também com o objetivo de proibir e prevenir a transferência de propriedades culturais. Posteriormente à edição da Recomendação, foi celebrada uma Convenção com o mesmo objetivo, ratificada pela Nigéria mas não pela Alemanha Ocidental. Como o acordo havia sido celebrado na Alemanha, deveria incidir a lei civil alemã e não as normas internacionais não vinculantes. A Corte, entretanto, entendeu, com base na Convenção e nas Recomendações, que esses instrumentos expressavam “convicções

Para KRATOCHWIL (1989), o método de identificação da norma como jurídica por meio do teste do poder de sanção não é capaz de resolver o problema. Assim, deve-se focar menos no impacto psicológico do instrumento e mais na variação explícita e contextual do processo de argumentação. No caso concreto, o juiz, tanto na jurisdição nacional como na internacional, deverá decidir o caso, de acordo com as normas que ele entende aplicáveis (e, nesse momento, já é feita uma delimitação das argumentações possíveis) e de acordo com a argumentação desenvolvida e as provas produzidas pelas partes. Nesse processo de argumentação, dar-se-ia a prática da retórica, que, no sentido Aristotélico, significa conseguir a aderência a uma alternativa em uma situação em que não há uma solução a ser compelida pela lógica e a tomada de decisão não pode ser evitada. O método proposto por KRATOCHWIL, entretanto, também não resolve a questão da *soft law*, até porque, como reconhece o próprio Autor, a criação de normas por meio da adjudicação no Direito Internacional é a exceção e não a regra e, ademais, ela só ocorre quando exsurtem controvérsias.

Há que se observar que KRATOCHWIL, ao desenvolver seu pensamento acerca do processo de formação da decisão judicial, afasta a possibilidade da decisão de acordo com princípios morais, o que foge ao quando proposto por Habermas, para quem “os princípios morais, procedentes do direito racional, compõem hoje em dia o direito positivo”. Assim, até pode-se buscar a solução para a definição de *hard law e soft law* na decisão de casos concretos, desde que o processo de tomada de decisão observe os postulados aqui firmados inicialmente acerca da necessária conjunção de Direito e moral.

fundamentais” da comunidade internacional de que cada país tem o direito de preservar suas heranças; assim, a violação desses princípios não merecia a proteção das normas de Direito Privado. A prática da transferência dos artefatos não se coadunava com a “boa moral” (*good morals*) e, no interesse da preservação da decência no comércio internacional, a seguradora foi declarada perdedora.

Uma terceira corrente, aqui representada por SCHREUER (1988), apesar de não caracterizar a *soft law* como fonte de Direito Internacional vinculante, reconhece que esses instrumentos têm efeitos jurídicos.

A partir de 1945 surgiram várias organizações multilaterais e elas têm exercido grande influência na dinâmica do Direito Internacional. SCHREUER (1988) identificou os efeitos das atividades das organizações internacionais para o Direito Internacional: provisão de informações (inteligência); trabalhos preparatórios para futuros acordos ou tratados; recomendações (promoções⁸⁷); criação de direitos e obrigações (prescrições⁸⁸); formulação de posicionamentos e reivindicações jurídicas (invocação); prática de decisão (aplicação).

Para SCHREUER (1988), o procedimento de produção desses instrumentos é similar ao trabalho das legislaturas nacionais, entretanto, a sua velocidade e concentração — características marcantes desse tipo de concerto — dão-se às custas da substância legal do ato. Esse Autor novamente expõe os motivos pelos quais as Recomendações não se tornam Tratado, apesar de sua extrema semelhança: a flexibilidade caso seja necessária uma renegociação e o ponto já destacado acima, a possibilidade de evitar os requisitos procedimentais das Constituições nacionais para a conclusão de acordos mais solenes.

SCHREUER (1988), ao analisar o caso específico das Recomendações firmadas no âmbito das organizações internacionais conclui que, apesar de seu caráter não vinculante, seus efeitos práticos são indiscutíveis e podem ser classificados como explicativos, programáticos-inovativos⁸⁹, legitimadores ou terminativos.

O efeito explicativo e o terminativo são facilmente compreendidos por meio de sua denominação: o primeiro consiste em preencher lacunas, esclarecer ou dar conteúdo a termos controversos ou até mesmo incontestados constantes em normas de direito internacional; e o segundo contribui para que seja extinta determinada norma. As Recomendações

⁸⁷ *promotion*

⁸⁸ *prescription*

⁸⁹ *programmatic-innovative*

programático-inovativas pretendem definir padrões em novas áreas do Direito Internacional, são geralmente a expressão de um acordo sobre determinados princípios que ainda não foram incluídos em tratados, seus efeitos atingem um certo grau de comprometimento e geralmente direcionam o desenvolvimento legal futuro⁹⁰, mas são relevantes para o Direito mesmo quando não há intenção de que sejam transformadas em tratados. O efeito legitimante se dá na medida em que é difícil provar que um Estado está agindo contrariamente à lei se está de acordo com uma recomendação e o raciocínio contrário também é válido. As Recomendações do acordo da Basileia consistem em princípios, que definem padrões na área financeira do Direito Internacional. Aqui, fica evidente sua principal característica: programático-inovativa, dado o exposto intuito de uniformizar a regulação do sistema bancário em todo o mundo, de fato, inovando os sistemas jurídicos internos de cada país.

Após elencar os possíveis efeitos das Recomendações, SCHREUER aborda a questão da natureza jurídica desses instrumentos de outra perspectiva: para ele, a questão sobre se elas são juridicamente vinculantes não é o coração do problema. Na prática, a importância legal ou a autoridade das recomendações pode variar de acordo com fatores como a posição e o respeito pelo órgão, sua composição, seu papel como órgão principal ou acessório, a autoridade nele investida pelos poderes conferidos e o respeito por suas atividades anteriores.

No mesmo sentido, DINH *et all* (2003) entendem que os destinatários das Recomendações não são obrigados a se submeterem e não cometem infrações em caso de desrespeitarem-nas, entretanto, reconhecem a esses instrumentos um valor normativo e as possíveis sanções políticas decorrentes do descumprimento de seu conteúdo. Acrescentam, ainda, dois requisitos aos apresentados por SCHREUER para analisar o alcance dos efeitos das Recomendações: se a maioria foi alcançada por votação e a importância dos Estados que

⁹⁰ *In spite of their non-binding character they effect a certain degree of commitment and thus often channel future legal development*

exprimem reservas nesta ocasião, existência ou não de mecanismos de controle de aplicação das recomendações (DINH *et all*, 2003, p. 391).

O Autor apresenta a questão da votação para análise do grau de consentimento dos países envolvidos na formulação do Acordo. No caso da Basileia, não se tem conhecimento dos procedimentos adotados para se chegar a uma decisão porque eles são secretos (GUP, 2004). Dessa forma, além de as recomendações serem formuladas apenas pelos países do G-10 e adotadas por mais de cem países no mundo, não é pública a forma de deliberação do Comitê – característica essa presente desde a criação do BIS (DAM, 1983).

Para SCHREUER (1988) a quantidade de países favoráveis à adesão aos termos do Acordo seria um indicativo, na mesma proporção, do grau de efeitos que ele seria capaz de produzir. No caso da Basileia, entretanto, não obstante a ínfima participação dos países em desenvolvimento, o Acordo tem sido adotado por muitos países.

No caso, tanto o BIS como o Comitê da Basileia ocupam posição extremamente relevante no sistema financeiro internacional, porque têm como missão proporcionar a cooperação entre bancos centrais e outras agências em busca da estabilidade monetária e financeira e, mais importante, o BIS atua como banco central dos bancos centrais⁹¹.

A importância conferida pelo Acordo às agências de *rating* também cria uma forma de constrangimento ainda mais informal do que a operada pelos organismos multilaterais, já que são as agências responsáveis pela classificação do risco de crédito tanto de instituições financeiras como de Estados (risco soberano). Os riscos das instituições financeiras dependem, na abordagem padronizada, do país em que estão localizadas e, quando não há classificação do país por uma agência, o capital regulatório corresponderá aos 8% previstos desde o I Acordo. É bem de ver que esse percentual pode ser inferior dentro de algumas condições determinadas pelo Comitê, em suas recomendações. Se determinado país,

⁹¹ informações institucionais disponíveis no portal do BIS, <www.bis.org>, acesso em 6.3.2007).

entretanto, não adere às determinações da Basiléia, a concessão de créditos acarretará, para a instituição financeira, menor alavancagem de capital e, portanto, menor incentivo para fornecer o empréstimo.

SCHREUER (1988) compreende que a influência mais óbvia da *soft law* na conduta dos Estado por meio da regulação e de parâmetros de conduta é exercida pelas organizações internacionais que têm reais benefícios a distribuir, como serviços ou empréstimo. Exemplo disso são as medidas de intervenção direta e indireta do FMI, do Banco Mundial e do GATT em prol da implementação do Acordo (GUP, 2004).

Chama, ainda, atenção SCHREUER (1988) para o problema ainda não resolvido de que esses concertos internacionais, muitas vezes, não envolvem todos os países por ele afetados e que os problemas substantivos de Direito Internacional raramente são devidamente enfrentados. O II Acordo da Basiléia foi elaborado pelos membros do Comitê, que são apenas os 13 países mais ricos do globo, entretanto, em decorrência dos efeitos econômicos da adoção (e da não-adoção) das recomendações, mais de 100 países já estão implementando o modelo de classificação de riscos proposto.

Existem fóruns de discussão abertos para todos os países interessados no Comitê da Basiléia, mas as conclusões não vinculam as decisões finais (GUP, 2004). Todos os estudos formulados no âmbito do BIS sobre o Acordo e os efeitos de sua aplicação são tornados públicos no portal eletrônico do organismo.

Confrontando, em raciocínio abstrato, e não com base em dados empíricos, os critérios apresentados por SCHREUER e DINH e as características do BIS e do Comitê da Basiléia, pode-se dizer que é extrema a relevância jurídica dos Princípios da Basiléia II, em razão da importância dessa organização, que ocupa posição central na regulação do sistema financeiro mundial (o que se verifica na sua relação com bancos centrais e demais órgãos reguladores) e do fato de que há participação direta em operações financeiras internacionais. Há, ainda, o

Grupo de Implementação do Acordo (*Accord Implementation Group*), dentro do Comitê da Basileia, responsável por acompanhar a implementação de suas Resoluções. Por óbvio, esse Grupo não tem poder de autuar nenhum país que descumpra os critérios formulados, mas, em um mercado em que a fidúcia é componente fulcral, o simples fato de dar conhecimento ao mundo de que um mercado não segue as medidas de prevenção de riscos já representa uma importante forma de constrangimento.

A parte da doutrina que nega o caráter jurídico às Recomendações baseia-se, principalmente, no critério do consenso: se não houve a intenção dos Estados em produzir uma norma juridicamente vinculante, então norma vinculante não é. Assim, a ausência de uma sanção prevista na lei — muito embora se reconheça a existência de sanções políticas ou econômicas — impediria a caracterização da norma como jurídica.

Esse consenso, entretanto, principalmente no caso dos Acordos da Basileia, deve ter seu conteúdo analisado. Convenciona-se a inexistência de caráter jurídico e, ao mesmo tempo, a intenção de produzir efeitos jurídicos. Assim, se analisada com mais vagar a questão do consenso, percebe-se que as Recomendações da Basileia têm caráter de norma de Direito Internacional. SERGE SUR⁹² (1985) defende que a obrigatoriedade não é elemento fundamental para a caracterização da norma jurídica internacional.

Há, hoje, autores que, ao analisar os Acordos da Basileia, falam em um verdadeiro Direito Administrativo Internacional (MILLER; BARR, 2006).

A doutrina, diante da análise de fatos concretos já citados, em especial, no que tange a Recomendações da OCDE, do FMI e da OMC, já atestou que esses instrumentos produzem efeitos até mesmo nos Estados que não fazem parte de sua elaboração e que eles têm extremada eficácia.

⁹² SUR, Serge. Quelques Observations sur les Normes juridiques Internationales. in RGDIP, 1985, 4 *apud* ARIOSI (2000)

Destarte, resta falacioso o argumento de que não se quis produzir uma norma com caráter jurídico. A opção por esses procedimentos *soft* acaba por afastar os requisitos constitucionais de adoção de acordos internacionais. É nesse sentido que BECK (1999) denuncia a redução da esfera política à esfera econômica. O modelo de classificação de riscos da Basiléia II representa uma escolha, pelos membros do Comitê, de um modelo de regulação voltado para a liberalização do mercado e para a auto-regulação, formulado de acordo com modelo econômico de nítidas feições neoclássicas e que provocarão profundas transformações nas economias domésticas, pois, diretamente, será afetado o volume de moeda e de crédito em cada país. Trata-se de nítida forma jurídica de política econômica.

Assim, a solução do problema parece simples: basta alargar o rol de normas de direito internacional para incluir os concertos ditos técnicos, que pretendem produzir alterações no ordenamento jurídico pátrio, mas que não prevêm sanções jurídicas para o seu descumprimento, no conceito de acordos internacionais. É um acordo do qual o Brasil e muitos outros países não fizeram parte, mas, a cujo conteúdo aderiram por livre e espontânea vontade.

6.4. BASILÉIA II NO BRASIL

Dado que a Basiléia II é a forma jurídica de um instrumento internacional de política econômica (vez que reflete opções políticas), seu conteúdo, suas premissas e efeitos devem ser cotejados com as demais normas presentes no ordenamento jurídico.

Ainda que não seja uma norma internacional nos moldes clássicos, é instrumento de política econômica com relevantes efeitos econômicos e políticos nos ordenamentos jurídicos de todo o globo. Por ser forma jurídica de um instrumento de política econômica, merece

reflexões sobre sua legitimidade e sobre a sua correlação com a proteção de direitos positivados no ordenamento jurídico brasileiro.

A Diretoria colegiada do Banco Central do Brasil, por meio do Comunicado nº 12.476, de 9.12.2004, divulgou o cronograma da adoção dos procedimentos necessários à implementação do II Acordo da Basiléia do Brasil, adaptando seu conteúdo ao estágio de desenvolvimento do sistema bancário brasileiro.

Nos termos do Comunicado, todos os princípios dos pilares 2 e 3 serão aplicados a todas as instituições do Sistema Financeiro Nacional. Quanto ao pilar 1, dispõe o documento:

I - o Banco Central do Brasil não utilizará ratings divulgados pelas agências externas de classificação de risco de crédito para fins de apuração do requerimento de capital;

II - deverá ser aplicada à maioria das instituições financeiras a abordagem padrão simplificada, que consiste em um aprimoramento da abordagem atual mediante a incorporação de elementos que, a exemplo dos instrumentos específicos para mitigação de risco de crédito, possibilitem uma melhor adequação do requerimento de capital às características das exposições, considerando as demandas do Banco Central do Brasil relativamente à suas atribuições de órgão supervisor e a melhor alocação de recursos pelas instituições financeiras menores, com a conseqüente revisão dos fatores de ponderação de risco de crédito determinados pela tabela anexa à Resolução 2.099, de 17 de agosto de 1994;

III - às instituições de maior porte, com atuação internacional e participação significativa no SFN, será facultada a utilização de abordagem avançada, com base em sistema interno de classificação de risco, após período de transição, a ser estabelecido pelo Banco Central do Brasil, em que deverá ser adotada a abordagem padrão simplificada e, posteriormente, a abordagem fundamental (ou básica) de classificação interna de riscos

Nos termos do documento, ainda seriam feitos estudos para a implementação do acréscimo de capital regulamentar relativo ao risco operacional. Os requerimentos relativos aos riscos de mercado seriam expandidos para abranger as inovações da Basiléia II com relação à Basiléia I.

No Comunicado 12.476/04, foi, ainda, definido o cronograma de implementação dos 3 pilares do acordo:

I - até o final de 2005: revisão dos requerimentos de capital para risco de crédito para adoção da abordagem simplificada e introdução de parcelas de requerimento de capital para risco de mercado ainda não contempladas pela regulamentação, bem como o desenvolvimento de estudos de impacto

junto ao mercado para as abordagens mais simples previstas em Basiléia II para risco operacional;

II - até o final de 2007: estabelecimento dos critérios de elegibilidade para adoção de modelos internos para risco de mercado e planejamento de validação desses modelos, estabelecimento dos critérios de elegibilidade para a implementação da abordagem baseada em classificações internas para risco de crédito e estabelecimento de parcela de requerimento de capital para risco operacional (abordagem do indicador básico ou abordagem padronizada alternativa);

III - 2008-2009: validação de modelos internos para risco de mercado, estabelecimento de cronograma de validação da abordagem baseada em classificações internas para risco de crédito (fundamental ou básica), início do processo de validação dos sistemas de classificação interna para risco de crédito e divulgação dos critérios para reconhecimento de modelos internos para risco operacional;

IV - 2009-2010: validação dos sistemas de classificação interna pela abordagem avançada para risco de crédito e estabelecimento de cronograma de validação para abordagem avançada de risco operacional;

V - 2010-2011: validação de metodologias internas de apuração de requerimento de capital para risco operacional.

O Conselho Monetário Nacional houve por bem não adotar, no Brasil, a classificação dos riscos com base nas avaliações de agências externas de *rating*.

Em 2006, o conteúdo das primeiras minutas de Resolução do Conselho Monetário Nacional referentes à Basiléia II foram expostas no portal eletrônico do Banco Central do Brasil durante 1 (um) mês, em uma espécie de audiência pública virtual, em que os interessados poderiam manifestar-se naquele espaço. Após esse prazo, teria início a edição das referidas Resoluções, quando, então, o acordo fará parte do ordenamento jurídico brasileiro.

As minutas apresentaram as fórmulas para cálculo do capital regulatório, designado, no Brasil, de Patrimônio de Referência Exigido (PRE) e os percentuais para a ponderação das diferentes classes de ativos, abrangendo os riscos prescritos no II Acordo da Basiléia. O documento é de extrema relevância porque à maioria dos bancos brasileiros será aplicado o método padronizado, em que a instituição financeira define a probabilidade de perda (PD) e a autoridade monetária, o percentual de exposição de cada tomador e a exposição no momento de inadimplência (LGD).

Por meio do Comunicado 16.137, de 27.9.2007, a Diretoria colegiada do BACEN ajustou o cronograma inicial ao estender em mais um ano o prazo final para a completa implementação do II Acordo da Basiléia.

Em 29.8.2007, foi editada a Resolução nº 3.490, que apresenta fórmula de cálculo do patrimônio de referência (PR), que corresponde ao patrimônio regulamentar e é determinado de acordo com as inovações trazidas pela Basiléia II pelo somatório da (1) parcela referente às exposições ponderadas pelo fator de ponderação de risco a elas atribuído; (2) parcela referente ao risco das exposições em ouro, em moeda estrangeira e em operações sujeitas à variação cambial; (3) parcela referente ao risco das operações sujeitas à variação de taxas de juros e classificadas na carteira de negociação; (4) parcela referente ao risco das operações sujeitas à variação do preço de mercadorias (commodities); (5) parcela referente ao risco das operações sujeitas à variação do preço de ações e classificadas na carteira de negociação; (6) parcela referente ao risco operacional.

Interessante anotar que a Resolução 3.490/07 revoga o anexo da Resolução 2.099/94, que implementou o I Acordo na Basiléia no Brasil. As novas normas da Basiléia II, mais abrangentes, é que darão o norte da exposição ao risco no sistema financeiro nacional.

Diante da possibilidade de alguma flexibilização na adoção das normas do Acordo, o BACEN adaptou algumas das definições contábeis da Basiléia à prática nacional. NYGAARD (1999) apontou uma das adaptações feitas com relação ao conceito de capital: o Acordo dispõe sobre o capital principal (*tier 1*) e o capital suplementar (*tier 2*) como os elementos que compõem o capital elegível à aplicação do percentual para definição do capital mínimo e, no Brasil, foi adotada uma fórmula simplificada, que considera como elegível todo o patrimônio líquido. A Resolução 3.490/07 mudou a denominação “patrimônio líquido” exigido para “patrimônio de referência” exigido.

A Resolução 3.464, de 26 de junho de 2007, regulamenta a criação dos mecanismos internos dos bancos para gerenciamento dos riscos de mercado. O conceito de risco de mercado da Resolução — possibilidade de ocorrência de perdas resultantes da flutuação nos valores de mercado de posições detidas por uma instituição financeira. — abarca vários outros tipos de riscos previstos na Resolução 3490/07: riscos das operações sujeitas à variação cambial, das taxas de juros, dos preços de ações e dos preços de mercadorias (commodities), o que, por certo, denota a implementação do II Acordo da Basiléia. A estrutura de mensuração dos riscos deverá ser implementada até junho de 2008.

Ainda nos termos da Resolução 3.464/07, o Banco Central mantém poderes sobre a estrutura criada pelas instituições ao ditar os requisitos mínimos a serem adotados e manter a possibilidade de determinar a adoção de controles adicionais, caso entenda inadequados ou insuficientes os controles do risco de mercado implementados e de imputar limites operacionais mais restritivos à instituição que deixar de observar, no prazo estabelecido, a adoção desses controles adicionais.

Impende o registro de que o Brasil adotou uma postura mais conservadora para a classificação dos riscos do que o previsto no Acordo da Basiléia. Aqui, o índice entre capital e ativos ponderados pelo risco de crédito é de 11%, enquanto o Acordo de 1988 propõe 8%. Deve-se ressaltar, ainda, como apontado por CARNEIRO *et al*, a título exemplificativo, que

Outra medida que eleva o requerimento de capital no Brasil refere-se às próprias faixas de risco: para segmentar as operações com distintos riscos de crédito, as regras inspiradas no Acordo de 1988 estabelecem faixas para ponderação dos ativos em uma escala que varia de 0% a 100%, no Brasil foi estabelecida uma faixa adicional de risco para créditos tributários, com ponderação de 300%. (CARNEIRO *et al*)

O Brasil também não permite a avaliação interna dos riscos de mercado, não havendo, portanto, distinção entre o *banking book* e o *trading book* (CARNEIRO *et al*.)

Um estudo inicial, elaborado em 2004 (CARNEIRO *et al*), ao simular a aplicação das recomendações do II Acordo da Basiléia no mercado bancário brasileiro, conclui que os

capitais mínimos exigidos, em termos gerais (exceto para os Bancos de Desenvolvimento), seriam mantidos. Haveria redução do capital apenas para os grandes bancos, em decorrência da aplicação dos métodos internos de classificação de riscos.

Está claro que a política monetária do país passa a ser diretamente afetada pela implementação do II Acordo da Basileia e a decisão pela implementação de norma desse jaez se deu por decisão colegiada da Diretoria do Banco Central do Brasil, formada por *experts*.

A utilização de audiências públicas tem sido comum no âmbito da Administração Pública brasileira, como forma de aumentar a transparência na elaboração de políticas públicas, exigida dos órgãos reguladores. É também uma forma de possibilitar o debate público sobre determinadas questões.

A audiência pública no âmbito do BACEN tem sua relevância, entretanto, por se tratar de norma de Direito Internacional que interfere não só na regulação em si dos bancos mas na política monetária nacional, a questão merece um debate mais profundo.

6.4.1. DO PROCEDIMENTO DE INTERNALIZAÇÃO DOS ACORDOS INTERNACIONAIS

A Carta Constitucional brasileira não foi expressa no que tange a relação entre o Direito interno e o Direito Internacional, daí o primordial papel do Supremo Tribunal Federal para definir essa questão de estatura constitucional.

Quanto à relação entre a ordem interna e a ordem internacional, persiste há décadas, a oposição entre a corrente monista — que defende não haver distinção entre a ordem internacional e a interna, dado que o Direito é uno — e a dualista — segundo a qual são tão marcantes as diferenças entre o direito nacional e o direito interno que eles se tornam irreduzíveis um ao outro. As normas pertencentes às duas ordens não têm o mesmo objeto e

não regulam as mesmas relações sociais. Há, portanto, a necessidade de um processo formal de adoção da norma internacional pelo direito doméstico.

O Supremo Tribunal Federal, nas últimas décadas, oscilou em seu posicionamento acerca da relação entre o Direito Internacional e a ordem jurídica interna. Em importante precedente, o Recurso Extraordinário nº 71.154-PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 4.8.1971, a Corte sinalizou posição favorável ao monismo com primazia do Direito Internacional. Ainda nos anos 70, com o julgamento do RE nº 80.004-SE, Rel. Min. Otávio Galotti, DJ de 18.8.2000, o STF passou a adotar o monismo moderado, segundo o qual os tratados têm o mesmo status de lei ordinária e, no caso de conflito com norma interna, prevalece a norma mais recente, que não revoga, mas afasta a aplicação de norma internacional mais antiga.

Já em 2001, foi proferido acórdão nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-DF, em que o pleno do Supremo Tribunal Federal afirmou a mais absoluta soberania das normas constitucionais em relação aos tratados internacionais que, uma vez parte do ordenamento brasileiro, têm hierarquia de lei ordinária e, portanto, são incapazes de alterar as disposições constitucionais. Nesses autos, era questionada a constitucionalidade da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Para discutir esse mérito, foi necessário enfrentar as preliminares argüidas pelo Presidente da República ao prestar suas informações, sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal exercer controle de constitucionalidade de acordos internacionais. Foi no enfrentamento dessas preliminares que restou definido o quanto segue acerca da relação entre a ordem interna brasileira e a ordem internacional:

**SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS
INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais que, incorporados ao sistema de direito

positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. (sublinhado daqui)

(...)

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O Poder Judiciário — fundado na supremacia da Constituição da República — dispõe de competência para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar controle de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao Direito Interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, no mesmo plano jurídico de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes.

No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais do direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“*lex posterior derogat priori*”) ou, quando cabível, do critério de especialidades. Precedentes.

Afirma expressamente o Ministro Relator Celso de Melo a adoção do sistema dualista no Brasil e, por conseguinte, da concepção de que a esfera internacional e a interna são autônomas e independentes, sendo, portanto, necessário um ato formal de recepção constitucionalmente previsto. Ressumbra também evidente do corpo do voto que as duas esferas devem ser independentes, mas que como no plano interno deve prevalecer, em qualquer hipótese, a Constituição.

Em acórdão publicado no ano de 2005, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a hegemonia da Constituição sobre as normas internacionais. Nos autos do *Habeas Corpus* 81.319, em que foi Relator novamente o Ministro Celso de Melo, foi discutida a questão da prisão civil do devedor fiduciante tendo em vista o Pacto de São José da Costa Rica.

Em seu voto, o Ministro Celso de Melo afirma que o Pacto de São José da Costa Rica, na condição de tratado internacional, é mera “**peça complementar** no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais” (grifo do original) e que, no ordenamento interno tem a

mesma hierarquia das leis ordinárias, conforme entendimento já firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Ato seguido, o Ministro enfrenta a questão da responsabilização do Estado perante a comunidade internacional por editar legislação contrária a tratado internacional, com base na doutrina de Francisco Rezek, e conclui que, ainda que seja necessário arcar com as conseqüências de um ilícito penal na esfera internacional, deve-se conservar a primazia da Constituição.

Vale lembrar que, apesar de o acórdão ter sido publicado em 2005, o julgamento ocorreu em 24.4.2002, quando ainda não havia sido editada a Emenda Constitucional nº 45/2004, que conferiu a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos terem *status* de emenda constitucional, se atendidas determinadas formalidades no procedimento legislativo. No corpo do voto do Ministro Celso de Melo, constava uma recomendação de que os tratados internacionais de direitos humanos passassem a ter eficácia imediata no ordenamento brasileiro e o Ministro Carlos Velloso já acenava essa possibilidade a partir do § 2º do artigo. 5º da Constituição.

Após a emenda constitucional nº 45/2004, no julgamento do RE 466.343, referente à prisão civil por dívidas, a maioria dos membros da Corte posicionou-se no sentido de que os tratados de direitos humanos têm estatura superior às leis ordinárias no ordenamento jurídico pátrio.

O texto da Constituição não foi claro ao definir a relação entre a ordem interna e a ordem jurídica internacional, cabendo à Suprema Corte essa tarefa. Na atualidade, tem-se, portanto, um dualismo moderado, que consagra a mais absoluta hierarquia da Constituição, devendo o Estado arcar com as conseqüências, no plano internacional, por eventual declaração de inconstitucionalidade de tratado no plano interno.

Os tratados são, via de regra, recepcionados pelo ordenamento pátrio como leis ordinárias. Os que têm conteúdo de direitos humanos apresentam uma característica de supralegalidade, encontrando posição entre a Constituição e as leis ordinárias. Ainda, se o processo de internalização desse tratados de direitos humanos obedecer aos mesmos requisitos de aprovação das emendas constitucionais, terão esse status próprio dentro de nosso sistema jurídico.

Esse é, portanto, o quadro jurídico que relaciona os normas internas com as normas de Direito Internacional. Tem-se, no Brasil, dentro do ordenamento, a primazia, pode-se dizer, absoluta da Constituição sobre todas as demais normas — o que, por óbvio, inclui os Decretos Legislativos que internalizam normas de origem externa — que, portanto, são passíveis de controle de constitucionalidade.

O Poder de celebrar os acordos internacionais é, constitucionalmente, conferido ao chefe do Executivo, que pode delegá-lo a determinadas autoridades. Ocorre que, principalmente nos casos em que a celebração do acordo acarreta mudanças na ordem jurídica interna, entende-se necessária a sua submissão ao Congresso Nacional e, ao final, ao Presidente da República.

O Supremo Tribunal Federal, também nos autos da ADI 1.480-DF, sinalizou pela obrigatoriedade da intervenção do Congresso Nacional para integrar quaisquer atos internacionais à ordem interna:

PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

É na Constituição da República — e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas — que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.

O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de suas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder

celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe — enquanto Chefe de Estado que é — da competência para promulgá-los mediante decreto

O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais — superadas as fases prévias de celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado — conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. (negrito daqui)

Posteriormente, em voto-vogal também no julgamento do RE 466.343, o Ministro Gilmar Mendes reafirmou a necessidade de participação do Parlamento na adoção de um tratado internacional.

Esse procedimento, nas palavras de João Grandino Rodas⁹³, citado no voto do Ministro Celso de Melo “atesta a adoção da lei pelo legislativo, certifica a sua existência e seu texto e afirma, finalmente, seu valor executório e imperativo”.

Há que se atentar para o fato de que a observância do procedimento não corresponde à observância de meras regras burocráticas, mas de garantia do cidadão de ser submetido a leis legitimamente formuladas, o que é da essência do Estado de Direito.

A noção desse procedimento também não é pacífica, mas, no presente caso, identifica-se, na jurisprudência do STF que a garantia de uma alteração legítima do ordenamento pátrio em decorrência da celebração de normas internacionais passa, fundamentalmente, pela observância do procedimento legislativo referente ao Decreto Legislativo, que prevê a participação do Congresso e do Chefe do Poder Executivo.

Do exposto, dois principais parâmetros fixados pela Corte brasileira serão adotados para o estudo do segundo acordo da Basiléia: 1) a existência de duas ordens jurídicas distintas — a nacional e a internacional — e a prevalência, na ordem interna, da Constituição; e 2) a necessidade de observar o procedimento do Decreto Legislativo para a adoção de normas de Direito Internacional no plano interno.

⁹³ RODAS, João Grandino. A publicidade dos tratados internacionais, Ed. RT, 1980, p. 200

6.4.2. O PROCEDIMENTO DE EDIÇÃO DO DECRETO LEGISLATIVO

A Constituição brasileira apresenta uma seção específica sobre o procedimento legislativo, que, dentre outras espécies de normas, prevê a elaboração do decreto legislativo (art. 59, VI). Ainda, a Carta Maior atribui às Casas do Congresso Nacional a competência para dispor sobre suas organizações internas e funcionamento (arts. 51, IV e 52, XIII). Assim, tanto a Câmara dos Deputados como o Senado elaboraram seus regimentos internos, que, juntamente com outras normas infraconstitucionais, regulam o procedimento legislativo.

A Constituição também define competência do Chefe do Executivo para celebrar acordos internacionais. Competência essa que pode ser delegada a outras autoridades. O instrumento celebrado pelo Presidente da República, entretanto, está sujeito à aprovação do Congresso Nacional para ter força normativa no ordenamento pátrio.

Em breve síntese, o procedimento para a edição do decreto legislativo é o seguinte: o Ministro das Relações Exteriores prepara uma Exposição de Motivos, que deve conter os motivos que levaram à celebração do acordo; em seguida, o Presidente da República, por meio de Mensagem, submete ao Congresso Nacional a íntegra do acordo (cujo texto deve estar obrigatoriamente em português) junto com o documento de Exposição, caso este seja aprovado. Esse documento é elemento de extrema importância para o debate acerca do acordo internacional, pois, extrai-se do próprio nome dado ao documento que ele contém as razões pelas quais os brasileiros deverão ser submetidos àquela regulamentação. Soma-se a isso o fato de que, para não *experts* do direito, a apreensão do significado de uma norma na vida de um cidadão não é fácil tarefa. A Exposição de Motivos, fazendo uma analogia, transforma versos estilizados e numerados (artigos de lei) em prosa (texto argumentativo), o que, ao menos em tese, deve facilitar a compreensão do significado daquela norma dentro de um sistema.

O ato internacional é, então, encaminhado para o Congresso Nacional, onde deverá ser examinado e aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado. Previamente à deliberação do plenário de cada uma das casas, o instrumento é discutido e avaliado pelas Comissões de Constituição e Justiça, de Relações Exteriores e por outras Comissões interessadas na matéria. Aprovado, o Decreto Legislativo é assinado pelo presidente da República e publicado no Diário Oficial da União.

Quadra ressaltar que a Comissão de Constituição e Justiça, nos termos do art. 101, I, do Regimento Interno do Senado Federal, opinará sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias a ela submetidas; e, com relação aos dois primeiros critérios de análise, seu parecer é terminativo (AZEVEDO, 2001, p. 45). Há, nessa fase do procedimento, dois pontos cruciais para a produção de uma norma legítima: a verificação da constitucionalidade e o debate entre os parlamentares sobre o tema.

A questão da constitucionalidade é de suma importância na medida em que permite verificar a conformação do quanto proposto no acordo internacional às normas constitucionais e, em especial, aos direitos fundamentais.

Não se pretende adentrar, nesse momento, na discussão acerca do conteúdo de cada um desses direitos, o dado objetivo é que são eles importantes critérios para configuração do Estado democrático de direito e, por isso, as leis produzidas no Brasil passam por esse prévio teste. Uma vez mais, não é um método absoluto, permite falhas (e muitas), como se percebe da atividade do Supremo Tribunal Federal que declara centenas de leis inconstitucionais a cada ano, nem por isso pode-se abrir mão de um controle prévio de constitucionalidade.

No caso do acordo da Basiléia, por versar essencialmente sobre critérios de classificação dos riscos das instituições financeiras — o que interfere diretamente na oferta e no custo do crédito e, por conseguinte, na política monetária e no desenvolvimento das atividades produtivas —, caso submetido à apreciação do Parlamento, seria submetido à

Comissão de Assuntos Econômicos, que deve opinar sobre a política de crédito (art. 99, I, do Regimento Interno do Senado Federal).

Há que se fazer também o registro de que o Regimento do Senado prevê expressamente a realização de audiências públicas presenciais, que poderão ser realizadas a pedido de entidade da sociedade. Aqui, vê-se claramente no procedimento legislativo brasileiro um dos objetivos enunciados por Galeotti para a sua existência: a participação dos destinatários das normas. Essa etapa é de máxima relevância para possibilitar o efetivo debate sobre o assunto, a exposição de todos os argumentos, que poderão ser contrapostos.

Em apertada síntese, são esses os passos do procedimento legislativo instituído pelo Direito Positivo para a internalização no ordenamento jurídico de acordo internacional. Ao menos em tese, cada um desses passos tem o condão de possibilitar a exposição de todos os argumentos existentes sobre uma determinada matéria, o controle de constitucionalidade e, ainda, um debate com a sociedade civil.

6.4.3. A ANÁLISE DO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO DA BASILÉIA II

O acordo da Basiléia é celebrado pelos presidentes dos Bancos Centrais do G-10 e seus termos são impositivos apenas para esses países. Ocorre que, em razão do intenso fluxo internacional de capitais, da intensa rede de conexões que liga os mercados financeiros de todo o mundo e da pressão de outros organismos internacionais (FMI, Banco Mundial e OMC), países não signatários do acordo da Basiléia aderem ao acordo de maneira informal, ou seja, não são signatários adotam as medidas previstas nesse instrumento a fim de manter o seu mercado financeiro alinhado com o dos países mais ricos.

WHEATLEY (2007) analisa a legitimidade democrática dos instrumentos expedidos por organismos multilaterais com base nos mesmos pressupostos de legitimação propostos

por Habermas. Diante da impossibilidade da existência de um Parlamento mundial e, portanto, de um procedimento democrático no âmbito global, o autor aponta duas soluções: ou se trabalha para construir uma ordem global democrática ou as instituições democráticas domésticas devem ser protegidas das normas que surgiram sem o controle popular.

As recomendações da Basiléia, no plano internacional, têm grande déficit de legitimidade para o Brasil, na medida em que não houve participação em sua formulação.

No Brasil, o sistema financeiro é regulado por meio da Lei 4.595/64 (recepcionada pelo ordenamento instituído pela Constituição de 1988 como lei complementar), leis ordinárias, resoluções do Conselho Monetário Nacional e vários outros tipos de regulamentos expedidos pelo Banco Central do Brasil.

A lei 4.595/64 é a chamada “lei quadro” da regulação bancária no Brasil, dado que estabelece as premissas e condições para o exercício da atividade de regulação do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional, operando a “deslegalização” dessa matéria, que é definida como:

A operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração. Mediante o princípio do *contrario actus*, quando uma matéria está regulada por determinada lei se produz o que chamamos de ‘congelamento do grau hierárquico’ normativo que regula a matéria, de modo que apenas por outra lei contrária poderá ser inovada dita regulação. Uma lei de deslegalização opera como *contrarius actus* da anterior lei de regulação material, porém, não para inovar diretamente esta regulação, mas para degradar formalmente o seu grau hierárquico de modo que, a partir de então, possa vir a ser regulada por simples regulamentos. (ENTERRIA, 1998, p. 220;221)

Como já apontado anteriormente, o exercício do poder regulamentar⁹⁴, ou seja, a criação de normas em sentido material pelo Executivo é um fato nas democracias ocidentais, que optaram por modelos de Estado regulador. Na esteira do pensamento de HABERMAS, tais comandos, assim, como os emanados pelo Poder Legislativo, precisam passar pelo crivo

⁹⁴ SADDI (2001) faz completo estudo sobre o poder regulamentar no ordenamento jurídico pátrio exercido sobre o mercado bancário. Em seu estudo aponta síntese com base em Geraldo Ataliba: “ o poder regulamentar pode ser compreendido como a faculdade do Poder Executivo de baixar normas que ‘traduzem os seus comandos, sua orientação, seus critérios de direção’ das políticas públicas de sua competência. Mesmo assim, vale ressaltar de pronto que, ‘embora de natureza infralegal, tem o regulamento a mesma força coercitiva da norma legal, por isso que é editado para sua fiel execução’. (SADDI, 2001,. P. 32)

da legalidade, com a obediência dos procedimentos juridicamente instituídos, que possibilitam o amplo debate e questionamento sobre a norma, a fim de que a vontade política possa se constituir de forma autônoma.

No presente caso, como já mencionado, a Diretoria Colegiada do Banco Central decidiu aderir ao acordo da Basiléia e montou um cronograma para a implantação dos três pilares da Basiléia II em 5 (cinco) etapas. Em 2006, a autoridade monetária disponibilizou, em seu portal eletrônico, as minutas de Resoluções que veicularão o conteúdo do acordo da Basiléia. Os interessados poderiam manifestar-se, durante 1 (um) mês enviando mensagens eletrônicas, que ficam disponíveis a qualquer interessado no sítio da autarquia.

O Banco Central do Brasil adotou uma conduta parecida com a do próprio Comitê da Basiléia, que, antes de chegar a um documento final, disponibilizou seu conteúdo, no portal eletrônico, para que todos os interessados pudessem se manifestar. Impende anotar também que todos os testes econométricos e estudos sobre os efeitos decorrentes da adoção do Acordo também foram tornados públicos.

BARR; MILLER (2006) entendem que a conduta do Comitê fomentou práticas de transparência e *accountability* por parte de autoridades monetárias em todo o mundo, mesmo nos países em que ainda não havia sido institucionalizada a prática de prestação de contas à sociedade da atividade regulatória, como a China.

Como visto, os procedimentos legalmente instituídos têm uma função determinante na elaboração de normas legítimas, já que tem por escopo possibilitar o amplo debate sobre elas e também permitem a captação do fluxo comunicativo informal. No caso do decreto legislativo, pode-se verificar a existência de vários estágios que possibilitam o debate sobre o conteúdo das leis e, principalmente, um controle prévio de constitucionalidade.

Inicialmente, o só fato de existir, no procedimento legislativo, a previsão da existência de um documento que contenha a exposição dos motivos que levaram à celebração do acordo

já é, em si, essencial para possibilitar um debate sobre o tema. *In casu*, trata-se de um acordo que regula a atividade bancária, o que, por si, já é um tema de difícil compreensão para leigos. No formato de Resolução do CMN (que é o mesmo das leis, em artigos), torna-se ainda mais difícil apreender o significado do texto e seus fundamentos. A mera leitura das Resoluções do CMN, a não ser para os *experts*, dificilmente permite a compreensão sobre a magnitude dos efeitos daquelas normas no funcionamento da economia, é necessário desenvolver um discurso sobre elas.

Há, no Regimento Interno do Senado, a previsão de realização de audiência pública presencial, que poderá ser requerida por entidades da sociedade civil. Ora, um debate presencial, em que todos podem exprimir as suas opiniões é muito mais profícua no sentido de se encontrar a única decisão correta — de que depende a fiel observância dos procedimentos juridicamente institucionalizados — a ser tomada no que tange a regulação do sistema financeiro, do que apenas permitir que os interessados enviem mensagens por meio eletrônico. Até porque a autoridade monetária apenas recebe as opiniões, não se instaura um diálogo entre ela e o receptor. O sucesso da política deliberativa depende de procedimentos institucionalizados e da correlação entre os processos deliberativos institucionalizados e a opinião pública informalmente desenvolvida, mas a audiência pública virtual adotada não parece ser capaz de captar esse fluxo, mas apenas vozes esparsas, e vozes restritas que conseguiram apreender os fundamentos do segundo acordo da Basileia somente com a leitura de textos de resolução.

A tramitação dessa matéria pela Comissão de Assuntos Econômicos seria de extrema importância, já que, na literatura econômica, há autores, como FREITAS E PRATES (2005), que já apontam as dificuldades que o segundo acordo da Basileia pode trazer para a obtenção de financiamentos pelos países menos desenvolvidos.

A complexidade desse procedimento está diretamente relacionada à importância dos efeitos que se pretende produzir na sociedade. O método de classificação dos riscos das instituições financeiras interfere na formação da taxa de juros o que, por sua vez, influencia diretamente no custo do crédito para todos os agentes econômicos. Daí fica evidente a relevância da matéria.

Outro ponto importante a ser considerado é o de que o discurso que justifica a implementação do acordo da Basileia é essencialmente econômico e voltado para o cálculo da eficácia do sistema bancário. Como visto, esta colonização da Ciências Econômica sobre outras ciências sociais, como o Direito, provoca reducionismos e afasta o caráter política da tomada de decisões que interferem na realidade social, política e econômica.

Inúmeras vezes, registrou-se ao longo do presente texto a opção ideológica subjacente às escolhas em prol da auto-regulação dos mercados. O próprio Comitê expressa a intenção de que, paulatinamente, seja transferida aos próprios bancos a atividade de controle da exposição aos riscos.

Como aponta Habermas, a idéia não é extinguir a lógica interna do subsistema da economia, mas promover o acoplamento da razão comunicativa à razão instrumental e o exercício da ação comunicativa nesses espaços.

Não se discute que a boa saúde financeira dos bancos é imprescindível para o bom funcionamento das economias, mas será que é realmente mais eficiente que a supervisão do grau de endividamento dos bancos seja feita pelos próprios bancos? E essa noção de eficiência leva em consideração o conteúdo dos financiamentos concedidos, se são direcionados à indústria bélica, ao financiamento de grupos paramilitares ou empresas responsáveis por grande parcela de poluição? Deve-se, portanto, adotar um procedimento que possibilite o efetivo debate sobre o conteúdo e os fundamentos do acordo da Basileia debatido

com base nesses outros argumentos não econômicos e não voltados apenas para o cálculo da eficácia.

Habermas propõe que o acordo mútuo em uma sociedade pode surgir em decorrência formações de consensos e resoluções fundamentadas que se apóiem sobre o reconhecimento racionalmente motivado de fatos, normas e valores e respectivas pretensões de validação, bem como de procedimentos de formação discursiva da opinião e da vontade (incluindo decisões sustentadas em argumentação) (HABERMAS, 2003). É exatamente com base nesse procedimento de formação do acordo mútuo que se pode questionar a implementação do acordo da Basiléia. Todo o discurso justificador da adoção dessas medidas é eminentemente econômico e, mais, de uma corrente de pensamento econômico que entende ser essa a melhor alternativa para a regulação da classificação dos riscos no sistema financeiro – é o discurso hegemônico a que se refere Habermas como a “imposição de um interesse mais forte”. E a alternativa a essa imposição é o acordo mútuo, possibilitado por meio de uma discussão em que seja possível a todas as partes afetadas pelo consenso a argumentação.

Não se pode olvidar que o modelo de democracia, na teoria do discurso, “não precisa operar com o conceito de uma totalidade social centrada no Estado, representado como um sujeito superdimensionado e agindo em função de um objetivo. Ele também não representa a totalidade de um sistema de normas constitucionais que regulam de modo neutro o equilíbrio do poder e dos interesses segundo o modelo do mercado” (HABERMAS, 2003, p. 21). Dessa forma, a questão acerca da legitimidade do acordo da Basiléia não se resolve apenas incrementando a atuação do Estado em sua elaboração, é preciso que se discuta a participação dos cidadãos nos debates a serem desenvolvidos em esferas públicas a que eles tenham acesso.

Nesse sentido, a criação das audiências públicas representou um avanço na formulação da política econômica com maior participação dos interessados, entretanto, em razão dos

amplios efeitos produzidos pelo Acordo e pela ausência de participação direta do Brasil em sua formulação, é de grande valia a observância do procedimento do Decreto Legislativo.

Interessante o procedimento adotado pelos Estados Unidos para a adoção do II Acordo da Basiléia. Mesmo sendo membro do Comitê, as autoridades reguladoras adotaram o procedimento de audiência pública virtual e, ainda, o conteúdo do Acordo foi submetido à apreciação do Congresso americano, tanto na fase da elaboração da Basiléia II como posteriormente à consolidação do documento, com discussões sobre a sua adoção (BARR; MILLER, 2006). A União Européia, que tem vários de seus membros do Comitê, também submeteu o Acordo à apreciação ao Parlamento Europeu. Posteriormente, ainda, a Basiléia II será submetida à apreciação de cada Estado.

No caso do Brasil, deve-se ter em mente também que não é por estar previsto na Constituição ou em qualquer lei que o procedimento do decreto legislativo é capaz de proporcionar, em tese, a elaboração de normas legítimas. A teoria do discurso, como dito, simula um estado inicial em que as pessoas resolvem entrar numa prática constituinte de um projeto de auto-regulação para o futuro. Do uso da palavra “simula” já se depreende que esse momento, de fato, não existiu. Da mesma forma, a idéia de que a Constituição foi um documento produzido para instaurar uma rede de processos legitimadores não necessariamente correspondem à realidade dos fatos. Os procedimentos de criação da Constituição e do Estado, por certo, envolveram intensamente o exercício da razão instrumental, o jogo de interesses e as barganhas. É necessário, entretanto, para o desenvolvimento de qualquer teoria, a definição de certos paradigmas.

Quanto ao Acordo da Basiléia, é bem provável que o acordo tivesse sido internalizado por meio de decreto legislativo, até porque há uma forte pressão internacional (a força dos argumentos econômicos) em prol da uniformização nos padrões de regulação do sistema

bancário. Os procedimentos positivados são falíveis e seus resultados nem sempre correspondem ao que seria a decisão que melhor se harmoniza com o ordenamento jurídico.

6.5. DESREGULAMENTAÇÃO E CONSTITUIÇÃO

Tendo em vista, portanto, que a ordem econômica deve conformar-se às normas e princípios constitucionais, há que se analisar a implementação do segundo acordo da Basiléia com referência ao conteúdo da Constituição, especificamente no que tange à desregulamentação da atividade de classificação de riscos. Não é possível, aqui, proceder a uma análise do acordo com base em todos os aspectos constitucionais, por isso foi escolhido o conteúdo de dois artigos.

O art. 174 define o Estado brasileiro como agente normativo e regulador da atividade econômica e o inciso VIII do art. 21 confere à União a competência para fiscalizar as operações de natureza financeira e de crédito. Assim, a Constituição confere ao ente estatal o poder/dever de juridicizar determinadas atividades ou realidades econômicas e de estabelecer comandos para adequar a realidade econômica às pretensões previamente estabelecidas pela lógica dos próprios comandos constitucionais (SCOTT, 2000, p. 93).

No caso da atividade bancária, a intervenção estatal decorre não apenas da necessidade da disciplina de mercado, mas do poder estatal de condução da política monetária. Sobre a intervenção na atividade bancária, analisa MONCADA:

A prossecução dos objetivos de política econômica e social do Estado Social de Direito dos nossos dias exige a sua intervenção nos circuitos monetários e na orientação do crédito sem o que aqueles objectivos não fariam sentido. Na realidade, aquela intervenção tem uma poderosa influência no teor da inflação, condicionando de perto o aumento da massa monetária em circulação e no desenvolvimento econômico, subordinando a distribuição do crédito à escala de prioridades julgadas mais conformes ao interesse geral e condicionando toda a política econômica dos poderes públicos. A intervenção estatal visará pois evitar aumentos explosivos da quantidade de moeda em circulação, induzida pelo fenómeno da moeda bancária ou escritural criada através de simples operações bancárias, assim pondo termo a uma inflação incontrollável e orientar a

distribuição do crédito entre os particulares, as empresas e os próprios poderes públicos no sentido de que as quantidades a distribuir, o juro e os prazos sejam os mais conformes ao interesse geral. (MONCADA, 2003, p. 306)

A atividade reguladora compreende três principais atividades: (i) regulamentação, que é criação de determinadas regras de conduta; (ii) fiscalização, que consiste em verificar se as regras estão sendo cumpridas; e (iii) supervisão, que é uma observação mais geral do comportamento das instituições financeiras (GOODHART *et all*, 1998).

A classificação dos riscos a que estão submetidas as instituições financeiras corresponde à avaliação da condição de liquidez por meio da análise da natureza e da proporção das operações ativas e passivas dos bancos e, por conseguinte, de suas operações de natureza financeira e de crédito. Essa avaliação também compreende a verificação da adequação das operações realizadas pelos bancos aos padrões de liquidez. Pelo exposto cumprimento do comando constitucional, as normas que definem os padrões de liquidez (regulamentação) e a avaliação das operações (fiscalização) deveriam ser levadas a cabo pelo Banco Central do Brasil (autoridade monetária e órgão regulador desse mercado, nos termos da Lei 4.595/64).

Nos termos do acordo da Basileia II, para os bancos internacionalmente ativos, o órgão regulador apenas formulará as diretrizes básicas para que as próprias instituições (i) construam seus sistemas de avaliação dos créditos e (ii) efetuem a supervisão. O regulador, posteriormente, validará os sistemas criados. Logo, parte substancial das atividades de regulamentação e de fiscalização será transferida às instituições financeiras. Seria, na verdade, não uma regulação inteiramente privada, mas mista, na medida em que é ainda preservado algum papel ao Banco Central, o de definir as diretrizes básicas para a formulação dos mecanismos de classificação de riscos das instituições financeiras e validar os mecanismos criados.

O confronto do conteúdo dos arts. 174 e 21, VIII, da Constituição com os termos do segundo acordo da Basiléia leva a uma primeira conclusão: o esvaziamento da função reguladora do Estado, no âmbito das operações financeira e de crédito, é matéria constitucional que, em face de a Carta Maior conferir ao ente estatal o poder/ dever de intervir na economia em busca da concretização de objetivos constitucionais, não poderia ser implementado por meio de decisão da Diretoria Colegiada do Banco Central.

A interpretação do conteúdo da Constituição varia de acordo com as mudanças sociais e o tempo histórico da aplicação dessas normas. MONCADA (2003) e CANOTILHO (1993) apontam que, nesses tempos, há uma tendência para o aparecimento de normas jurídicas de origem não estatal, que correspondem à desregulamentação ou desintervenção.

MONCADA entende como legítima a regulação da economia por entidades independentes mistas ou até mesmo privadas, na medida em que a ausência de intervenção direta ou indireta do Estado não foi sucedida pelo caos, mas por outras formas de disciplina de mercado (MONCADA, 2003, p. 370).

A atividade estatal — em um Estado democrático de Direito, como pretende ser o brasileiro — se dá nos limites fixados pela Constituição, em prol dos objetivos ali definidos e é essa vinculação que, dentre outros aspectos, confere legitimidade a seus atos e normas. Ocorre que, muitas vezes, a atuação política do Estado (o que envolve a formulação da política econômica), é capturada por interesses de determinados grupos, como defendem os adeptos da teoria da captura⁹⁵ dos órgãos reguladores. Assim, os valores que permeiam as normas jurídicas conformadoras da economia podem não estar em conformidade com o conteúdo material da Constituição. Essa postura crítica à intervenção estatal é reducionista por desconsiderar que toda sociedade também pode exercer pressão sobre os reguladores.

⁹⁵ Vide item 2.3 do presente trabalho.

As instituições financeiras, noutra giro, são agentes de mercado que têm por objetivo principal a maximização dos lucros em suas atividades. Devem, também, atender às normas que lhes são impostas e, por vezes, essas normas lhes impõem obrigações de cunho social, mas não é essa a regra.

No caso dos bancos, a vinculação de outros interesses à instituição é imprescindível para a realização de direitos humanos individuais e coletivos. Se uma instituição financeira consegue grandes lucros financiando indústrias bélicas ou poluidoras não estará atuando fora da lei; se a atividade de ambas as indústrias é legal, não há o que o Estado possa fazer para impedir esse financiamento.

É importante deixar claro que não se pretende advogar aqui a substituição da lógica de mercado pelo Direito, até porque esse tipo de raciocínio levaria a outro reducionismo: o da ordem social ao sistema jurídico. Não se trata de substituição, mas de acoplamento de objetivos.

Comparando-se a regulação do Estado pela regulação mista proposta no acordo da Basileia II, vê-se a possibilidade de se tornar ainda mais difícil esse acoplamento de objetivos ao mercado porque, ao editar uma norma para atuar ou intervir no mercado, a norma criada insere-se em um sistema hierarquicamente subordinado à Constituição. O mesmo não ocorre quando um ente privado emite uma norma interna para classificar e supervisionar seus riscos.

Há uma grave preocupação quanto à captura dos entes governamentais por interesses privados e, por isso, o Estado não é visto como a tábua de salvação para a realização da justiça social. Ocorre que, pelo fato de o Estado atuar via normas jurídicas e de estar ele próprio limitado e subordinado à Constituição, há mecanismos jurídicos de controle de seus atos, como a ação popular e a ação de improbidade, que permitem um maior controle de sua intervenção no ambiente econômico.

O Estado, entretanto, está inserido em um mundo globalizado (e não apenas em uma economia globalizada), por isso, sua atuação solo, por meio de instrumentos jurídicos válidos apenas dentro do território nacional, será de baixa efetividade. Cabe, aqui, portanto, retomar a solução proposta por BECK (1999) para que haja um concerto entre os Estados, com o fito de amoldar seus mercados, por meio da regulação, em prol da concretização dos direitos fundamentais.

É preciso também ser realista para reconhecer que esse concerto talvez nunca ocorra e que a regulação estatal isolada não seja capaz de acoplar objetivos de cunho social e ecológico ao lucro. Nesse caso, há um grande risco de que a lei estatal reguladora torne-se letra morta. É intenso o movimento, até mesmo da doutrina jurídica, em prol da regulação privada, da disciplina do mercado pelo próprio mercado. Restará, assim, à sociedade civil global a luta pela concretização dos direitos fundamentais também no mercado bancário e financeiro.

6.6. ANÁLISE JURÍDICA DOS CONTRATOS CELEBRADOS SOB A ÉGIDE DA BASILÉIA II

As normas de regulação do sistema financeiro têm efeitos jurídicos nas relações sócio-econômicas realizadas por meio de contratos. A Basiléia II exercerá intensa influência sobre todo tipo de contrato de financiamento, seja para a grande indústria, seja para o cidadão que deseja adquirir sua casa própria, uma vez que suas recomendações determinam a classificação que cada passivo receberá ou a forma como será calculado o risco da operação. Sobre esse tipo de operação creditícia é calculado o risco de mercado, com reflexos na determinação nas taxas de juros de mercado.

Dessa maneira, o Comitê da Basiléia, por suas recomendações, interfere no acesso a bens de toda natureza porque é fator determinante no cálculo do custo-benefício para o banco daquela operação.

Como o capital regulamentar é calculado em decorrência de todos os riscos definidos no pilar 1, mais eventuais acréscimos eventualmente necessários em decorrência da aplicação do pilar 2, a cláusula monetária⁹⁶ dos contratos será definida de acordo com todos os tipos de risco a que se submete a instituição ou o grupo financeiro. Daí a propalada financeirização do bem financiado, que estará sujeito a todo o tipo de turbulências financeiras.

Todos os componentes do II Acordo da Basiléia terão interferência na obtenção de créditos por parte dos cidadãos, das empresas e dos Estados nacionais. FREITAS E PRATES (2005) demonstram que as novas regras, na verdade, podem ter efeitos prejudiciais para os países periféricos, no âmbito da economia, na medida em que podem dificultar (a) o acesso ao crédito internacional; e (b) as condições de financiamento bancário externo.

Como visto, nos termos da Basiléia II, o controle da classificação dos riscos deve ser efetuado, essencialmente, pelas próprias instituições ou por agências de *rating* externas (o que não será aplicado no Brasil). Inicialmente, como somente os grandes bancos terão condições de implementar a classificação interna, dever-se-á fazer o uso das classificações externas, efetuada pelas agências de *rating*. Assim, a idéia é a de que, a longo prazo, a avaliação dos riscos das instituições financeiras seja realizada pelos próprios agentes do mercado e pelas agências; enquanto não consolidada a estrutura necessária em todos os bancos, agências externas de *rating* deverão avaliar os riscos, sendo que seus critérios devem ser aprovados pela autoridade monetária.

Daí vê-se o claro propósito privatizante inerente aos princípios da Basiléia, que advogam a existência de um Estado regulador mínimo, e até inexistente com a concretização de suas metas, no que tange à avaliação dos riscos das instituições bancárias.

Para o presente estudo é importante observar que a classificação do risco a que está sujeita uma instituição financeira ou um país (risco soberano) tem influência direta na fixação

⁹⁶ Vide item 4.3 do presente trabalho.

das taxas de juros. A lógica é simples: bons devedores (= baixo risco de inadimplência) pagam baixos juros e os devedores em que não se tem muita confiança pagam juros altos, já que devem oferecer alguma vantagem para que os investidores arrisquem (grandes ganhos, em geral, decorrem de grandes riscos).

Assim, as próprias instituições bancárias e agências de *rating* de qualquer nacionalidade avaliarão o grau de endividamento das instituições financeiras e dos países e, daí, será fixado o capital mínimo necessário para assegurar a sua saúde financeira (no caso dos bancos) e será fixada a taxa de juros para o empréstimo.

É de clareza solar que a avaliação privada dos riscos das instituições financeiras promove um aumento da esfera privada na organização do mercado, quanto à definição dos juros dos financiamentos. Como consequência disso, pode-se chegar ao ponto em que uma alteração da avaliação das agências de *rating* ocasione uma súbita e substancial elevação nos juros de um contrato (cláusula monetária), mas o Estado não tenha poderes para determinar o conteúdo do segmento de interesse público dessa cláusula, especialmente, se a agência responsável pela nova avaliação for estrangeira.

A classificação privada dos riscos também apresenta, em si, um grande risco sobre a “relevância econômica”⁹⁷ dos contratos, pois, como apontado por FREITAS; PRATES (2005), muitas vezes a atuação das agências têm o condão de criar as “profecias auto-executáveis” e propagar crises de desconfiança. Ao agravar a crise, as agências acarretam a fuga de capitais dos países periféricos, causando grandes e súbitas mudanças nas taxas de câmbio e de juros, o que afeta diretamente toda a rede de contratos de um país. Frise-se que esse movimento de propagação de crise, na maioria das vezes, não leva em consideração a economia real de um país, o substrato social em que se firmam as relações econômicas — há apenas um “boato” com grande capacidade de causar prejuízos.

⁹⁷ Ver item 4.3.

Novamente tomando o entendimento de Keynes sobre o funcionamento da economia, vê-se a extrema importância da taxa de juros na fixação do volume de emprego em uma dada economia. Isso porque os produtores (de bens ou serviços) fazem novos investimentos e determinam o volume da produção de bens tendo em vista a eficiência marginal do capital, comparado à taxa de juros. Assim, se a perspectiva dos empresários é a de que as taxas subirão (ou se esse é o sinal dado pelas agências de *rating*, numa perspectiva atual da concepção keynesiana), pode até haver um aumento da produção no presente, mas a expectativa futura, que é a que determina o volume da produção e a quantidade de mão-de-obra empregada, será desfavorável. Novamente, fica evidente o prejuízo decorrente da perda do poder estatal para modelar os interesses econômicos em busca da concretização dos princípios constitucionais, como o da busca do pleno emprego.

Nesse caso, de nada adianta um cidadão escolher esse ou aquele governo se a sua influência na fixação da taxa de juros é ínfima e sua capacidade de intervir (ainda que indiretamente) na economia também o é. É aí que reside a limitação da liberdade individual ocasionada pela adoção das regras da Basileia: retira-se do cidadão a sua capacidade de, por meio do processo democrático, alterar a ordem social, na medida em que o governante por ele escolhido nada poderá fazer diante da existência de um sistema privado de fortíssima influência na fixação da taxa de juros; resta enfraquecido o poder de inverter hierarquia do cidadão, ao mesmo tempo em que é fortalecido o poder dos entes privados.

Nesse ponto, é importante registrar a influência dos modelos de cálculo do risco de mercado. O VaR, ferramenta adotada para o cálculo do risco de mercado, corresponde exatamente ao que CASTRO (1992) apontou como a transformação do desconhecido em uma quantia “x” de desconhecido, a ser inserida em uma equação. Trata-se de um método altamente especulativo para calcular um risco praticamente de impossível mensuração, que é

o risco de mercado, que, por sua vez, interferirá no custo dos financiamentos e na oferta de moeda no mercado.

A adoção das regras da Basileia II, de fato, integram o País com mais eficácia no mercado financeiro internacional, pois, na visão de seus idealizadores, estar-se-ia adotando regras que são as próprias regras do mercado, afastando a condição de o regulador estar sempre “correndo atrás” das novidades criadas pelo mercado para burlar as regras impostas (MENDONÇA, 2006).

No caso brasileiro, em que há direitos econômicos positivados na Constituição, como bem aponta BERCOVICI, “a questão é saber se a integração dar-se-á a partir dos objetivos nacionais ou não.” (BERCOVICI, 2005, p. 66). Esse Autor não analisa a integração específica do mercado financeiro, mas da economia como um todo e aponta como solução para reverter os efeitos perversos da globalização em curso (não que todos o sejam perversos) e controlar os desequilíbrios por ela gerados a necessidade de fortalecimento do Estado, quando, então, será possível a conquista e ampliação da cidadania.

BERCOVICI (2005) ressalta a necessidade de o Estado brasileiro adotar um plano para a superação do subdesenvolvimento, o que inclui a melhoria dos índices econômicos e sociais, o que, por certo, gera a melhor distribuição, na sociedade brasileira do poder de inverter hierarquias; acrescenta o jurista que o Estado brasileiro, na verdade, é fraco diante dos interesses privados, que, nas palavras de CASTRO (2003), concentram o poder de inverter as hierarquias, mas não as invertem, pois não é de seu interesse econômico. Vê-se a grande dificuldade de adotar um plano econômico (imbuído do valor ampliação da cidadania) com o enfraquecimento do Estado na interferência na fixação das taxas de juros.

6.7. BASILÉIA II E ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA, ALGUMAS REFLEXÕES

A regulação fundada em direito, como proposto por PROSSER (1999) inclui a garantia do funcionamento do mercado mas também da proteção de direitos. No caso específico do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição prevê que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170). Dessa maneira, não há falar só na garantia da estabilidade do sistema financeiro, mas na sua importância para a promoção de justiça social e concretização dos direitos fundamentais.

BERCOVICI (2003) ressalta a necessidade de o Estado brasileiro adotar um plano para a superação do subdesenvolvimento, o que inclui a melhoria dos índices econômicos e sociais.

Especificamente com relação ao sistema financeiro, deve-se promover o desenvolvimento equilibrado do País e atender aos interesses da coletividade (art. 192).

É bem verdade que os conceitos de “justiça social”, “desenvolvimento equilibrado” e “interesses da coletividade” são de difícil definição, mas essa dificuldade não permite a sua redução a aspectos meramente econômicos. Há uma gama de direitos, garantias e princípios constitucionais que, quando aplicados a casos concretos, permitem a construção de cada um desses conceitos. É, portanto, da complexidade de aspectos fáticos que envolvem a aplicação dos direitos em determinadas épocas, locais e culturas que exsurge a significado concreto desses termos, que devem integrar o escopo da regulação da atividade bancária.

Assim é que conclui VAZ sobre a regulação do sistema financeiro:

Nota-se um desvirtuamento da regulação prudencial, na medida em que ela se propõe a assegurar a solidez do sistema financeiro, como se o fortalecimento dos bancos, o aumento de sua competitividade, os ganhos de escala e os seus lucros, constituíssem um fim em si. (VAZ, 2002, p. 207).

Nesse contexto, duas questões constitucionais merecem atenção à luz dos efeitos da implementação do II Acordo da Basiléia: a concorrência no setor bancário e a obtenção de crédito pelos países em desenvolvimento.

Ainda não existem dados consolidados sobre os efeitos da implementação do II Acordo da Basiléia, até porque suas recomendações estão sendo adotadas paulatinamente. Economistas, entretanto, já vislumbram, com base em eventos pretéritos, possíveis efeitos do Acordo, que serão avaliados à luz de preceitos constitucionais.

A Constituição prevê uma série de deveres para o Estado, de cunho social, que dependem de recursos financeiros para serem concretizados. O desenvolvimento econômico (que deve ser acompanhado do desenvolvimento social), em muitas áreas, também depende de dinheiro. Constantemente, o Estado brasileiro busca recursos junto ao sistema financeiro internacional para executar obrigações constitucionais.

FREITAS; PRATES (2005) vislumbram que o Acordo dificultará o acesso ao crédito soberano no plano internacional, na medida em que os grandes bancos, habilitados à classificação interna de riscos, optarão por não conceder créditos a países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, porque eles provavelmente receberão baixa classificação das agências de *rating* e acarretarão um aumento do capital regulatório – o negócio deixa de ser vantajoso.

Essa dificuldade pode criar barreiras à execução de obrigações estatais constitucionalmente previstas, de cunho social. Se essa análise vier a se concretizar, servirá de exemplo para demonstrar as conseqüências da ausência de participação de países mais pobres na elaboração do Acordo.

A segunda questão levantada não só por FREITAS; PRATES (2005), mas também por EATWELL *et all* (2006) e GUP (2004) é a de que o Acordo provavelmente provocará uma concentração ainda maior no mercado bancário que é concentrado.

A Constituição brasileira prevê o desenvolvimento de um mercado justo, na medida em que garantida a concorrência. Há toda uma estrutura institucional e jurídica de defesa da concorrência, o que envolve também a defesa do consumidor. Como já anotado por CARNEIRO *et all*, a adoção da Basiléia II no Brasil provocará uma folga no capital regulatório apenas dos grandes bancos. Discute-se, no Comitê, sobre a exigência menor de capital para o risco operacional consolidado em grandes grupos. Soma-se a isso o simples fato de os bancos internacionalmente ativos avaliarem seus próprios riscos, o que é deveras mais vantajoso para a instituição.

A soma de todos esses fatores denota uma tendência de benefício aos já grandes bancos, em detrimento da concorrência, o que não estaria de acordo com os ditames constitucionais para a economia interna, nem mesmo com a tão perseguida eficiência do mercado.

7. CONCLUSÃO

Ao reconhecer que as medidas de intervenção na economia são formuladas com base em modelos econômicos e que essa escolha é uma atividade política, abre-se a possibilidade do debate e do questionamento do discurso econômico. Uma vez política a atividade, ela permite o cotejo das medidas adotadas com valores presentes nas relações humanas, sem reduzir o homem ao agente racional maximizador de utilidade.

A consolidação do constitucionalismo dos países democráticos provocou uma juridicização da atividade política, na medida em que o ordenamento jurídico limita os poderes e define meios democráticos para que a sociedade interfira no processo de decisão. Ademais, a execução das políticas por meio de instrumentos jurídicos provoca a necessidade de analisar esses instrumentos à luz de todos os princípios e outras regras que compõem o conjunto do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o valor do pensamento de HABERMAS sobre a necessidade de observância de procedimentos legalmente instituídos, que possibilitam um efetivo debate na definição dos bens coletivos a serem buscados por meio da implementação de programas políticos. Como, na atualidade, esses programas são formulados no âmbito do Poder Executivo, em órgãos reguladores, a idéia do debate (que precede o consenso na formação autônoma da vontade política) deve ser estendida também a essas decisões, na busca de sua legitimidade.

O II Acordo da Basileia representa a adoção de um determinado modelo de regulação da atividade bancária com relação à exposição dessas instituições aos vários riscos inerentes à atividade. O objetivo é atingir a eficiência econômica, com a garantia de lucros para os bancos juntamente com o controle da exposição excessiva a riscos e, por conseguinte (ao menos em tese), do risco sistêmico.

A eficiência nesses termos é de extrema relevância para o bom funcionamento do mercado e para garantir a saúde financeira dos muitos países do globo cujos mercados bancários são intensamente integrados.

Ocorre que o modelo adotado pelo Basileia II corresponde a um dentre vários outros modelos existentes, formulado com base em determinada teoria econômica à qual estão subjacentes concepções sobre o funcionamento dos mercados. Essas concepções sobre o mercado representam, na verdade, um juízo de valor sobre a sociedade em que se desenvolvem as relações econômicas de mercado. Nos termos da Basileia II, a regulação mais eficiente dos riscos bancários é feita pelos próprios bancos, principalmente os grandes grupos internacionalmente ativos, daí a proposta da criação dos modelos internos de classificação de riscos para essas instituições.

Impende, aqui, o registro de que, em razão da capacidade dos bancos de expandir a base monetária de um país, a definição do capital regulatório de cada instituição irá interferir diretamente na oferta de moeda e, por conseguinte, na política monetária a ser adotada por cada governo. Ora, se o Comitê entende que determinado tipo de operação representa um risco muito grande, a provisão de capital por parte do banco para cobrir os riscos decorrentes dessa operação será maior, provocando o recolhimento de determinada quantidade de moeda do mercado bancário.

Ademais, a classificação dos riscos interfere também no acesso ao crédito bancário, cujos tomadores deverão ser avaliados de acordo com as diretrizes da Basileia.

É cristalino o caráter político da decisão tomada no âmbito da Basileia II. As decisões políticas, em Estados Democráticos de Direito, devem ser formadas de maneira autônoma pela sociedade, que precisa ter a possibilidade de questionar o conteúdo dessas normas. O procedimento, em si, não é a garantia de legitimidade, mas é um caminho possível.

Assim, quanto ao procedimento de elaboração, o Basileia II apresenta considerável déficit de legitimidade democrática. Apesar da existência de um fórum para que os países não membros do Comitê se manifestem, das audiências públicas virtuais e da publicação de todos os estudos no portal eletrônico do Comitê, é uma decisão que gera efeitos muito importantes na dinâmica econômica dos países e, até, no acesso ao crédito internacional. Ademais, quando se fala em legitimidade por meio do debate público de uma norma, é preciso que haja participação efetiva dos afetados no processo de tomada de decisão, o que não ocorre com o fórum dos países não membros, que é ouvido e só.

No caso brasileiro, há também déficit de legitimidade, que é facilmente verificado se comparada a realidade brasileira à americana. Os Estados Unidos, por meio do presidente do *Federal Reserve Board*, são membro do Comitê da Basileia e, ainda assim, submeteram o Acordo à apreciação do Parlamento. O Brasil não é membro do Comitê e não submeteu a questão ao Parlamento.

No caso americano, as Comissões de Finanças do Congresso analisaram a Basileia II à luz da realidade do mercado bancário americano em um debate aberto⁹⁸. No Brasil, se existem esses estudos, eles foram realizados pela autoridade monetária e pelos interessados capazes de traduzir os efeitos econômicos decorrentes da edição das Resoluções do CMN, disponibilizadas no portal eletrônico do Banco Central.

O procedimento de edição do Decreto Legislativo é mais complexo e possibilita uma análise prévia da constitucionalidade das normas e um debate sobre seus efeitos na economia. Não se pode ter uma visão romântica do processo legislativo, mas seus defeitos não podem servir como fundamento para transformar Constituição letra morta.

Os objetivos e princípios da interferência do Estado brasileiro na economia estão positivados na Constituição e são, portanto, de observância obrigatória para os entes

⁹⁸ Informações disponíveis em <<http://www.access.gpo.gov/congress/house/house03ch108.html>>, acesso em 20.2.2008

reguladores. O conteúdo da norma constitucional não é fixo, o que pode até permitir a adoção de um modelo de auto-regulação, desde que respeitados os limites constitucionais. Dessa forma, uma decisão tão relevante como a adoção de um modelo regulatório que interfere diretamente na política monetária e no próprio acesso ao crédito merece ser objeto de um debate público, em que possam ser considerados todos os argumentos favoráveis e contrários à sua aplicação.

Ademais, o Acordo da Basiléia demonstra o enfraquecimento do Estado nesses tempos de globalização. Não se pode, entretanto, permitir que o discurso da globalidade econômica reduza a dimensão política dessas escolhas que afetam de maneira tão intensa todas as economias. Há aqueles favoráveis ao fortalecimento das ações estatais para promover a legitimidade dessas normas internacionais (WHEATLEY, 2007 e BERCOVICI, 2003), outros defendem a cooperação internacional para que todos os países harmonizem seus ordenamentos jurídicos para evitar que grandes empresas busquem benefícios, como salários mais baixos ou fiscalização fraca quando à lavagem de dinheiro (BECK, 1998). Independentemente da resposta a essa questão, o reconhecimento do caráter político das questões econômicas e de sua não neutralidade são o primeiro passo para se discutir as imaginárias “leis naturais” do mercado e sua influência na esfera jurídica de cada cidadão do mundo.

8. BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, Fernando Herren. Controle Social de Serviços Públicos. São Paulo: Max Limonad

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

ALDRIGHI, Dante; CARDIM, Fernando; SICSÚ, João. Sem razões para celebrar. Encarte publicado pelo Valor Econômico, sexta-feira e fim de semana, 7, 8 e 9 de maio de 2004

ALEXANDER, Kern; DHUMALE, Rahul; EATWELL, John. Global Governance of Financial Systems. The International Regulation of Systemic Risk. Oxford: Oxford University Press, 2006

ALEXANDER, Kern; DHUMALE, Rahul; EATWELL, John. Global Governance of Financial Systems – The International Regulation of Systemic Risk. Oxford: Oxford University Press, 2006

ALFORD, Dunca E. Basel Committee Minimum Standards: International Regulatory. *The George Washington Journal of International Law and Economics*; 1992; 26, 2; ABI/INFORM Global

AMADO, Adriana Moreira. Limites Monetários ao crescimento: Keynes e a não-neutralidade da moeda. Ensaio FEE, Porto Alegre, v. 21, n.1, p. 44-81, 2000

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. in Pós-Neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. 5ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Legalidade e regulamentos administrativos no Direito contemporâneo (uma análise doutrinária e jurisprudencial). in *Revista Forense* nº 368, *Revista Forense Eletrônica*, 2003, disponível em CD-Rom

ARANHA, Márcio Iório. Mundialización informativa, informacional y cultural. in *Política y Cultura*, otoño, 2006, n. 26, p. 71-91

AREND, Anthony Clark. Legal Rules and International Society. Oxford: Oxford University Press, 1999.

ARIOSI, Mariângela. Conflitos ente tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e da nova ordem internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARNAUD, Andr'e-Jean. O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado; trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSAF NETO, Alexandre. Mercado financeiro. 6 ed. São Paulo. Atlas: 2005.

AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. O controle legislativo de constitucionalidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001

BANCO CENTRAL DO BRASIL, Edital de Audiência Pública n 5/99, Brasília, 1999

BANCO CENTRAL DO BRASIL, Comunicado nº 12.476, de 9.12.2004

BANCO CENTRAL DO BRASIL, Comunicado 16.137, de 27.9.2007

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, portal eletrônico disponível em <www.bis.org>

BASEL Committee on Banking Supervision, portal eletrônico disponível em <http://www.bis.org/bcbs/index.htm>

BASEL Committee on Banking Supervision. International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards. Bank for International Settlements, 1988

BASEL Committee on Banking Supervision. Amendment to the Capital Accord to Incorporate Market Risks. Bank for International Settlements, 1996

BASEL Committee on Banking Supervision. International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards, A Revised Framework, Comprehensive Version. Bank for International Settlements, 1996

BAUM, Gregory. Karl Polanyi on Ethics and Economics. Montreal & Kingston: McGill-Queen's University Press, 1996

BECK, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à Globalização. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988 São Paulo: Malheiros, 2005

BLYTH, Mark. The Political Power of Financial Ideas: Traspparency, Risk, and

Distribution in Global Finance. In KIRSHNER, Jonathan (Ed) Monetary Orders: Ambiguous Economics Ubiquitous Politics. Londres: Cornell University Press, 2003.

BORDO, Michael. Globalization of International Financial Markets: What can History Teach Us. in AUERNHEIMER (org), Leonardo. International Financial Markets: the challenges of globalization. Chicago: Chicago Press, 2003

CARVALHO NETTO, Menelick. A sanção no procedimento legislativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1992

CARVALHO, Fernando J. Cardim de e SICSÚ, João. Controvérsias recentes sobre controles de capitais. Revista de Economia Política, vol. 24, nº 2 (94), abril-junho/2004

CARVALHO, Fernando J. Cardim de. Inovação Financeira e Regulação Prudencial: da regulação de liquidez aos acordos da Basileia. disponível em <http://www.funenseg.com.br/eventos/downloads/inovacao_financeira_e_regulacao.pdf>, acesso em 26.12.2006

CASSESSE, Antonio. International Law. Oxford: Oxford University Press, 2005

CASTRO, Marcos Faro de. A função social como objeto da análise jurídica da economia, 2006, ainda não publicado

CASTRO, Marcus Faro de. Beyond Liberalism and Its Critics: Na Essay in Constitutional Theory. Dlahousie Law Journal, vol. 14, n; 3 May, 1992

CASTRO, Marcus Faro de. Cultura, Economia e Cidadania: algumas reflexões preliminares. in Anuário Antropológico, Rio de Janeiro: Edições Temo Brasileiro Ltda., 2003.

CASTRO, Marcus Faro de. Instituições Econômicas: Evolução de seus elementos constitucionais na sociedade de mercado. Revista de Direito Empresarial, Curitiba, n. 6, jul/dez 2006.

CASTRO, Marcus Faro de. Política e relações internacionais: fundamentos clássicos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2005

CAVICCHIOLI, Mário Sérgio. A influência do Comitê da Basileia na Supervisão Prudencial do Sistema Financeiro brasileiro. Monografia apresentada no Curso de Especialização em Contabilidade e Finanças da Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999.

CAVICCHIOLI, Mário Sérgio. A influência do Comitê da Basileia na Supervisão Prudencial do Sistema Financeiro Brasileiro. Monografia apresentada no Curso de Especialização em Contabilidade e Finanças, 10ª Turma, da Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, Resolução nº 3.490, de 29.8.2007

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, Resolução 3.464, de 26.6.2007

CHIANAMEA, Dante Ricardo. Regulamentação Prudencial e Estabilidade do Sistema Financeiro. Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto de Economia da UNICAMP para obtenção do título de Mestre em Ciências Econômicas, sob a orientação da Profa. Dra. Maria Alejandra Caporale Madi. Campinas, 2004

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law and Economics. 2ª Ed., Addison-Wesley: 1996

CORTEZ, Tiago Machado. Conceito de Risco Sistêmico e suas implicações para a defesa da Concorrência no Mercado Bancário in CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul C. Veiga da, MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.) Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DAM, Kenneth W. Rules of the game: Reform and Evolution in the International Monetary System. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1982.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. trad. Vítor Marques Coelho, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DUMONT, Lois. From Mandeville to Marx: The Genesis and Triumph of Economic Ideology. Chicago: The University of Chicago Press, 1977.

DYMSKI, Gary. A Eficiência Social e a Regulação Bancária: Lições da Experiência Americana. in SOBREIRA, Rogério (org.). Regulação Financeira e Bancária. São Paulo: Atlas, 2005

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

EICHENGREEN, Barry. Globalizing Capital – A history of the international monetary system. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996.

ELY, John Hart. Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review Cambridge:

Harvard University Press, 1995, p. 92

ENTERRIA; Eduardo Garcia de. Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial. 3ª. Ed. Madrid: Civitas, 1998

FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. Sistema financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito. São Paulo: Textonovo, 2004.

FREITAG, Bárbara. Habermas e a teoria da modernidade. Brasília: Casa das Musas, 2004

FREITAS, Maria Cristina Penido de e PRATES, Daniela Magalhães. Sistema Financeiro e Desenvolvimento: as restrições das novas regras do Acordo da Basileia para os países periféricos, disponível em < <http://www.ie.ufrj.br/prebisch/pdfs/11.pdf> >, acesso em 25.6.2006

FREIXAS, Xavier; ROCHET, Jean-Charles. Economia Bancaria. Trad. Maria Esther Rabasco y Luis Toharia. Espanha: Antoni Bosch, 1997.

FRIEDMAN, Milton. Essays in Positive Economics. Chicago: University of Chicago press, 1953.

GALBRAITH, John Kenneth. O novo estado industrial. trad. Leônidas Gontijo de Carvalho, rev. 3ª ed. Aldo Bocchini Neto. São Paulo: Livraria Pioneira, 1983.

GART, Alan. Capital is king in STONE, Charles A.; ZISSU, Anne. Global Risk Based Capital Regulations, vol II: managements and funding strategies. Burr Ridge e New York: Irwin, 1994

GIOVANOLI, Mario. Banking Law in Transition (Foreword). in Law in transition on line, European Bank, out; 2005, disponível em <<http://www.ebrd.com/pubs/legal/lit052a.pdf>>, acesso em 21.2.2007

GOMES, Eduardo Biacchi. Diferenças pontuais entre o sistema de aprovação dos tratados no congresso norte americano e brasileiro: a questão do “fast-track” in SILVA, Roberto Luiz e MAZZUOLI (coord.) O Brasil e os acordos econômicos internacionais: perspectivas jurídicas e econômicas à luz dos acordos com o FMI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

GOODHART, Charles. The Evolution of Central Banks. The MIT Press: Cambridge, Massachusetts e Londres, Inglaterra, 1991.

GOODHART, Charles. Hartmann, Philipp. Llewellyn, David. Rojas-Suarez, Liliana. Weisbrod, Steven. Financial Regulation. Why, how and where now?. New York, Routledge: 1999.

GOYOS JR., Durval de Noronha. O Novo Direito Internacional Público: (e o embate contra a tirania). São Paulo: Observador Legal, 2005

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 São Paulo: Malheiros, 2001.

GUP, Benton E. The New Basel Capital Accord. New York: Thomson, 2004.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Trad. de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: ente faticidade e validade, volume II, 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: ente faticidade e validade, volume II, 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Era das transições. Trad. de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade: doze lições.. trad. Luiz Sérgio REpa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HERMANN, Jennifer. O modelo de liberalização financeira dos anos 1990: “restatement” ou auto-crítica? Nova Economia, Belo Horizonte, vol. 13, julho a dezembro de 2003.

HORWITZ, Robert Britt. The Irony of Regulatory Reform – The Deregulation of American Telecommunications. Oxford: Oxford University Press, 1989

KEYNES, John Maynard. A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda. Trad.: Mário R. da Cruz, rev. Cláudio Roberto Contador. São Paulo: Atlas, 1982

KLABBERS, Jan. An Introduction to International Institutional Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2005

KOSKENNIEMI, Martti. International law and hegemony: a reconfiguration. For

Cambridge Review of International Affairs, 2004. Disponível em <<http://www.helsinki.fi/eci/Publications/MHegemony.pdf>>, acesso em 15.2.2006

KRATOCHWIL, Friedrich. Rules, Normas and Decisions – On the conditions of practical and legal reasoning in internacional relations and domestic affairs. Cambridge: Cambridge University Press, 1989

LASTRA, Rosa Mar'ia. Banco Central e Regulamentação banc'aria; trad. Dan Markus Kraft. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

LASTRA, Rosa Maria. Banco Central e regulamentação bancária. trad. Dan Markus Kraft. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

LEITÃO, Miriam; THOMÉ, Débora. Olhar para trás. Publicado na Coluna Panorama Econômico, no Jornal O Globo *on line*, em 19.3.2008, disponível em <<http://oglobo.globo.com/economia/miriam/>>, acesso em 19.3.2008

LEVINE, Ross; CAPRIO JR., Gerard; BARTH, James R. Rethinking Banking Regulation Till Angels Govern. Cambridge: Cambridge Press, 2006

LICHTENSTEIN, Cinthya C. The Fed's New Model of Supervision for "Large Complex Banking Organizations": Coordinated Risk-Based Supervision of Financial Multinationals for International Financial Stability. Boston College Law School Faculty Papers, *Paper* 129, 2006.

LIMA, Gilberto Tadeu. Evolução recente da regulação bancária no Brasil. Temas de Economia Internacional 03. Brasília: Ministério da Fazenda, Secretaria de Assuntos Internacionais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *in* Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n° 141, jan/mar 1999.

LOSCHI, Luís Eduardo de Oliveira. O Multiplicador da Bordagem para Modelos Internos do Comitê de Supervisão Bancária da Basiléia – uma sugestão alternativa de cálculo ao modelo adotado pelo Banco Central do Brasil. Monografia apresentada à Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, de Matemática para Economia e Administração, sob a orientação do Prof. Rui Seimetz. Brasília, 2006.

LOWENFELD, Andréas F. International Economic Law. Oxford: Oxford University Press, 2002.

LUX, Kenneth. O erro de Adam Smith: de como um fil'osofo moral inventou a Economia

e pôs fim ‘a moralidade; trad. Ronaldo Antonelli. São Paulo: Nobel, 1993.

LUX, Kenneth. O erro de Adam Smith? De como um filósofo moral inventou a Economia e pôs fim à moralidade. trad. de Ronaldo Antonelli, rev. Álvaro de Vita. São Paulo, Nobel, 1993.

MACHADO, Luís Gustavo da Mata. Policopiado. Brasília: Banco Central do Brasil, 1995.

MAIA, Geraldo Villar Sampaio. Risco de Crédito e Regulamentação e Supervisão Bancária: Uma Análise do Acordo de Basiléia. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, sob a orientação do Prof. Ricardo de Medeiros Carneiro. Campinas, 1996.

MANKIW, Gregory. Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia. São. Paulo: Editora Campus, 1999.

MARTÍNEZ, Soares. Economia Política. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. As operações com o FMI e a competência privativa do Senado Federal. in SILVA, Roberto Luiz e MAZZUOLI (coord.) O Brasil e os acordos econômicos internacionais: perspectivas jurídicas e econômicas à luz dos acordos com o FMI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de Directo Intencional Público. 12ª ed. Rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pg 241

MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Adminsitrativo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDONÇA, Ana Rosa Ribeiro de. O Acordo da Basiléia de 2004: uma revisão em direção às práticas de mercado. Economia Política Internacional – Análise Estratégica, nº 2, jul/set 2006, Instituto de Economia UNICAMP

MENDONÇA, Ana Rosa Ribeiro de; ANDRADE, Rogério Pereira de. Regulação bancária e dinâmica financeira: evolução e perspectivas a partir dos Acordos de Basiléia. Campinas: Unicamp. IE, 2006.

MENDONÇA, Jurilza Maria Barros de. Direitos Humanos e pessoa idosa: a efetividade do Estatuto do Idoso sob a ótica dos Conselhos Estaduais do Idoso. Dissertação apresentada ao Programa de Estudos Pós Graduated em Gerontologia da Universidade Católica de Brasília, sob a orientação do Prof. Vicente de Paula Faleiros, Brasília, 2005

MENEZES, Wagner. A “soft law” como fonte do direito internacional. in MENEZES,

Wagner (coord.). Direito internacional no cenário contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2003

MILL, John Stuart. Marssella, Alexandre Braga (tradução). O utilitarismo. São Paulo, Iluminuras: 2000.

MOTTA, Fabrício. Função Normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2007

MYRDAL, Gunnar. Aspectos políticos da teoria econômica. Rio de Janeiro: Editora Nova Cultural, 1997

NASSER, Salem Hikmat. Fontes e formas do direito internacional: um estudo sobre a soft law. São Paulo: Atlas, 2005

NIARADI, George Augusto. O “Iter” de Elaboração dos Tratados Internacionais no Brasil. in Tratados Internacionais na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Lex Editora e Aduaneiras, 2005.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NYGAARD, Roberto. Uma análise da Emenda ao Acordo da Basiléia e sugestões para implementação no Brasil. Monografia apresentada no curso de Pós-Graduação em Administração da Escola de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Francisco de Araújo Santos. Porto Alegre, 1999.

PAULANI, Leda Maria. Modernidade e discurso econômico. 9ª ed. São Paulo: Boitempo, 2005.

PAULANI, Leda Maria. Modernidade e discurso econômico. São Paulo: Boitempo, 2005

POLANYI, Karl. A grande transformação: as origens de nossa ‘epoca; 2ª ed. trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

POLANYI, Karl. The Great Transformation. Beacon Hill e Boston: Beacon Press, 1989

Princípios essenciais para uma supervisão bancária eficaz. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/ftp/defis/basileia.pdf>>, acesso em 30.7.2006

PROSSER, Tony. Law and the Regulators. Oxford: Claredon Press, 1997

PROSSER, Tony. Theorising Utility Regulation. Modern Law Review, n 62, p. 196-217,

Blackwell Publishers, maio, 1999

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia e VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O controle judicial de atos de natureza política praticados pelo poder legislativo federal – os limites da matéria “interna corporis”. Dissertação apresentada como requisito parcial do título de Mestre, no curso de Mestrado em Direito e Estado, do Departamento de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 1997

QUINTAS, Fábio Lima. A conta de Capital e seu processo de Liberalização na Década de 90: O Poder Normativo do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil à Luz do Princípio da Separação de Poderes. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob a orientação do Prof. Marcus Faro de Castro. Brasília, 2005

REDHEAD, Keith. Introduction to International money markets. Cambridge: Woodhead-Faulkner, 1992.

ROSENFELD, Michael. The rule of Law and the legitimacy of Constitutional Democracy. Southern California Law Review, vol. 74

RUSSEL, Bertrand. História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001

SADDI, Jarito (org.). Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional: 25 anos da Lei 6.024/74. São Paulo. Textonovo: 1999.

SANDRONI, Paulo (org. e superv.) Novo Dicionário de Economia. Best Seller: São Paulo, 1994

SANTHIAGO, Maria das Graças Pitta de. Um Banco Central do Brasil Independente: à procura de uma estrutura administrativa autônoma e descentralizada. Fundação Getúlio Vargas, Escola Brasileira de Administração Pública, Curso de Mestrado em Administração Pública: Rio de Janeiro, 1994.

SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

SCHREUER, Christoph. The significance of International Organizations in current International Law. in Law and State – a biannual collection of recent german contributions to these fields, vol. 38. Tubigen: Institute for scientific co-operation, 1988

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. Direito Constitucional Econômico: Estado e

normalização da economia. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

SEN, Amartya Kumar. Sobre 'ética e economia; trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, Américo Luis Martins da. A ordem constitucional econômica. 2 edição. Rio de Janeiro. Editora Forense: 2003.

SILVA, Roberto Luiz. Direito Internacional Público. 2º ed. 2 tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

SKIDELSKY, Robert. Keynes; trad. Jos'e Carlos Miranda. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1999.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A New World Order. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004.

SOBREIRA, Rogério. Regulação Financeira e Banc'aria. São Paulo: Atlas, 2005.

STANLAKE, George Frederik. Introdução à Economia. 5ª ed. trad. SEIXAS, Paula Maria Ribeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993

STONE, Charles; ZISSU, Anne (org.). Global Risk Based Capital Regulations – Management and Funding Strategies. Vol. 2, New Yor, Burr Ridge: Irwin, 1994.

TÁCITO, Caio. *As Delegações Legislativas e o Poder Regulamentar*, in *Temas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 507 a 510

VENANCIO FILHO, Alberto. A intervenção do Estado no domínio econômico – O Direito Público Econômico no Brasil. São Paulo:Renovar, Edição Fac-Similar da de 1968.

VERA, Gustavo Santinoni. Regulação Bancária e Acordo da Basiléia no Brasil. Monografia apresentada à Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Econômico da Regulação Financeira, sob orientação do Prf. Newton Ferreira da Silva Marques. Brasília, 2006.

WALLERESTEIN, Immanuel Maurice. Após o liberalismo: em busca da reconstrução do mundo. trad. Ricardo Aníbal Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2002

WHEATLEY, Steven. The democratic legitimacy of International Law: the role of non-state actors. Paper apresentado na Conference «Non-State Actors as Standard Setters: The Erosion of the Public-Private Divide» | February 8-9 2007 | Hotel Hilton Basel,

Switzerland