

BARROS CARVALHO, Paulo de. *Curso de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 450p.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. 322p.

BRITO MACHADO, Hugo de. A decadência e os tributos sujeitos ao lançamento por homologação. *In: Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 59. 2000. p.36-52.

DERZI, Misabel Abreu Machado (Atual.) *In: BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 1063p.

_____. *In: BALEEIRO, Aliomar, Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 859p.

_____. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988.

GOMES DE SOUZA, Rubens. *Compêndio de legislação tributária*. Edição póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1975. 216p.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1. 461p.

O “RISCO SISTÊMICO” BRASILEIRO SOB O ESCOPO DO NEO-INSTITUCIONALISMO E DA SOCIOLOGIA JURÍDICA

Luiz Fernando Fortes Félix*

Sumário

1. Introdução. 2. A sociedade contemporânea e o risco. 3. O risco sistêmico. 4. Os custos de transação. 5. O Neo-Institucionalismo Econômico. 6. As instituições do Sistema Financeiro Nacional e a regulação prudencial. 7. Instituições brasileiras e o risco. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Com este estudo busca-se analisar o “risco sistêmico” do setor bancário brasileiro, identificando as causas do tratamento desfavorável do País pela comunidade financeira internacional, visto que, de forma geral, a partir do Plano Real o setor público tem seguido as políticas e atingido as metas estabelecidas pelo Fundo Monetário Internacional.

Para tanto, dividiu-se este artigo em sete itens, a saber: o primeiro, *A sociedade contemporânea e o risco*, no qual se fazem apontamentos sobre a soci-

* Acadêmico do 9º período do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

idade atual e o conceito de risco; o segundo, *O risco sistêmico*, em que se explora o risco implícito de um sistema financeiro; o terceiro, *Os custos de transação*, que revela os custos incorridos na proteção da propriedade nos contratos; o quarto, *O Neo-Institucionalismo Econômico*, que é o referencial teórico utilizado; o quinto, *As instituições do Sistema Financeiro Nacional e a regulação prudencial*, em que se procura descrever a evolução do SFN e analisar suas instituições; o sexto, *Instituições brasileiras e o risco*, no qual se procura alcançar uma conclusão sobre quais instituições do País que mais corroboram para o risco sistêmico; e o sétimo, as conclusões alcançadas pelo trabalho.

2 A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O RISCO

Para De Giorgi, percebe-se na sociedade contemporânea um largo desgaste das formas pela qual esta pode ser descrita e entendida. Isso acontece pelo fato de que, atualmente, a insegurança, o “medo do outro”, o “medo do diverso” têm feito com que a “ordem dos conceitos”, como a “ordem do mundo”, se fragmente. Devido a isso, a sociedade contemporânea detém uma concepção muito mais cética da normalidade e das projeções de futuro.

Se anteriormente a sociedade, ao verificar a normalidade, podia identificar um desvio a partir do consenso de sua irregularidade, hoje, identificar o desvio é bastante difícil, pois o que até então nunca se verificou com regularidade pode vir a acontecer de forma permanente ou duradoura; logo, a sociedade contemporânea atravessa uma situação de grande instabilidade, ou seja, uma situação em que “*não se pode ter confiança na normalidade*”.

Se autodescrição da sociedade estabilizada na racionalidade permitia que se pudesse apontar a normalidade, e logo, a fronteira dos comportamentos taxados de desviantes, a evolução dessa racionalidade fez com que a própria normalidade pudesse ser preenchida por regularidade anômala, fortalecida por estruturas de controle de desvio construída, sobre o pilar de expectativas incertas. Assim, a constância de um certo comportamento, por mais que anormal,

opera na estrutura seletiva da normalidade, dando segurança à ação e tornando-a normal; logo, o que é regular é tido como normal, e o que deixa de ser regular é simplesmente passado, que de nada serve para projetar o futuro. Como o próprio De Giorgi escreve,

“Hoje, esta autodescrição da sociedade fragmentou-se... Os acontecimentos que caracterizaram as décadas passadas, em particular a última, privaram esta autodescrição de seu fundamento, que era constituído pelo pressuposto da estabilidade da relação entre racionalidade e tempo. Aqueles acontecimentos demonstravam, inversamente, que aquela relação era precária e, conseqüentemente, a normalidade de uma construção contingente, capaz de duvidar de si própria.

Se, numa primeira observação, a normalidade nos parece constituída de uma determinação, ou seja, de acontecimentos que ocorrem com uma certa regularidade e que permitem então fazer previsões do agir ou cálculos de natureza racional, numa observação mais profunda, a normalidade parece constituída de constelações de indeterminações”.¹

Nesses termos, De Giorgi preceitua que a sociedade contemporânea é caracterizada por uma imensa capacidade de produzir indeterminações; logo, todas as decisões tomadas nesse ambiente têm um caráter contingente, mutável, o que faz com que a normalidade seja um conjunto inadministrável de contingências. Como Anthony Giddens versa:

“Por um lado, há a difusão extensiva das instituições modernas, universalizadas por meios do processo de globalização. Por outro, mas imediatamente relacionados com a primeira, estão os processos de mu-

1 DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998, p. 189.

dança intencional, que podem ser conectados à radicalização da modernidade. Estes são processos de abandono, desincorporação e problematização da tradição.”²

Contudo, revela-se que a sociedade, ao mesmo tempo em que continuamente se transforma e evolui, preocupa-se bastante com o controle de suas indeterminações, uma vez que também demanda um certo nível de segurança. Assim, os movimentos sociais apresentam inevitavelmente um paradoxo entre fluidez e mutabilidade e a previsibilidade dos fatos e segurança jurídica. Nesses termos, a sociedade, por um lado, naturalmente se desvia em prol de sua evolução, e, por outro lado, se apresenta reacionária. Como De Giorgi explicita,

“a estrutura da sociedade moderna é paradoxal... Esta paradoxalidade pode ser assim indicada: na sociedade contemporânea, reforçam-se simultaneamente segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade.”³

A projeção de fatos futuros é atingida por este paradoxo pelo fato de que a complexidade da sociedade, ao mesmo tempo em que propicia um maior número de instrumentos úteis às previsões, gera também imprevisibilidade, que diminui a capacidade de se representar precisamente o amanhã, como afirma Anthony Giddens:

“[...] quanto mais viéssemos a conhecer sobre o mundo, enquanto coletividade humana, mais poderíamos controlá-lo e direcioná-lo para nossos próprios propósitos. Aumentar o conhecimento produzido com respeito

2 GIDDENS, Anthony. In: GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. *Modernização reflexiva*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 74.

3 DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 189.

aos mundos social e natural conduziria a uma maior certeza sobre as condições sob as quais conduzimos nossas vidas; e, assim, sujeitaria à dominação humana o que outrora fora o domínio de outras influências.

As conexões entre o desenvolvimento humano e o auto-entendimento humano provaram ser mais complexas do que sugere essa visão. Atualmente, a característica de nossas vidas é o que se poderia chamar de 'incerteza fabricada'. De repente, muitos aspectos de nossas vidas tornaram-se abertamente organizados apenas em termos de 'suposição de cenário', a construção 'como se' dos possíveis resultados futuros.

[...]

Não é que atualmente nossas circunstâncias de vida tenham se tornado menos previsíveis do que costumavam ser; o que mudou foram as origens da imprevisibilidade. Muitas incertezas com que nos defrontamos hoje foram criadas pelo próprio desenvolvimento do conhecimento humano.”⁴

Previu-se que a sociedade complexa tenderia a ser progressivamente mais consciente dos fenômenos sociais. Contudo, por ação desse próprio poder de cognição, ela permanentemente se modifica, tornando menos plausível qualquer projeção no tempo e fazendo com que a própria sociedade perca controle sobre o futuro, o que, por sua vez, culmina em risco, como De Giorgi versa:

“Estabilizaram-se condições estruturais da sociedade que são o resultado da evolução e que devem ser reconduzidas às diferenciações funcionais dos sistemas sociais da sociedade moderna: a alta complexidade, autoproduzida pela sociedade moderna fez da precariedade da relação da razão com o tempo um pressuposto estável do agir, que pode ser imputado a homens ou organizações.

Sob estas condições estruturais, diversamente das de seu paradoxo básico e o utiliza como modalidade através da qual se vincula ao futuro. A

4 GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. *Modernização reflexiva*, cit., p. 221.

sociedade, em outras palavras, usa um *medium*, ou seja, uma forma de constituição de formas para a representação do futuro e para produzir vínculos com o futuro. A forma dessa representação e a modalidade da produção destes vínculos com o futuro chama-se risco. O *medium* no qual o risco possibilita a construção de outras formas é o *medium* probabilidade/improbabilidade.”⁵

Daí, percebe-se que o risco se consubstancia pela chance ou probabilidade de que a regularidade dos acontecimentos se modifique e, por isso, ele é sempre uma construção que se manifesta a partir da anormalidade.

Cabe relevar ainda que o risco está sempre ligado à probabilidade de um futuro teoricamente não querido e desejado, ligado à angústia pela obsolescência das velhas distinções e instituições. Então, para o autor, o risco teria a função de racionalizar o medo a partir de catástrofes potencialmente ou previsivelmente iminentes. O risco seria uma modalidade de distribuição de fatalidades, de *bad*s e não de *good*s.

Na opinião de De Giorgi:

“O risco não é nem uma condição existencial do homem, muito menos uma categoria ontológica da sociedade moderna, e tampouco o resultado perverso do trabalho da característica das decisões, uma modalidade da construção de estruturas através do necessário tratamento das contingências. É uma modalidade da relação com o futuro: é uma forma de determinação segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade.”⁶

Nesses termos, Campilongo afirma que a sociedade atual tem percebido uma grande expansão de sua complexidade e da contingência do processo

5 DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos como o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 193.

6 DE GIORGI, Raffaele. *Op. cit.*, p. 197.

decisório, o que pressupõe um grande número de alternativas a serem tomadas (pluralidade de alternativas) conjugadas com a aleatoriedade cada vez maior das decisões que, por sua vez, realizam uma dinâmica permeada de escolhas críticas e arriscadas.

E Campilongo conclui que, na “sociedade contemporânea, mais do que a eventualidade do perigo, o que caracteriza o mundo atual é a inevitabilidade dos riscos”,⁷ sendo essa, para o autor, a causa da expansão nas últimas décadas da sociologia do risco e da proposição de De Giorgi (1998) de um “Centro de Estudos e Investigação do Risco” que tem, dentre seus vários focos, o estudo do comportamento de risco dos bancos, do qual passaremos a tratar.

3 O RISCO SISTÊMICO

O mercado pode ser caracterizado pelo Prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca como “o lugar em que atuam os agentes da atividade econômica, e em que se encontram a oferta e a demanda de bens e em que, conseqüentemente, se determinam o preços e quantidades”,⁸ e para Pindyck & Rubinfeld, “um mercado é um grupo de compradores e vendedores que interagem entre si, resultando na possibilidade de trocas”.⁹

Sendo o risco, como visto, uma medida, tomada a partir das expectativas dos agentes acerca das contingências e da probabilidade de um evento, reconhecidamente não querido, podendo vir ou não vir a acontecer, em uma concepção de mercado, o risco reflete a probabilidade quantificada que um acordo ou obrigação pactuada entre ofertantes e demandantes tem de ser ou não ser

7 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. Max Limonad, p. 83.

8 FONSECA, João B. L. da. *Lei de proteção da concorrência: Comentários à legislação antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 1.

9 PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. São Paulo: Makron, 1994, p. 13.

satisfeita nesse ambiente de troca. O risco mercantil seria a probabilidade do acesso aos bens ser frustrado, ou a probabilidade de impedimento do exercício de um direito de propriedade.

Como para Weber, a lógica do mercado se perfaz de “uma coexistência e seqüência de relações associativas racionais das quais cada uma é especificamente efêmera por extinguir-se com a entrega dos bens de troca”¹⁰, aonde se leva “apenas em consideração a coisa, não a pessoa, inexistindo para ele (forneceador) *deveres de fraternidade*”¹¹ o risco inerente da atividade mercantil se verifica através do risco de não-adimplemento dos contratos, portanto do desrespeito dos direitos de propriedade neles encerrados em decorrência da maximização da utilidade por uma parte em prejuízo da outra.

Assim, o risco inerente ao mercado estaria umbilicalmente relacionado à probabilidade, à chance do não-cumprimento do juridicamente estipulado pelos negócios jurídicos, sendo concebido o mercado como um espaço aonde se transaciona, além de recursos e mercadorias, riscos, em que os juros realizam um papel muito importante.

A figura dos juros, além identificar o preço pago pela abdição do consumo presente pelo futuro, ou o preço do aluguel do dinheiro, é responsável por quantificar o risco de cada negócio jurídico, estabelecendo uma relação entre as diversas oportunidades que o mercado propõe e as expectativas dos *agentes* ao cumprimento das obrigações contratuais pelas partes. Assim, os juros seriam o preço pago para se arcar com os custos de um não-adimplemento de uma obrigação a partir de um contrato em que se estima *aprioristicamente* a probabilidade de o evento vir a acontecer. Sendo assim, o risco advém diretamente de

10 WEBER, Max. O mercado. In: *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Segunda Parte: Cap. VI, p. 419.

11 WEBER, Max. *Op. cit.*, p. 420.

um custo, que, por sua vez, é sempre um mal, fazendo o risco ser justamente a mensuração de probabilidade desta perda de utilidade acontecer.

Para Luhmann,¹² o setor econômico especializado no manejo desses riscos e na transformação destes em atividade profissional é o mercado financeiro, porque é ele que, em última instância, intermedia relações entre ofertantes e demandantes, e, portanto, o setor responsável por pulverizar os riscos no mercado viabilizar as trocas. Nesses termos, o mercado financeiro seria imprescindível para a harmonia e o equilíbrio do sistema capitalista concebido nos moldes atuais, denominado capitalismo financeiro.

Não obstante, percebe-se que as instituições financeiras, assim como qualquer outra organização e empreendimento, também estão sujeitas à probabilidade de não conseguir cumprir com suas obrigações e, então, de serem inadimplentes e não se manterem no mercado. Assim, as instituições financeiras também estão sujeitas a risco, sendo também classificadas pelas empresas de *rating*, sendo-lhes também opostos *spreads* para captação de recurso, visto que também arcam com os custos, em caso de não-adimplemento de seus contratantes.

O termo “risco sistêmico” é caracterizado como o risco implícito de um determinado sistema financeiro. É o risco pelo qual todos os agentes financeiros de uma mesma realidade bancária estão sujeitos, que é proporcional à exposição das instituições financeiras em razão da chance de inadimplemento de seus contratos.

Para José Alexandre Sheinkman, professor da Universidade de Princeton, “risco sistêmico” é “o risco que um choque a uma parte limitada do sistema se propague por todo o sistema financeiro, levando a uma quebra do sistema, devido aos arranjos institucionais prevalescentes”.¹³

12 *Apud*. CAMPILONGO. In: CADE, 2001.

13 *Apud*. GARCIA, Márcio G. P. Risco sistêmico, derivativos e crises financeiras. Rio de Janeiro: Departamento de Economia PUC-Rio, 1996. p. 2.

Por isso o “risco sistêmico” pode ser interpretado como a taxa de juros básica de uma economia, a taxa “pura” de risco de um sistema financeiro, a incerteza probabilística do inadimplemento dos contratos de um determinado sistema financeiro sem a interferência de qualquer intermediário, ou seja, sem a adição do risco de nenhuma instituição financeira mediadora. Conceitua-se também “risco sistêmico” como a medida da fragilidade pela qual um sistema financeiro possui, principalmente perante choques de confiança no “sistema”. Daí, decorre o fato de que, atualmente, a toda sociedade ou a todo “sistema” se atribui um risco, e, assim, um valor de prêmio ou juros a quem se aventure a investir naquela economia, o que acarreta um custo adicional para os agentes financeiros desse meio.

O mercado financeiro internacional utiliza geralmente a *Prime-yield curve* dos *treasuries* (títulos de dívida pública) emitidos pelo Tesouro americano com prazo de vencimento de até 30 anos como a curva básica de juros. Também chamada de curva livre ou “pura” de risco, ela baliza todas as outras oportunidades de investimento e captação no mercado global através de *spreads*, ou seja, de taxas adicionais de juros sobre a taxa americana, cobradas para compensar as incertezas associadas ao maior grau de risco de cada sistema e de cada instituição financeira. No mercado europeu é comum se utilizar a taxa Euro Libor como curva referencial de juros.

Nesses termos, o mercado sempre trabalha com uma taxa de risco básica e taxas superiores que pagam prêmios aos investidores que se submetem a correr riscos maiores, sendo a avaliação de risco de qualquer aplicação financeira sempre relativa, em comparação a uma taxa, teoricamente, *risk free*.

O chamado *global bond*, um título de dívida pública brasileiro da mesma espécie dos *treasuries* americanos, emitidos em outubro de 1996, é um bom exemplo dessa metodologia de cálculo. Na data de sua emissão tinha retorno semestral de 8,91%; como na mesma época os papéis americanos pagavam juros de 6,26% ao semestre, diz-se que os *bonds* brasileiros pagavam 265 *basis points* (pontos base) sobre aqueles, ou seja, 2,65% de juros semestrais a mais que os *treasuries*.

O temido “risco Brasil”, ou o índice EMB+, é também calculado dessa forma. Para sua mensuração, o banco de investimentos JP Morgan, segundo maior conglomerado financeiro do mundo, compara a taxa de juros paga pelos papéis americanos com a cotação dos papéis do Tesouro Brasileiro. Assim, quando as expectativas a respeito do cumprimento das obrigações feitas pelo governo brasileiro de pagar seus títulos no futuro se tornam negativas, o mercado exige uma maior remuneração desse papel (maior prêmio) para absorvê-lo, acarretando um maior custo ao captador de recursos, o que pressiona um aumento do “risco Brasil”. Como diz Securato,

“qualquer emissor sediado no Brasil, mesmo que represente baixíssimo risco de crédito para os investidores, está fadado a pagar, nos mercados internacionais, taxas mais elevadas que as pagas por empresas com o mesmo *rating* mas sediadas, por exemplo, nos Estados Unidos. O custo do dinheiro neste caso depende, além da taxa primária adicionada do *spread* de crédito, do risco país”.¹⁴

Percebe-se aí que o risco e o “risco sistêmico” e o “risco Brasil” e, logo, o juro e os *spreads* congregam nada mais nada menos do que os custos *aprioristicamente* estipulados advindos do não-adimplemento de um contrato (no caso, de um contrato financeiro), visto que, como dito, uma das funções dos juros é retribuir o risco assumido pelos agentes e indenizar as perdas ou custos causados pelos negócios inadimplentes.

14 SECURATO, José R. Cálculo financeiro das tesourarias: bancos e empresas. São Paulo: Saint Paul Institute of Finance, 1999, p. 295.

4 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Coase,¹⁵ em suas obras *Nature of the Firm* e *The Problem of Social Cost*, formulou as bases de investigação de uma corrente das ciências sociais denominada Neo-Institucionalismo Econômico.

Trabalhando sob o foco de duas organizações-chave, as empresas e o Estado, a teoria ou teorema de Coase se baseia em uma assertiva: a existência de chamados “custos de transação” ou *transactions cost economics*, que permeiam as diversas relações.

O conceito de transação é definido por Williamson, responsável por grande desenvolvimento da teoria dos custos de transação, como “o evento que ocorre quando um bem ou serviço é transferido através de uma interface tecnologicamente separável”.¹⁶

Benham & Benham o define, em seu artigo *Measuring the costs of Exchange*:

“Os custos de intercâmbio (transação) são definidos como os custos de oportunidade encarados por um indivíduo usando uma dada forma de transação para obtenção de um bem específico dentro de um arranjo institucional dado.” (Tradução livre)¹⁷

15 Ronald Coase foi o ganhador do prêmio Nobel de Economia em 1991 pela elaboração da teoria dos “Custos de transação” idealizada em 1932.

16 WILLIAMSON, O.E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985, p. 1. *apud* POSSAS, Mário L.; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João L. Política antitruste: um enfoque schumpeteriano. In: *Estudos econômicos da construção*. ANPEC, 1996, p. 7.

17 *The cost of exchange is defined as the opportunity cost faced by an individual using a given form of exchange to obtain a specified good within a given institutional setting*. BENHAM, A.; BENHAM, L. *Mesuring the costs of exchange*. In: SECOND ANNUAL MEETING OF THE INTERNATIONAL SOCIETY FOR THE NEW INSTITUTIONAL ECONOMICS. Universidade de Paris. Setembro, 1998, p. 2.

No mesmo artigo, os referidos autores apresentam uma série de outras definições de custos de transação e seus respectivos autores:

“Kenneth Arrow tem definido custos de transação como ‘os custos de operação do sistema econômico’. Yoram Barzel definiu custos de transação com ‘os custos associados à transferência, captura e proteção de direitos’. Thrainn Eggertsson observou, ‘em termos gerais, os custos de transação são aqueles custos que surgem quando indivíduos intercambiam direitos de propriedade por ativos econômicos e impõem seus direitos exclusivos.’” (Tradução livre)¹⁸

North (1990) afirma que o custo total de produção pode ser dividido em dois: os custos de transformação, que seriam advindos do custo de insumos, tais como terra, trabalho e capital usado na transformação dos atributos físicos de uma mercadoria (tamanho, peso, cor, localização, composição química, etc.), e os custos de transação, que seriam os custos usados para definir, proteger e impor os direitos de propriedade de um objeto (o direito de usar, o de fruir, de dispor e de alienar o bem). Benham & Benham, ao citarem Furubotn & Ritzter, esclarecem:

“Os custos de transação incluem os custos dos recursos utilizados para criação, manutenção, utilização, alteração e assim por diante, de instituições e organizações [...] Quando considerados em relação à existência de direitos contratuais e de propriedade, os custos de transação consistem nos custos de definição e mensuração dos recursos, mais os custos

18 *Kenneth Arrow has defined transaction costs as ‘the costs of running the economic system.’ Yoram Barzel defines transaction costs as ‘the costs associated with the transfer, capture, and protection of rights.’ Thrainn Eggertsson observes, ‘In general terms, transaction costs are the costs that arise when individuals exchange ownership rights to economic assets and enforce their exclusive rights.* (BENHAM, A.; BENHAM, L. *Op. cit.*, p. 4).

de utilização e imposição dos direitos especificados. Aplicados à transferência de direitos de propriedade existentes e ao estabelecimento ou transferência de direitos contratuais entre indivíduos (ou entidades legais), os custos de transação incluem os custos de informação, negociação e imposição (*enforcement*).

[...]

Exemplos típicos de custos de transação são os custos do uso do mercado [custos de transação de mercado] e os custos do exercício do direito para dar ordem às firmas [custos de transação de gerenciais]...[Há também] uma ordem de custos associados com o funcionamento e ajuste da estrutura institucional de uma instância política [custos de transação políticos].” (Tradução livre)¹⁹

Categoricamente, como North menciona, parte dos custos concernentes à garantia e imposição do direito de propriedade consubstancia-se da existência de *custos de informação*:

“Os custos de informação de se averiguar os atributos individuais de cada unidade trocada escondem a real magnitude do custo de transação. Mesmo se todos indivíduos no mercado tivessem os mesmos objetivos

19 [T]ransaction costs include the costs of resources utilized for the creation, maintenance, use, change, and so on of institutions and organizations [...] When considered in relation to existing property and contract rights, transaction costs consist of the costs of defining and measuring resources or claims, plus the costs of utilizing and enforcing the rights specified. Applied to the transfer of existing property rights and the establishment or transfer of contract rights between individuals (or legal entities), transaction costs include the costs of information, negotiation, and enforcement.’

‘Typical examples of transaction costs are the costs of using the market [market transaction costs] and the costs of exercising the right to give orders within the firm [managerial transaction costs]...[There is also] the array of costs associated with the running and adjusting of the institutional framework of a polity [political transaction costs]... (BENHAM, A.; BENHAM, L. *Op. cit.*, 4-5).

haveria custos de transações envolvidos em adquirir as informações necessárias sobre os atributos de cada unidade transacionada, o local de compra, etc.

De fato existem assimetrias de informação entre os atores, isto acrescido a processos de simulação realizados por alguns indivíduos em produzem implicações radicais para a teoria econômica e para o estudo das instituições.

Não apenas uma parte sabe mais sobre o valor atribuído a coisa que a outra parte, ele ou ela tentam se aproveitar encobrendo aquelas informações. Orientado por um comportamento puramente auto-maximizador, uma parte, na ocasião de um transação, irá trair, trapacear, roubar e mentir quando o pagamento por uma determinada atividade excede o valor das oportunidades alternativas possíveis para esta parte.” (Tradução livre)²⁰

Como Akerlof revela em famoso trabalho citado por North:

“Antes de tudo, eu levanto o assunto da assimetria de informação. Nas ilustrações anteriores, o vendedor de laranjas sabia mais sobre os atributos

20 The information costs in ascertaining the level of individual attributes of each unit exchanged underlie the costliness of this aspect of transacting. Even if all exchanging individuals had the same objective function, there would still be the transaction costs involved in acquiring the necessary information about the levels of attributes of each exchange unit, the location of buyers (sellers), and so forth.

[...]

...in fact there are asymmetries of information among the players, and these and the underlying behavior function of individuals in combination produce radical implications for economic theory and for the study of institutions. Not only one party know more about some valued attribute than the other party, he or she stand to gain by concealing that information. According to a strictly wealth-maximizing behavior assumption, a party to exchange will cheat, steal, or lie when the payoff to such activity exceeds the value of the alternative opportunities available to the party (NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1990. p. 29-30).

tos de valor das laranjas que o comprador, o vendedor de carros usados sabia muito mais sobre os atributos de valor do carro que o comprador, e o médico sabia muito mais sobre a qualidade de serviço e seus conhecimentos que o paciente. Em outro giro, professores assistentes sabem muito mais sobre o trabalho rotineiro do departamento que o titular da cadeira ou, em outro exemplo, o indivíduo que compra uma apólice de seguro de vida de uma empresa seguradora sabe muito mais sobre sua saúde que a empresa seguradora sabe.” (Tradução livre)²¹

Tratando-se de custos de transação de outra espécie, referentes à execução dos contratos, o dispêndio de recursos é feito para custear o monitoramento do contratado pelo contratante. Isso acontece, pois de acordo com as premissas do Neo-Institucionalismo da Escolha Racional, os indivíduos se orientam instrumentalmente buscando maximizar sua utilidade pessoal em detrimento da coletiva; os contratantes, depois de receberem sua prestação especificada no contrato (ou terem a segurança de que receberão sua prestação), se vêem incentivados a descumprir suas obrigações com o contratante, visto que essas são fruto de comportamentos não cooperativos, que objetivam apenas satisfazer seu auto-interesse. Assim, a parte, para garantir que o seu contratante continue buscando seu interesse, necessita de introduzir mecanismos que o obriguem a fazê-lo, o que inevitavelmente requer recurso e, logo, gera custos de transação.

Em referência ao terceiro tipo de custo de transação colocado pela Teoria da Firma como o custo de *enforcement* dos contratos, pode-se dizer que

21 *I take up the issue of asymmetry first. In the foregoing illustrations, the seller of oranges knew more about the valuable attributes of the oranges than the buyer, the used car dealer knew much more about the valued attributes of the car than the buyer, and the doctor knew much more about the quality of services and skill than the patient. Likewise, prospective assistant professors know much more about their work habits than does the department chairman or, to take another example, the purchaser of life insurance from an insurance company knows much more about his or her health than the insurer does.* (AKERLOF, George. The market for “lemons”: quantitative uncertainty and the market mechanism. *Quartary Journal of Economics*, 1970. p. 84: 488-500, *apud* NORTH, Douglas. Op. cit. p. 30.

eles têm causa no gastos realizados para a imposição do adimplemento de obrigações não cumpridas no âmbito dos contratos, ou seja, são os custos de se fazer cumprir as cláusulas contratuais mediante a aplicação de coerção por autoridade legítima para fazê-lo. Assim, os custos transacionais de *enforcement* seriam os gastos com custas judiciais, honorários advocatícios, depósitos judiciais, custos de departamentos jurídicos, etc.

Nesses termos, os custos de transação são os gastos potenciais ou efetivamente necessários para se contratar de maneira eficaz em uma determinada sociedade e para fazer com que as partes cumpram integralmente o conteúdo pactuado, de forma autônoma ou por via de monitoramento e de atos coercitivos (*enforcement*).

Dessa forma, os custos de transação incorrem desde as primeiras relações de um indivíduo com o desenho institucional de um local, em etapas preliminares de um contrato, quando, por exemplo, se busca informação sobre como, com quem, aonde e por quanto contratar, até o momento da resolução deste contrato, que se liquidam, em casos extremos, por via da prestação jurisdicional.

5 O NEO-INSTITUCIONALISMO ECONÔMICO

De forma simplificada, pode-se considerar o Neo-Institucionalismo como uma corrente teórica da ciência social, que defende que os mecanismos que proporcionam a estabilidade das decisões sociais possuem uma enorme importância no entendimento do comportamento social, tanto de grupos (e organizações) quanto de indivíduos. O Neo-Institucionalista objetiva demonstrar que a organização da vida política e do ambiente social ocorre através de mecanismos que reduzem a incerteza e possibilitam aos diversos atores a construção de expectativas de comportamento por parte dos demais, ou seja, ocorre através das instituições.

O Neo-Institucionalismo Econômico, chamado também de *Novo Institucionalismo da Escolha Racional*, é uma entre as várias correntes (*Neo-Institucionalismo Histórico, o Neo-Institucionalismo Sociológico*) que se di-

ferem dentro da referida teoria do Neo-Institucionalismo. Hall & Taylor identificam quatro pressupostos desta subcorrente:

- “1) Os atores possuem um conjunto fixo de preferências, atuam de forma inteiramente instrumental, maximizando seus interesses de forma estratégica;
- 2) as instituições podem contribuir para que os atores tomem um curso de ação superior, uma vez que a sua ausência impossibilita a geração de expectativa de comportamentos complementares por parte de outros;
- 3) as instituições influenciam as interações estratégicas na medida em que afetam a extensão e seqüência das alternativas de escolha ou na medida em que oferecem informações e mecanismos de *enforcement* – imposição da regra – que reduzem incertezas sobre o comportamento do outros e permitem ganhos de troca;
- 4) a origem das instituições é dada através da especificação das funções que cumprem. A especificação das funções determina o valor que uma dada instituição tem para um certo conjunto de atores. Assim, uma instituição é criada para a realização desse valor, que é avaliado em termos de ganhos de cooperação”.²²

Assim, os agentes que interagem na esfera econômica, ou seja, no mercado, são maximizadores de recursos; agem segundo uma orientação instrumental e percebem que as instituições influenciam na dinâmica da busca pelo lucro. Nesse sentido, o Neo-Institucionalismo Econômico crê que os ambientes institucionais falhos são responsáveis por sujeitar os agentes econômicos às inseguranças em relação ao objeto dos contratos e ao seu devido cumprimento

22 Apud PIRES, Roberto R. C. *Novo constitucionalismo e políticas públicas – Análise neo-institucional do orçamento participativo e das mudanças provocadas sobre o estilo de planejamento da Prefeitura de Belo Horizonte*, 2001, mimeo.

(monitoramento e *enforcement*). As instituições seriam responsáveis por adicionar os custos de transação aos custos de produção, sendo uma variável determinante na estrutura de preferência alocativa desses agentes, como Furubotn & Richter assinalam:

“Se custos de transação são muito altos, muitos tipos de transação podem não ocorrer. Mesmo quando um tipo específico de transação ocorre, ela pode não acontecer em um contexto de preços em dinheiro. Logo, de todas transações em potencial, apenas uma pequena porcentagem irá realmente se concretizar e apenas uma porcentagem destas irá aparecer no mercado.”²³ (Tradução livre)

Contudo, a partir do exposto, subsiste uma indagação: o que seriam, categoricamente então, as referidas instituições?

O conceito de instituição é definido de forma diferenciada pelas diversas divisões do Neo-Institucionalismo. Não obstante, encontra-se consenso na definição de instituições como “regras do jogo” de uma sociedade. Nas palavras de North, “os constrangimentos institucionais [...] são, como definido, [...] a estrutura por meio da qual a interação humana acontece” (tradução livre)²⁴

Assim, para o autor, os constrangimentos são os responsáveis por definir tanto os limites e cursos de ação possíveis quanto o conjunto de oportunidades de uma sociedade, sendo a matriz institucional a fonte estruturante dos incentivos e condições para efetivação das trocas políticas, econômicas ou sociais. Nessa mesma corrente, leciona North:

23 BENHAM, A.; BENHAM, L. Measuring the costs of exchange. In: Second Annual Meeting of the International Society for the New Institutional Economics. Universidade de Paris. Setembro, 1998, p. 5.

24 *Institution constraints... as defined here... are the framework within which human interaction takes place.* (NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*, cit., p. 4).

“As instituições reduzem a incerteza ao fornecer uma estrutura para vida diária. Elas são uma orientação para a ação humana. Quando desejamos cumprimentar amigos na rua, dirigir um automóvel, comprar laranjas, pegar dinheiro emprestado, formar um negócio, enterrar mortos, ou seja o que for, sabemos (ou senão, aprendemos facilmente) como realizar tais tarefas.” (Tradução livre)²⁵

As instituições fornecem modelos morais ou cognitivos para interpretação ou ação dos indivíduos, compostos por símbolos, *scripts* e rotinas que oferecem um filtro para a interpretação de cada situação a partir dos quais os cursos de ação são construídos, como versam Hall & Taylor (1990).

North ainda reafirma que

“as instituições são os constrangimentos humanamente impostos que moldam a interação humana. Instituições podem ser constrangimentos formais – regras, normas, leis, tipicamente escritas –, ou informais – convenções, códigos de conduta, valores, símbolos, tipicamente não escritos. Dessa forma, os constrangimentos institucionais incluem tanto o que os indivíduos são proibidos de fazer quanto sob quais condições devem fazer aquilo que lhes é permitido.” (Tradução livre)²⁶

Já para Goodin,²⁷ instituições seriam estilos de um comportamento estável, dotados de valor, repetitivos e recorrentes, que podem ser encontrados

25 *Institutions reduce uncertainty by providing a structure to everyday life. They are a guide to human interaction, so what when we wish to greet friends on the street, drive an automobile, buy oranges, we know (or can learn easily) how to perform these tasks.* (NORTH, Douglass C. Op. cit., p. 4).

26 *institutions includes any form of constraint that human beings devise to shape human interaction. Are institutions formal or informal? They can be either; and I am interested both in formal constraints – such as rules that human being devise – and in informal constraints - conventions and codes of behavior.”* (NORTH, Douglass C. Op. cit., p. 4).

27 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 33.

em várias esferas da vida social, tais como: na família, na educação, na política, na cultural na estratificação social e, finalmente, na *economia*, na qual as instituições agem na regulação da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Para Pires, (2001) a institucionalização, a seu termo, pode ser definida como o processo através do qual organizações e procedimentos ganham valor e estabilidade. É possível dizer que a estabilidade gerada pelas instituições decorre da função de proporcionar a redução de incertezas e da insegurança que estas possuem.

Em concordância com as opiniões de Goodin e Pires, acredita-se que uma instituição somente atua como redutor de incertezas se três condições forem satisfeitas: a) a aplicação de sanção no caso do descumprimento de suas disposições; b) a sua recepção pelo ordenamento institucional *aprioristicamente* estabelecido; e c) a sua aceitação ou legitimidade por parte daqueles envolvidos nos processos sobre o qual dispõe, isto é, a instituição deve possuir credibilidade junto aos atores.

Assim, o termo desenho institucional, tal como afirma Goodin²⁸ deve ser entendido como a criação de uma forma ou formato normativo ativo que promova resultados dotados de valores dentro de um contexto particular. Uma instituição deve ser internamente consistente e externamente deve possuir harmonia com o restante da ordem social estabelecida, tornando-se relevantes não só os aspectos constitutivos de um desenho institucional interno, mas o julgamento deste perante critérios de avaliação externos.

Em relação aos mecanismos que atuarão de forma a garantir a imposição e o caráter de sanção da instituição (os *enforcement*), Pires (2001) acredita que estes seriam dispensáveis somente num contexto em que as recompensas recebidas pelas partes fossem tão vantajosas a ponto de as partes nunca desejarem descumprir seu papel preestabelecido. Como isso é uma condição ideal e

28 Apud. PIRES, Roberto R. C. Op. cit.

ainda pouco factível, torna-se essencial a existência de outros tipos de mecanismos que garantam que as disposições de um acordo ou finalidades de uma instituição sejam cumpridos.

North (1990), dentre vários outros autores, sugere que a imposição ou *enforcement* de uma instituição deva ser garantido por uma terceira parte. Isso quer dizer, a princípio, que a imposição de instituições deveria envolver uma parte, se possível neutra, com a habilidade de garantir, a baixos custos, que outras partes potencialmente infratoras considerem difícil violar os dispostos em acordos e instituições.

Similitude ou não, é relevante verificar que as citadas condições são justamente as mesmas premissas de reconhecimento da norma jurídica colocada pelo positivista Hans Kelsen (1998) que, em sua *Teoria pura do direito*, argumenta que a norma só possui caráter normativo no campo jurídico quando impõe uma sanção aos descumpridores do conteúdo daquela norma, por meio do Direito e do Estado, que, por sua vez, é o detentor do monopólio legítimo do uso da força física:

“Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo”.²⁹

Kelsen (1988) também pregava que a norma jurídica não pode ser vista como um imperativo desvinculado de uma ordem jurídica, mas sempre em conformidade com um sistema e com seus princípios informadores positivados na

29 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 33.

norma fundamental. Então, uma instituição formal adequada não pode ser tratada de forma simplesmente pragmática, funcional e independente, deve sim, ser entendida e aplicada como parte de um amplo código normativo, conforme as suas palavras:

“Uma ‘ordem’ é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é [...] uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.”³⁰

6 AS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E A REGULAÇÃO PRUDENCIAL

Como explicitou Luhmann,³¹ sendo o mercado financeiro o setor especializado no manejo profissional dos riscos e do crédito, percebe-se que grande parte dos custos do setor, principalmente no Brasil, decorre do aporte para contrabalançar a inadimplência, dependendo do acesso às informações claras, aos meios de monitoramento e ao *enforcement*. Por isso o Sistema Financeiro Nacional e suas instituições têm como um de seus focos a regulação prudencial que, para Coutinho, visa

30 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 33.

31 *Apud* CAMPILONGO. In: CADE, 2001.

“promover práticas bancárias seguras e sólidas, promover a eficiência do setor bancário, zelar pela proteção aos depositantes e outros credores e manter a estabilidade dos mercados financeiros. Dentre estes, o mais importante é o último, que pode ser traduzido como preocupação em evitar falências de bancos que possam conduzir, através, por exemplo, do sistema de depósitos e pagamentos, a um colapso do sistema financeiro. Essa possibilidade é conhecida como risco sistêmico.”³²

Esse tipo de regulação no Brasil, até 1964, era bastante frágil em relação à estruturação adequada do SFN às necessidades da sociedade e do mercado. Assim, a partir de 1964 é que se iniciaram as regulações mais relevantes desse sistema.

A primeira delas foi a Lei n. 4.357/64 (Lei de correção monetária), que instituiu normas para indexação de débitos fiscais e criou títulos públicos federais com cláusula de correção monetária (ORTN), com o objetivo de antecipar receitas, cobrir déficit público e promover investimentos. A Lei n. 4.595/64 criou o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central do Brasil (BACEN), bem como estabeleceu as normas operacionais, rotinas de funcionamento e procedimento de qualificação aos quais entidades do sistema financeiro deveriam se subordinar. No ano seguinte, foi promulgada a lei do mercado de capitais, que estabelecia normas e regulamentos básicos para a estruturação de um sistema de investimentos destinado a apoiar o desenvolvimento nacional e atender à crescente demanda por crédito.

Posteriormente foi criada a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por meio da Lei n. 6.385/76, transferindo do BACEN a competência para regular e fiscalizar o mercado de valores mobiliários. No mesmo ano, a Lei de sociedades anônimas – Lei n. 6.404/76 – estabeleceu regras claras quanto às

características, forma de constituição, composição acionária, estrutura de demonstração financeira, obrigações societárias, direitos e deveres de acionistas e órgãos estatutários e legais das “anônimas”, que recentemente veio a ser modificada pela Lei n. 10.303/2001.

Em 1994 o Sistema Financeiro Nacional passou por uma reforma que visava aumentar a credibilidade dos agentes nacionais e internacionais perante suas políticas, principalmente em razão do processo de globalização. Nessa ocasião uma ampla reformulação foi feita, o que reduziu o número de bancos existentes no País, uma vez que muitos, até então, trabalhavam de forma comprometida e arriscada.

O instrumento da reforma do SFN foi a Resolução n. 2.099/94, do CMN, que passou a normatizar os Limites Mínimos de Capital Realizado e Patrimônio Líquido para Instituições Financeiras, com o objetivo macro de enquadrar o mercado financeiro aos padrões de solvência e liquidez internacional definidos em 1988 através do acordo da Basileia, realizado pelo bancos centrais dos países que compõem o *grupo dos dez*.

Assim, a evolução na esfera das instituições do Sistema Financeiro Nacional podem ser percebidas pelo mercado brasileiro, principalmente a partir das políticas do Conselho Monetário Nacional e do BACEN, no que diz respeito à regulação prudencial, dentre as quais as mais recentes são o Sistema de Pagamento Brasileiro (SPB), a Central de Crédito e a inserção do Brasil no Acordo de Basileia II.

O BACEN, com o auxílio do CADE, organismos que se complementam na tarefa de limitar as concentrações bancárias e defender a concorrência no setor, são também instituições relevantes para a diminuição dos custos de transação referentes ao monitoramento e *enforcement* das regras do mercado financeiro, visto que o poder de mercado sobre a oferta de crédito pode ser muito prejudicial para o mercado.

Outro ponto importante relacionado ao *enforcement* de contratos é a existência de instâncias administrativas (processo administrativo no âmbito do BACEN e do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – CRSFIN) e esferas judicantes alternativas (juízes arbitrais), que contribuem para

32 COUTINHO, Paulo. Regulação prudencial e concorrência no setor bancário. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO, BRASÍLIA, CADE, 1999, p. 214-215.

a diminuição dos custos de solução de controvérsias, sendo que em última instância deve-se recorrer ao Judiciário, que possui o dever indeclinável de prestar a jurisdição a quem quer que o provoque, como estabelecido no inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988.

Nesses termos, verifica-se que o marco institucional regulador, fiscalizador e repressor das relações presentes no Sistema Financeiro Nacional, além de reconhecidamente importante, é de certo modo bastante desenvolvido no Brasil, inclusive porque segue as premissas de regulação prudencial internacionais. Não obstante, questiona-se: qual seria então a causa da pouca confiança no mercado financeiro nacional? De tamanho “risco Brasil”? Da atribuição de tanto risco à sociedade brasileira?

7 INSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E O RISCO

A partir do exposto e das latentes questões, quase naturalmente se conclui que a atual falta de confiança dos agentes do mercado financeiro internacional no Brasil advém do fato de que estes atribuem, aos negócios realizados com o País, altos custos de transação e alto risco em decorrência da falta de confiança em suas instituições.

A explicação para esse fenômeno é que, no Brasil, muito do direito positivado se distancia da realidade empírica. No País, muitas instituições formais não possuem efetividade o bastante para normatizar a realidade social e alcançar a justiça, principalmente quando se depara com uma distribuição de recursos materiais tão precária. Porque nossas “fontes de direito” são demasiadamente precárias se comparadas com a multiplicidade de projeções normativas existentes e contingentes da sociedade e na economia, como consagra Max Weber:

“Quando se fala de *direito*, *ordem jurídica*, *preceitos jurídicos*, deve-se ter em conta de um modo particularmente rigoroso a distinção entre a consideração jurídica e sociológica. À primeira se pergunta o que

idealmente vale como direito. Isto é: que significado, ou, o que é o mesmo, que sentido normativo logicamente correto deve corresponder a uma formação verbal que se apresenta como norma jurídica. Pelo contrário, à última se pergunta o que de fato ocorre em uma comunidade em razão de que existe a probabilidade de que os homens que participam na atividade comunitária, sobretudo aqueles que podem influir consideravelmente nessa atividade, consideram subjetivamente como válido uma determinada ordem e orientem por ela sua conduta prática. De acordo com isso se define também a relação de princípio entre direito e economia.

A tarefa da ciência jurídica (de um modo mais preciso, a jurídico-dogmática) consiste em investigar o reto sentido dos preceitos cujo conteúdo se apresenta como uma ordem determinante da conduta de um círculo de homens, demarcado de alguma maneira, isto é, em investigar as situações de fato subsumidas nesses preceitos e o modo de subsumi-las. Proceder de tal sorte nessa tarefa que, partindo de sua indiscutível validade empírica, trata de determinar o sentido lógico dos preceitos singulares de todas as classes, para ordená-los em um sistema lógico sem contradição. Este sistema constitui a *ordem jurídica* no sentido jurídico da palavra. Pelo contrário, a ciência econômico-social considera aquelas ações humanas, que estão condicionadas pela necessidade de orientar-se na realidade econômica, em suas conexões efetivas. Chamamos *ordem econômica* à distribuição do poder de disposição efetivo sobre bens e serviços econômicos que se produz consensualmente – *consensus* – segundo o modo de equilíbrio dos interesses, e à maneira como esses bens e serviços se empregam segundo o sentido desse poder fático de disposição que descansa sobre o consenso.”³³

33 WEBER, Max. *Ordem jurídica e ordem econômica, direito estatal e extra-estatal*. In: SOUTO, Cláudio. *Textos básicos de sociologia jurídica*, p.117.

Assim, é necessário diferenciar o direito positivo e sua “teoria pura”, ou seja, a normatização jurídica, da sociologia, e perceber que o fenômeno jurídico deve ser analisado a partir de dois âmbitos, e não de forma separada como prevê o dogmatismo jurídico e até a sociologia jurídica clássica.

O próprio Kelsen, em uma passagem de sua “teoria pura”, afirma que uma das condições de eficácia da norma jurídica, mesmo concebendo esta como fruto da simples sanção jurídica posta, seria um mínimo de observância e aplicação de seu conteúdo pela sociedade, ou seja, um mínimo de efetividade da norma no meio social, como se lê:

“Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão. Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição da sua vigência. No entanto, deve existir a possibilidade de uma conduta em desarmonia com a norma.”³⁴

O que contradiz sua própria “teoria pura”, que defende que

“o que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O senti-

34 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 11-12.

do jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma...”³⁵

e que por isso, conclui que “só então, o dever-ser, como dever-ser *objetivo*, é uma *norma válida* (‘vigente’), vinculando os destinatários.”³⁶

Um certo nível de efetividade social as instituições formais devem ter, o que converge com o entendimento de Pires defensor de que uma instituição somente atua como redutor de incertezas no momento em que, além de impor sanções, goza de aceitação ou legitimidade por parte daqueles envolvidos nos processos sobre o qual dispõe, isto é, possui credibilidade junto aos atores.

Assim sendo, percebe-se que, para se alcançar um ambiente de confiança nas instituições e baixos custos de transação, é necessário que se tenha instituições formais sólidas, ou seja, instituições formais capazes de impor sanções eficazmente, uma vez que o direito jurisdicionado imposto não é uma instituição capaz de eliminar o risco da sociedade. Isso porque o risco está intimamente ligado à realidade do fenômeno jurídico, o que, no âmbito da economia faz com que várias expectativas em relação ao direito de propriedade ou o acesso aos bens sejam frustradas, e com que os negócios jurídicos se tornem incertos, visto que, como versa De Giorgi, “o risco se diferencia, por um lado, do direito (que fixa os pressupostos que permitem a orientação das próprias expectativas no futuro), e, por outro lado, diferencia-se também da economia (que determina as modalidades de acesso aos bens)”.³⁷ Como Max Weber revela, o risco “não se entende no sentido jurídico, senão sociológico”, visto que este se dá em razão das “garantias específicas referentes à probabilidade de sua validade empírica.”³⁸

35 KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 4.

36 KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 4.

37 DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*, cit., p. 198.

38 WEBER, Max. *Ordem jurídica e ordem econômica direito estatal e extra-estatal*. In: SOUTO, Cláudio. *Textos básicos de sociologia jurídica*, p. 118.

Como no Brasil, à Constituição, à lei, aos contratos, ao governo e ao próprio mercado tomador de crédito é atribuída pouca confiança, por serem continuamente desrespeitados e continuamente também desrespeitadores das demais instituições formais (salvo, é claro, no último caso a Constituição, que é instituição máxima), entende-se que a falta de efetividade de instituições que protegem o direito de propriedade e os contratos está intrinsecamente ligada à falta de prestígio e confiança naquelas instituições, que têm, em última instância, o Judiciário como o órgão competente para resolver as controvérsias suscitadas no âmbito dessas relações.

Nesse sentido, como Campilongo problematiza, no Brasil o próprio Judiciário tem-se verificado distante da lei e próximo de um “governo de juízes”, uma vez que vem se transformando em uma arena de recepção de temas da política, substituindo as instituições representativas, ao mesmo tempo em que administra ruídos do ambiente político. Assim, atravessa-se uma situação de “politização do Judiciário” *versus* “judicialização da política”, em que os juízes deixam de garantir as expectativas normativas, que é sua função, e passam a tomar decisões que vinculam de modo geral a comunidade, que é função do poder político:

“Diante das incertezas do processo decisório político (e dos riscos a ele inerentes) o Judiciário estaria, cada vez mais, assumindo um papel de revalidador, legitimador ou instância recursal das decisões políticas. Os temas da política, premiados por uma multiplicidade de demandas, seriam revistos pelo sistema judiciário...”³⁹

Em conseqüência disso o próprio autor percebe que há um desvirtuamento dos mecanismos de *enforcement*, ou seja, dos instrumentos que, em última instância, são responsáveis por manter o direito e a estabilidade, o que culmina em uma crise de expectativas normativas e de risco, uma vez que

“o direito desempenha uma função muito importante, específica e insubstituível nas sociedades modernas. Cada operação do sistema jurídico parte da operação anterior e cria condições para a operação seguinte, todas elas encerradas no mesmo código recursivo: a distinção entre direito/não direito. Daí se dizer, igualmente, que a função do direito resume-se à garantia e confirmação de expectativas de direitos. Insista-se: não se trata de pouca coisa.

[...]

Por isso, ao olhar para a Constituição, o sistema político pode vê-la, por exemplo, sob o prisma do Poder Constituinte originário, isto é, enquanto fórmula de decisões coletivas (o que é próprio e exclusivo da política). Ao sistema jurídico essa perspectiva não é sequer autorizada. Cabe aos tribunais – especialmente ao Supremo – garantir o cumprimento da Constituição, vale dizer, assegurar expectativas normativas.⁴⁰

[...]

Extrapolam, por fim, as instituições estranhas ao sistema político, especialmente setores da magistratura, que – apesar de justificável desilusão em face da pobre realidade da representação – avocam a condição de *substitutos funcionais* de partidos, eleitores, políticos e parlamentos... O *governo dos juízes*, carente de verificação histórica, também é incompatível com a manutenção de uma complexidade social sempre elevada.”⁴¹

O Judiciário, na aplicação da Carta Máxima, não deve extravasar sua moldura de competência decidindo como governante, vinculando a coletividade, mas respeitar as instituições consagradas na Constituição pelo Constituinte. Se até o organismo competente máximo para sanar os conflitos que permeiam a sociedade não propicia estabilidade e respeito à Constituição, é porque, prova-

39 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. Max Limonad, p. 84.

40 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Op. cit.*, p. 84.

41 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Op. cit.*, p. 87.

velmente, muitas de nossas instituições consagram o desrespeito às garantias fundamentais nela positivadas, inclusive o da propriedade.

Assim, é necessário que a idéia de “filtro processual”, colocada por Luhmann, pela qual as idéias jurídicas têm de passar para se tornarem socialmente vinculativas como direito, se consagre em detrimento da onipotência da pena do legislador uma vez que a própria normatização exacerbada pode vir a ser também causa de risco e maiores custos de transação.

Se o Brasil já ocupou posições de *investment grade*⁴² na preferência dos investidores, hoje, em decorrência do alto risco projetado para o mercado financeiro brasileiro, o País só consegue realizar negócios mediante *spreads* vultosos ou a curto prazo, visto que, segundo as expectativas, a probabilidade de não ter seu dinheiro remunerado e devolvido na data de resolução do contrato é bastante alta.

Evidências disso são a recente desvalorização dos títulos públicos federais, a alta da cotação do dólar e a derrocada do “risco Brasil”. Ora, o turbilhão por que passou o mercado e o governo no meados de 2002 nunca poderia ter sido racionalmente previsto ou consentido sob a análise dos fundamentos e resultados macroeconômicos da atual gestão pública federal, sendo suas causas atribuídas às expectativas de desvio da normalidade projetadas pela instabilidade política gerada pela sucessão presidencial, dentre outros fatores o que para o mercado significa uma ameaça de sobreposição de toda uma instituição formal (a dívida pública), pelo poder pessoal de um indivíduo, o que consubstancia demasiado risco para vários agentes.

Assim, a recente euforia tem causa no fato de que algumas instituições presentes na nação não são sólidas o suficiente para imporem um modelo coerente e confiável aos investidores de garantia dos contratos, uma vez que no Brasil muitas instituições são de fato desrespeitadas pela sociedade, enquanto outras são “capturadas” e moldadas ao livre arbítrio do governo.

42 Uma posição de *investment grade* reflete uma sinalização feita pelos analistas do mercado financeiro no sentido de sugerir a compra de um determinado ativo financeiro aos investidores com base em análise das expectativas de retorno e risco daquele papel.

Contudo, é relevante colocar que parte dessa “exuberância irracional” não pode ser atribuída apenas à fragilidade das instituições nacionais. As próprias agências de *rating* responsáveis pela determinação das taxas da classificação de juros e risco de empresas e países (p. ex., “risco Brasil”) são muitas vezes as mesmas organizações que interagem nos mercados, comprando e vendendo ativos financeiros. Logo, verifica-se que se as expectativas em relação à economia brasileira vêm se degenerando por conta da fragilização das instituições internas de preservação do direito de propriedade, as instituições mundiais que lucram com a instabilidade podem também dar causa a isso, uma vez que se percebe atualmente uma crise generalizada de confiança nas instituições globais, haja vista que o próprio regime capitalista atravessa uma crise de risco. O que se desdobra na impossibilidade de se conhecer o regular e, tampouco, projetar satisfatoriamente o futuro e caracteriza a sociedade contemporânea realmente como uma sociedade de risco da qual o Brasil é tido como hoje parte de um extremo.

8 CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que a ação do BACEN e todo o aparato prudencial brasileiro e suas garantias jurídicas de liquidez, solidez, higidez do sistema financeiro, não podem fazer com que o Brasil se transforme em uma sociedade de baixo risco e um ambiente institucionalizado de respeito aos contratos, de baixos custos de transação e de baixo “risco sistêmico”. Para que o Brasil se transforme em uma sociedade não estática e acotada, mas menos, inexplicavelmente, imprevisível, são necessárias mudanças institucionais em nossas “regras do jogo”, e, também, uma mudança na ação social em prol do respeito aos contratos e ao direito de propriedade.

Como um ambiente de baixos custos de transação hoje só pode ser alcançado com o “consentimento” das várias instituições internacionais produtoras de expectativas, que por si só atravessam sua própria crise de confiança, é realmente difícil percebermos um horizonte de melhora da obsolescência da nor-

malidade no Brasil, principalmente se confirmadas as projeções eleitorais que desagradam o mercado. Entretanto, é relevante reconhecer, a partir de identificada a distinção entre normatividade jurídica e efetividade normativa, que instituições formais poderiam ser, não significativas na imposição de um direito-coativo eficaz *per se*, mas imprescindíveis na instituição de metas e planos para uma sociedade, através de um direito de caráter programático.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENHAM, A.; BENHAM, L. Measuring the costs of exchange. *In: SECOND ANNUAL MEETING OF THE INTERNATIONAL SOCIETY FOR THE NEW INSTITUTIONAL ECONOMICS*. Universidade de Paris. Setembro, 1998.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad.

COASE, R. H. The institutional structure of production. *In: The American Economic Review*. Vol.32. American Economic Association, 1992.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. *Ato de concentração n. 08012.006762/2000-09*. Voto e aditamento de voto do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo. 2001. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em 10 JUN. 2002.

COUTINHO, Paulo. Regulação Prudencial e Concorrência no Setor Bancário *In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR BANCÁRIO*. Brasília, CADE, 1999.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco – Vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

FONSECA, João B. L. da. *Lei de proteção da concorrência – Comentários à legislação antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GARCIA, Márcio G. P. *Risco sistêmico, derivativos e crises financeiras*. Rio de Janeiro: Departamento de Economia PUC-Rio, 1996.

GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. *Modernização reflexiva*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro – Produtos e serviços*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. v. II.

NEE, Victor. *Sources of the new institutionalism in sociology*. New York: Russell Sage Foundation, 1998.

NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.

_____. Five propositions about institutional change. *In: KNIGHT, Jack; SENED, Itai (Ed.). Explaining social institutions*. University of Michigan Press. 1998.

O Mundo do dinheiro e suas maiores empresas. *Valor Financeiro*, São Paulo: Valor Econômico, ano 1, n. 1, jul. 2002.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. São Paulo: Makron, 1994.

PIRES, Roberto. R. C. *Novo institucionalismo e políticas públicas* – Análise neo-institucional do orçamento participativo e das mudanças provocadas sobre o estilo de planejamento da Prefeitura de Belo Horizonte. 2001. mimeo.

POSSAS, Mário L.; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João L. *Política antitruste: um enfoque schumpeteriano*. In: Estudos Econômicos da Construção. ANPEC, 1996.

SECURATO, José R. *Cálculo financeiro das tesourarias* – Bancos e empresas. São Paulo: Saint Paul Institute of Finance, 1999.

SHIRLEY, Mary M. *Pressing issues for institutional economists* – Views from the front lines. Paper para pesquisa de políticas. Banco Mundial, 1997.

SOUTO, Cláudio. *Textos básicos de sociologia jurídica*.

WEBER, Max. *O mercado*. In: *Economia e sociedade* – Fundamentos da sociologia compreensiva. Segunda Parte: Cap. VI..

_____. Ordem jurídica e ordem econômica, direito estatal e extra-estatal. In: SOUTO, Cláudio. *Textos básicos de sociologia jurídica*,

INFLUÊNCIAS DE PLATÃO NA IDÉIA DE JUSTIÇA NO IDEALISMO ALEMÃO

Paulo César Teixeira Duarte Filho

Sumário

1. Introdução. 2. A busca pela justiça em Platão. 3. Liberdade e justiça no Idealismo. 4. O Direito como guardião da justiça. 5. O Estado como zelador do Direito. 6. O mundo contemporâneo. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O pensamento de Platão sobre a justiça é o início da reflexão sobre a idéia de justiça como igualdade. Platão, então, propõe duas perspectivas para a concepção de justiça: a justiça como idéia é a justiça como virtude.

O filósofo grego constata que só conhece a justiça aquele que é justo, o que caminha constantemente com a justiça. Esse agir com justiça consiste exatamente na superação de toda a atitude tomada com fins somente para si. Por colocar o outro no objetivo do agir humano, a justiça torna-se a maior das virtudes, já que tanto a sabedoria e a coragem quanto a temperança são simplesmente interiores, mas a justiça engloba o Estado, pondo o ideal no outro como igual, fazendo assim com que seja melhor praticá-la que recebê-la e melhor receber injustiça que promovê-la, sendo que o justo supera todos os males,