

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

ANA LUIZA BOSQUÊ KEEDI

REGULAÇÃO BANCÁRIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

SÃO PAULO

2011

ANA LUIZA BOSQUÊ KEEDI

REGULAÇÃO BANCÁRIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Monografia apresentada ao Programa de Especialização em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito, na área de concentração de Direito Constitucional, sob orientação do Professor Mestre Renato Braz Mehanna Khamis.

SÃO PAULO

2011

ANA LUIZA BOSQUÊ KEEDI

REGULAÇÃO BANCÁRIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Monografia apresentada ao Programa de Especialização em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito, na área de concentração de Direito Constitucional, sob orientação do Professor Mestre Renato Braz Mehanna Khamis.

Data de aprovação:

Examinadores:

SÃO PAULO

2011

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Eliane Bosquê Keedi e Samir Keedi, ao Professor Mestre Renato Braz Mehanna Khamis, ao meu namorado, Henrique Nunes Canever, e aos meus colegas do curso de Especialização, em especial à amiga Mariana Marchina Gonçalves, bem como a todos que, indiretamente, contribuíram para a elaboração deste trabalho, aos quais, mesmo não tendo o seu nome citado nesta página, serei sempre igualmente grata.

REGULAÇÃO BANCÁRIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Resumo

Este trabalho tem como foco o estudo das principais ideias e conceitos debatidos na doutrina brasileira, concernentes à legitimidade – quanto à sua origem, forma e conteúdo – da regulação bancária emanada de entes integrantes da Administração Pública, vinculados ao Poder Executivo Federal, quais sejam, o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central do Brasil (BACEN), em confronto com o princípio da legalidade expresso na Constituição Federal.

O objetivo de tal estudo é extrair do ordenamento jurídico pátrio uma interpretação constitucional consistente que ampare a competência do CMN e do BACEN para esta regulação, bem como critérios que se descolem da exegese arcaica costumeiramente conferida aos novos conceitos acolhidos pela ordem constitucional vigente, inclusive considerando-se a Reforma do Estado ocorrida a partir da metade da década de 1990, que deu origem a inúmeras agências reguladoras dotadas de atribuição semelhante.

Palavras-chave: *regulação bancária, princípio da legalidade, Constituição Federal da República Federativa do Brasil, Conselho Monetário Nacional – CMN, Banco Central do Brasil – BACEN.*

FINANTIAL REGULATION AND THE LEGALITY PRINCIPLE

Abstract

This work has as its focus the study of the principal ideas and concepts theoretically discussed by brazilian authors, regarding legitimacy – related to its origin, its form and content – of financial regulation emanated from institutions of the Public Administration, entailed to Federal Executive Power, which are the Brazilian National Monetary Council (CMN) and Central Bank of Brazil (BACEN), in confrontation with the principle of legality.

The purpose of such study is to extract from brazilian juridical ordainment a constitutional solid interpretation which can support the CMN and BACEN's power to such regulation, as well as standards apart from the archaic exegesis usually attributed to the new concepts admitted by the established constitutional rules, inclusively considering the Reformation of the State that took place after the half of 1990's decade, which gave birth to various regulatory agencies endowed with this kind of power.

Keywords: *financial regulation, legality principle, Brazilian Constitution, Brazilian National Monetary Council – CMN, Central Bank of Brazil – BACEN.*

SUMÁRIO

1. Introdução	8
2. Tipos de Estado	14
2.1 Estado Liberal.....	14
2.2 Estado do Bem Estar Social (<i>Welfare State</i>).....	18
2.3 Estado Regulador.....	22
3. Sistema Financeiro Nacional	27
3.1 Conceito e Composição.....	27
3.2 Competências do CMN e do BACEN.....	35
4. Poder Normativo	41
5. Princípio da Legalidade	53
6. Conclusão	64
Referências Bibliográficas	67

1. INTRODUÇÃO

A adoção do modelo de Estado Regulador, no Brasil, a partir de meados da década de 1990, acarretou inúmeros debates em meio à doutrina jurídica administrativista, que passou a se preocupar com as implicações, limites e legitimidade de tal modelo perante a ordem constitucional posta, em especial, perante o princípio da legalidade, previsto expressamente nos artigos 5º, inciso II, e 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988¹.

Com efeito, em obediência a este modelo, a intervenção por parte do Estado na economia dá-se de forma indireta, por meio de uma estrutura formada, em grande parte, por entidades da Administração Pública indireta chamadas agências reguladoras, dotadas de poderes para normatizar, fiscalizar, julgar e aplicar sanções, concernentes a determinado setor da economia, estabelecendo direitos e deveres destinados às pessoas envolvidas com aquela atividade econômica, na medida em que tais poderes afetam a forma como esta atividade será desenvolvida, quem será ou não habilitado a desenvolvê-la, etc.

Deste modo, tais debates têm como cerne a investigação acerca da mensuração daquilo que se denomina de poder regulamentar ou, em outras palavras, da extensão legítima que se confere, com fulcro na Constituição Federal, à função normativa que é exercida – de forma atípica e sem a observância das normas constitucionais atinentes ao processo legislativo –, pelo Poder Executivo, não somente por meio de atos expedidos pelo Chefe deste Poder, mas também por outros órgãos ou entidades integrantes da Administração Pública direta ou indireta.

Alguns destes órgãos e entes detêm poderes normativos que visam à implementação da regulação de setores da economia ou de determinados serviços públicos que, quando exercidos, acabam por inovar na ordem jurídica,

¹ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

independentemente da existência de lei prévia disciplinadora da matéria, criando direitos e impondo obrigações destinados ao próprio Estado, mas também aos particulares envolvidos na atividade econômica, seja como agentes econômicos (empresários, fornecedores de bens, prestadores de serviços públicos ou particulares, etc.), seja como consumidores ou usuários.

O foco do presente trabalho será a regulação da atividade bancária, a qual encontra seu ponto de partida na Constituição Federal, com destaque para os seus artigos 48, 174 e 192, passa pela legislação infraconstitucional e se perfaz, principalmente, por meio de normas (resoluções, circulares, carta-circulares, etc.) expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), órgão vinculado ao Poder Executivo Federal, e pelo Banco Central do Brasil (BACEN), autarquia federal criada pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

O CMN, como se verá, constitui o órgão deliberativo máximo do Sistema Financeiro Nacional, e o BACEN, na condição de entidade paraestatal constituída sob a forma de autarquia, dispõe de mecanismos de normatização, fiscalização e até mesmo de aplicações de sanções aos agentes atuantes no Sistema Financeiro Nacional, ou seja, bancos e demais instituições financeiras autorizadas, pelo próprio BACEN, a explorar as atividades típicas deste setor.

Nesse passo, importante situar a atividade bancária, dentre os demais setores da economia que lhe são conexos. Para tanto, adotar-se-á a definição de Sidnei Turczyn, segundo o qual a generalidade dos autores utiliza a expressão *direito bancário* para se referir ao gênero instituição financeira, e não apenas aos *bancos*, que constituem uma das diversas espécies de instituição que explora alguma(s) das diversas modalidades de intermediação².

Assim sendo, a expressão regulação bancária, adotada no presente trabalho, concerne às atividades econômicas desempenhadas pelas instituições financeiras em sentido amplo, as quais, como será visto, sejam públicas ou privadas,

² TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 85/88.

somente podem atuar no mercado mediante autorização do BACEN e observando todas as normas editadas por este ente e pelo CMN.

Nesse diapasão, cumpre retomar a afirmação de que a criação das agências reguladoras, sob a forma de autarquias de regime especial, intensificou a discussão em torno do papel que a regulação pode ou deve desempenhar, legitimamente, face ao princípio da legalidade, que exige, a princípio, que a veiculação de normas gerais e abstratas, criadoras de direitos e obrigações se dê por meio de lei.

Não é menos certo, entretanto, que, conforme já mencionado, o CMN e o BACEN, apesar de integrantes do Poder Executivo, detêm competências regulatórias desde a conformação atual do Sistema Financeiro Nacional pela Lei nº 4.595/1964, a qual foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e vem sendo aplicada até os dias de hoje.

Por conseguinte, como será visto, os debates que se verificam na doutrina tendo por objeto as competências das agências reguladoras criadas a partir da metade da década de 1990 aproveitam, em certa medida, algumas das considerações que já haviam sido tecidas acerca da constitucionalidade das resoluções, circulares e outras normas expedidas pelo CMN e pelo BACEN.

Qual a interpretação mais adequada aos artigos 5º, inciso II, e 37, *caput*, da Constituição Federal, que invocam expressamente a aplicação do princípio da legalidade à ordem jurídica pátria? Qual a função, face ao princípio da legalidade, dos órgãos e entidades administrativas às quais o ordenamento jurídico atribuiu competências regulatórias? Qual a relevância do instituto da regulação em relação à economia e a cada um dos setores regulados? Como defender as competências regulatórias atribuídas ao CMN e ao BACEN, sabendo-se que as normas resultantes desta atuação, com frequência, restringem, criam ou mesmo esbarram em direitos e obrigações dos particulares, sejam eles agentes econômicos ou consumidores dos serviços prestados pelas instituições financeiras?

Essas são algumas das perguntas que se tentará responder ao longo do presente trabalho, com fundamento na Constituição Federal, na legislação vigente e nas ideias que foram sendo desenvolvidas na doutrina nacional desde a edição da Lei nº 4.595/1964.

Interessante artigo que tratou da resistência dos juristas em geral em aceitar alterações de conceitos jurídicos, em decorrência de evoluções de certos aspectos verificadas na própria sociedade, foi escrito, no ano de 1955, pelo ilustre Orlando Gomes; referido artigo, muito embora tratasse das alterações ocorridas no âmbito das relações de direito privado, às quais não se mostrava mais adequada a aplicação de determinados conceitos jurídicos delineados no final do Século XIX, acabou por estender suas reflexões ao direito como um todo, conforme segue:

Quando o jurista se depara com uma dificuldade, oriunda de tendência nova que reclama a reconstrução, vai buscar, nas legislações mortas, termos técnicos sepultados, cometendo, inclusive, o erro de supor que o problema consiste unicamente numa questão de terminologia. (...)

Para atingir a êsse fim, o que sobretudo importa é a escolha do processo. Não se dará à nova a utensilagem adequada se se persiste no propósito de disfarçar as realidades inovatórias sob o manto da velha técnica. É preciso dominar a tendência do espírito para sobrevalorizar as construções do passado, como é necessário controlar a sua inclinação contrária para a apoteose do momento em que vive.

(...) Via de regra, como assinalara Pasteur, a incapacidade de pressentir os fatos novos e de os aceitar, quando descobertos, é a fonte do erro consagrado, que torna os espíritos infecundos.

(...) É essa integração profissional dos juristas na ideologia dominante que explica a sua inércia na reconstrução da técnica jurídica, embora tenham pressentido a necessidade de a substituir. Por mais que reconheçam a natureza mutável das instituições jurídicas, por mais que verifiquem que o fenômeno jurídico é um fato condicionado historicamente, sentem a necessidade psicológica da estabilidade, e se voltam sob tôdas as formas, até as mais paradoxais, para um direito que responde a êsse sentimento, um *direito natural irredutível*, tão do seu espírito, que chegam a admitir, contraditariamente, que tenha conteúdo variável.

(...) Na elaboração do Direito positivo, cabe à doutrina o papel de criar a nova dogmática jurídica pela qual espera a ordem que aí está, transbordante de vitalidade, mas, mingando na sombra melancólica de conceitos antiquados, que monopolizam a luz e o calor do pensamento jurídico. Se é certo que as noções mumificadas não são menos perigosas do que as fórmulas inovadoras inadequadas, a verdade não está com Horvarth quando afirma que a tirania das idéias abortadas é tal dura e constringedora quanto a tirania dos conceitos caducos. A

precipitação da evolução jurídica é menos nociva do que a mumificação das idéias defuntas. (...)³

Com vistas ao objetivo aqui traçado, o segundo capítulo do presente trabalho (“Tipos de Estado”), localizado após esta Introdução, fará um breve apanhado das principais características do liberalismo econômico, que floresceu na Europa e nos Estados Unidos a partir do final do Século XVIII, do Estado do Bem-Estar Social, que, em contraposição ao primeiro, influenciou constituições de diversos países, na primeira metade do Século XX e, finalmente, do Estado Regulador, que passou a ser adotado no Brasil após a abertura democrática, em meados da década de 1990, e que conferiu grandes poderes técnicos e normativos a diversas entidades paraestatais, a exemplo daqueles poderes que já eram exercidos pelo CMN e pelo BACEN, no âmbito da atividade bancária.

Por sua vez, o Capítulo 3 (“Sistema Financeiro Nacional”), cuidará deste sistema, ao qual foi dedicado um capítulo da Constituição Federal (o Capítulo IV do Título III), e que abarca os agentes envolvidos com as atividades de emissão de moeda, controle do crédito e execução das políticas públicas no âmbito financeiro⁴.

No Capítulo 4 (“Poder Normativo”), serão estudadas as formas pela qual o Estado, por meio de seus poderes distintos e harmônicos entre si, exerce o poder de editar normas jurídicas aptas a criar direitos e impor obrigações, inovando no mundo jurídico.

O Capítulo 5 (“Princípio da Legalidade”) analisará qual a interpretação mais adequada que merecem os dispositivos constitucionais que explicitam este princípio, em cotejo com a realidade do direito administrativo brasileiro atual, e com os objetivos que se podem ser extraídos da própria Constituição Federal quanto aos rumos da intervenção do Estado na economia nacional.

³ GOMES, Orlando. *A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955)*. Republicação de capítulo da obra *A crise do direito*, São Paulo : Max Limonad, 1955, p. 234/255, com autorização de Marcelo Gomes, presidente da Fundação Orlando Gomes. *In* http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_01_p121_134.pdf.

⁴ **Art. 192.** O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Ao final, o presente trabalho apresenta a sua conclusão, que busca sintetizar as principais ideias e conceitos debatidos ao longo de seu desenvolvimento, extraindo-se do ordenamento jurídico brasileiro uma hermenêutica constitucional e teoricamente consistente que apresente critérios alternativos à exegese arcaica de conceitos novos, estes trazidos à ordem jurídica constitucional pela força social legitimadora da Assembleia Constituinte de 1988. Procura-se, com isso, assegurar a concretização destes conceitos novos e evitar que, parafraseando os ensinamentos de Orlando Gomes, as ideias defuntas mumificadas ao longo de quase dois séculos continuem a impedir o desenvolvimento da técnica jurídica e a impedir a materialização das transformações e do desenvolvimento social que a nação reclama.

2. TIPOS DE ESTADO

2.1 Estado Liberal

O Liberalismo, corrente de pensamento predominante na Europa e nas treze colônias da América do Norte a partir do final do Século XVIII, na passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito, defendia a mínima participação estatal na economia e, no cenário político, a participação dos diversos setores sociais em assuntos como a criação e aumento de tributos, declaração de guerra e paz e gastos com a própria manutenção da estrutura institucional estatal.

Assim, o pensamento liberal servia principalmente aos ideais da classe burguesa, que buscava maior liberdade para o desenvolvimento de seus negócios, mediante a expansão do seu poder econômico para o campo político. Contrapunha-se a burguesia à grande intervenção estatal que caracterizava as monarquias do Antigo Regime, com todas as suas consequências indesejáveis, tais como a alta tributação destinada ao sustento da nobreza e de um Estado cujo tamanho mostrava-se incompatível com a crescente busca pelo crescimento dos lucros.

Nesse sentido, verifica-se a lição de Dalmo de Abreu Dallari acerca deste momento na história norte-americana:

Como não poderia deixar de acontecer, em face das circunstâncias políticas e das teorias filosófico-políticas predominantes, na elaboração da primeira Constituição escrita, aprovada pelos representantes do povo das antigas colônias inglesas em 1787, houve influência da concepção racionalista de direito natural, mas também a preocupação, de ordem prática, com o estabelecimento de um mecanismo de governo que impedisse tentativas absolutistas e desse garantia aos direitos, na sociedade de novo tipo que estava sendo criada. Embora a maior parte dos integrantes da nova sociedade estabelecida na América viesse das tradições inglesas, a maioria deles vinha da camada das pessoas comuns, sem títulos de nobreza, sem tradições de família e sem um grande patrimônio, e estava vivendo num ambiente de liberdade que não havia conhecido na Inglaterra. (...) ⁵

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos: Da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo : Editora Saraiva, 2010, p. 27.

Sobre a experiência constitucionalista francesa, discorre o autor supracitado, nos seguintes termos:

O que se pode concluir é que a orientação adotada pelos franceses levou à definição de uma concepção política de Constituição, embora a forma seja de uma lei. (...) A Constituição seria uma espécie de manifesto político formal e solene, definindo um regime político, organizando o Poder Público e fixando as regras de participação do povo no exercício do poder político. Os direitos fundamentais reconhecidos devem ser proclamados na Constituição, como sinal de bons propósitos, mas tal proclamação não tem a força de obrigação jurídica para os governantes nem é suficiente como base para a reivindicação desses direitos por via judicial. (...) Essa é a concepção política de Constituição, referida por alguns juristas como teoria clássica do Direito Constitucional.

(...)

No ano de 1791 a França, cujos teóricos tinham exercido grande influência sobre os criadores da Constituição escrita, feita por uma assembleia de representantes. Os teóricos franceses haviam influenciado muito os principais líderes políticos dos Estados Unidos da América, mas logo depois foi a prática norte-americana que influenciou sobre a França.⁶

Concomitantemente a este fenômeno, ganhava força o movimento constitucionalista, que sustentava a necessidade de que cada Estado possuísse uma lei escrita, fundamental, que deveria estampar os seus elementos principais; esta lei seria a constituição, documento no qual deveriam estar previstos os procedimentos para a criação de leis e que deveriam condicionar a atuação estatal, inclusive do monarca.

Os teóricos da constituição, influenciados pelo pensamento liberal vigente, centravam suas preocupações principalmente na organização do estado e na definição de direitos individuais relacionados à propriedade, liberdade, igualdade e segurança. Tais direitos não poderiam ser restringidos, mas antes assegurados, pelo Estado. Desta forma garantir-se-ia a primazia das liberdades dos indivíduos frente às instituições que, durante toda a idade média e moderna haviam condicionado e restringido a liberdade da sociedade, em especial da burguesia.

Importa ressaltar que a este conjunto de direitos fundamentais, caracterizados pelo individualismo e pela rejeição da intervenção estatal na esfera

⁶ Idem, ibidem, p. 14 e 38.

econômica e social, a doutrina se refere como direitos de primeira geração, ou primeira dimensão, considerando-se que outros direitos fundamentais ainda seriam reconhecidos nas fases posteriores do desenvolvimento do constitucionalismo⁷.

Segundo os liberais, qualquer forma de intervenção do Estado na economia deveria ser a menor possível e apenas quando prevista em uma lei, uma vez que, por um lado, esta representava a vontade da maioria do povo e, por outro, já se acreditava que a segurança necessária ao desenvolvimento do mercado dependia do estabelecimento de regras prévias, claras e estáveis.

A lei sobressaía-se como a expressão da vontade política do povo, devendo ser produzida na forma previamente determinada na constituição, e pelos representantes do povo – os membros do Parlamento –, legitimando o exercício do poder, que era conferido não por um direito divino, mas pelo próprio ordenamento jurídico.

A respeito das constituições influenciadas pelo pensamento liberal, discorre J. J. Gomes Canotilho:

⁷ Pedro Lenza traz de forma objetiva a classificação encontrada na doutrina acerca das *gerações de direitos fundamentais*:

“A doutrina, dentre vários critérios, costuma classificar os direitos fundamentais em **gerações de direitos**, da seguinte forma:

- **Direitos Humanos de primeira geração**: alguns documentos históricos são marcantes para a configuração e emergência do que os autores chamam de direitos humanos de primeira geração (séculos XVII, XVIII e XIX): (1) Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”; (2) Paz de Westfália (1648); (3) *Habeas Corpus Act* (1679); (4) *Bill of Rights* (1688); (5) Declarações, seja a Americana (1776), ou a Francesa (1789). Mencionados direitos dizem respeito às **liberdades públicas e aos direitos políticos**, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de **liberdade**;

- **Direitos Humanos de segunda geração**: o momento histórico que os inspira e impulsiona é a Revolução Industrial européia, a partir do século XIX. Nesse sentido, em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o **cartista – Inglaterra** e a **Comuna de Paris** (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela 1ª Grande Guerra e pela fixação de **direitos sociais**. Isso fica evidenciado, dentre outros documentos, pela Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT). Portanto, os direitos humanos, ditos de segunda geração, privilegiam os **direitos sociais, culturais e econômicos**, correspondendo aos direitos de **igualdade**;

- **Direitos Humanos de terceira geração**: marcados pela alteração da sociedade, por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), as relações econômico-sociais se alteram profundamente. Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de **preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores**, só para lembrar aqui dois candentes temas. O **ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade**. (...) [Destques no original] LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10ª ed. São Paulo : Editora Método, 2006, p. 526.

(...) embora as constituições liberais não condensassem um código das liberdades económicas, o pensamento liberal considerou como princípio fundamental da constituição económica (implícita nos textos constitucionais liberais) o princípio de que, na dúvida, se devia optar pelo mínimo de restrições aos direitos fundamentais economicamente relevantes (propriedade, liberdade de profissão, indústria, comércio).⁸

Observa-se que, nesse primeiro momento do Estado de Direito, a repartição dos poderes dava ênfase ao poder normativo do Parlamento, justamente pela relevância dada à lei, como visto.

Por outro lado, a autonomia da vontade privada e o seu corolário, o contrato, que é o principal instrumento de efetivação dos negócios entre os particulares, assumiram posição de destaque, devendo ser protegidos como expressão da liberdade individual.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1993, p. 255.

2.2 Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*)

Com a Revolução Industrial, ocorrida em meados do Século XIX, observou-se o crescimento da produção de bens de consumo, amparada no aumento da capacidade produtiva decorrente da introdução de processos produtivos que aliavam a força de trabalho humano com as máquinas movidas a vapor (carvão) e, posteriormente petróleo e eletricidade.

A expansão industrial levou ao crescimento exponencial de uma nova classe social – o proletariado – visivelmente desfavorecida em relação à classe então dominante, não apenas econômica, mas também politicamente – a burguesia –, formada pelos proprietários dos meios de produção e beneficiários dos lucros viabilizados pelo liberalismo econômico.

Conforme visto no tópico anterior, as revoluções ocorridas no fim do Século XVIII e início do XIX propiciaram a tomada do poder político e, conseqüentemente, do Estado pela Burguesia, acarretando na identificação dos interesses estatais com o desta classe social.

Com o tempo, a disputa das nações industriais europeias e norte-americana por áreas de comércio para seus produtos industriais e fornecedoras de matérias-primas para sua indústria, conduziu as nações europeias à Primeira Guerra Mundial. Ao final desta, a Europa encontrava-se bastante enfraquecida, enquanto que os Estados Unidos, com sua indústria, fortaleceram-se, passando a dominar áreas de influência que antes pertenciam às nações europeias, e até mesmo a auxiliar no abastecimento ou no financiamento da reconstrução destes Estados.

A predominância norte-americana, amplamente estruturada em torno de seu mercado financeiro (*Wall Street*), responsável por atrair o capital excedente e redirecioná-lo ao setor produtivo, sofreu um enorme abalo conforme os Estados da Europa voltaram a se reerguer, recuperando o poder de se abastecer e abastecer o que sobrara de suas áreas de influência. Com isto, houve uma significativa diminuição do espaço de consumo para os produtos norte-americanos, levando várias empresas americanas à falência e gerando instabilidade no mercado, o que desembocou na

primeira grande quebra da Bolsa de Valores em *Wall Street*, conhecida como *Crash de 1929*, e iniciou um período nos Estados Unidos que ficou conhecido como *Grande Depressão*.

Segundo Luiz Carlos Bresser Pereira:

A Grande Depressão, embora uma crise do mercado, foi também uma crise do estado liberal. Esta crise provocou o surgimento do estado social, que no século vinte procurou proteger os direitos sociais e promover o desenvolvimento econômico, assumindo, na realização desse novo papel, três formas: a do Estado do Bem-Estar nos países desenvolvidos, principalmente na Europa, a do Estado Desenvolvimentista nos países em desenvolvimento, e a do Estado Comunista nos países em que o modo de produção estatal tornou-se dominante.⁹

Estas transformações provocaram uma certa relativização dos direitos de propriedade e de liberdade, que possuíam proeminência no Estado Liberal, bem como da força obrigatória do contrato, e o aparecimento de uma nova leva de direitos, os sociais e econômicos, também conhecidos como *direitos de segunda geração*.

Trata-se de direitos relacionados à educação, saúde, moradia, cultura, trabalho e seguridade social (previdência e assistência social), os quais demonstravam características distintas daqueles previstos nas constituições liberais, na medida em que dependiam de uma atuação positiva por parte do Estado para que fossem implementados. Daí porque se fala na sua natureza *prestacional*.

Assim, distinguiram-se dos direitos civis e políticos, os quais – para serem implementados – precisavam apenas do reconhecimento por meio de uma norma jurídica e uma postura passiva por parte do Estado, que deveria somente adotar as medidas necessárias para protegê-los.

Destarte, as ideias liberais, que defendiam que a intervenção estatal na economia deveria ser mínima, começaram a ser revistas, passando-se a exigir do

⁹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Brasília : Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. **Cadernos MARE da reforma do estado**, v. 1.

Estado cada vez mais uma postura ativa, consistente na prestação de serviços e atividades com a finalidade de assegurar os novos direitos em voga.

Nos Estados Unidos, adotou-se a expressão *Welfare State*, ou *Estado do Bem-Estar Social*, para denominar este fenômeno.

Além da esfera dos serviços públicos, a atuação estatal avolumou-se também no domínio econômico, justificando-se, em favor do interesse público, a limitação da liberdade individual, por meio do maior exercício do poder de polícia e até mesmo pela intervenção direta do Estado nesta seara, por meio de órgãos, autarquias ou empresas estatais.

Isto se refletia nas constituições editadas nesse período, que se preocupavam em dedicar capítulos e artigos exclusivos à ordem econômica. É o caso das Constituições do México de 1917, de Weimar (1919) e a brasileira de 1934, que não impediam, mas, ao contrário, determinavam a intervenção estatal na economia, com vistas ao alcance dos ideais de bem-estar social.

Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, o período intervencionista produziu o crescimento do aparelhamento administrativo e o fortalecimento do Poder Executivo, pela assunção das atribuições acima mencionadas, e, com isto, o poder de baixar regulamentos autônomos, medidas provisórias, decretos-lei e, ainda, a participação no processo legislativo¹⁰.

Acrescenta a autora:

Sob o ponto de vista do princípio da legalidade, várias alterações se verificaram: a lei perdeu o prestígio de que desfrutava no período anterior (...); além disso, a lei passou a ser encarada em seu aspecto puramente formal, gerando um controle judicial também apenas formal, e deixou de ser vista como instrumento de garantia dos direitos individuais. Ocorreu a instrumentalização do direito, porque utilizado como meio de ação do Estado.

De outro lado, é possível apontar alguns pontos positivos com relação à evolução do princípio da legalidade: em primeiro lugar, passou-se a exigir a submissão de toda a Administração Pública à lei, substituindo-

¹⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte : Editora Fórum, 2009, p. 32.

se a anterior doutrina da vinculação negativa pela *doutrina da vinculação positiva da Administração à lei*, significando-se, com isto, que a Administração só pode fazer o que a lei permite. A discricionariedade deixou de ser poder político e passou a ser poder jurídico, tendo em vista que não mais se reconhece a existência de espaço livre de atuação administrativa. Toda a atuação da Administração submete-se ao princípio da legalidade. Só que a legalidade, no caso, passou a abranger os atos normativos editados pelo Poder Executivo, com força de lei, tal como os regulamentos autônomos. As leis delegadas, os decretos-leis, as medidas provisórias.¹¹ [Destques no original]

Como se nota, a esfera de atuação particular passou a ser moldada em face de uma maior intervenção na economia por parte do Estado; por outro lado, este somente poderia praticar tais atos sob os auspícios e nos limites determinados no ordenamento jurídico. Daí porque se diz que o princípio da legalidade adquiriu novos contornos, abrangendo novas espécies normativas que passaram a dirigir algumas condutas dos particulares – interferindo, assim, na autonomia da vontade privada – como conduzindo e atuação administrativa, que dependia da lei para se perfazer.

¹¹ Idem, ibidem, p. 32.

2.3 Estado Regulador

Em meio à crise do Estado do Bem-Estar, pregando a redução do tamanho do aparelhamento estatal, nasceu a corrente que defendia o chamado *neoliberalismo*, isto é, o retorno de algumas das ideias liberais, que consistiam precipuamente no restabelecimento das liberdades individuais restringidas naquele período.

Com efeito, diante das inúmeras obrigações impostas pelas constituições editadas do início do Século XX em diante, nos moldes do Estado de Direito Social, a intervenção do Estado no domínio econômico experimentou um enorme crescimento, para que pudesse prover aos cidadãos diversos direitos sociais então reconhecidos, quer por meio da prestação de serviços públicos, quer pela exploração de atividades econômicas, sob a forma de monopólios, que poderiam ser perfeitamente exploradas pela iniciativa privada.

No Brasil, a Constituição de 1988 marcou a institucionalização do processo de redemocratização, de modo que seu texto primou por assegurar direitos característicos do Estado Democrático de Direito, tais como os mecanismos de participação popular no poder, a previsão do princípio da publicidade para a Administração Pública e o direito à informação, o remédio constitucional do *habeas data*, entre outros.

Por outro lado, um Título inteiro foi dedicado à ordem econômica (*Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira*), que se estende entre os artigos 170 a 192, indicando expressamente os princípios sobre os quais esta se encontra fundada, destacando-se aqueles previstos no artigo 170, quais sejam, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, a existência digna de todos os indivíduos, a justiça social, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego¹².

¹² **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - soberania nacional;

Diante das diversas passagens em que a Constituição Federal traz regras sobre a ordem econômica, bem como após as inúmeras emendas constitucionais editadas, mostra-se uma tarefa complexa afirmar se houve ou não, no Brasil, a instauração de um Estado verdadeiramente neoliberal. Além disso, há que se ressaltar a longa lista de direitos sociais contida na Constituição de 1988, ao lado de princípios como o da justiça social e da inclusão social, que guiam a atuação do Estado, tanto no plano legislativo quanto no administrativo.

Conforme Luiz Carlos Bresser Pereira, o neoliberal defende que “o Estado deve limitar-se a garantir a propriedade e os contratos, devendo, portanto, desvencilhar-se de todas as suas funções de intervenção no plano econômico e social”¹³.

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Brasília : Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. **Cadernos MARE da reforma do estado**, v. 1.

Sobre a crise do Estado Intervencionista e a revisita ao pensamento liberal, evidentemente revestido de novas ideias, razão pela qual esta corrente passaria a ser denominada neoliberal, o autor ensina que:

“(…) Nos anos 50, tornou-se lugar comum a idéia de que o Estado tinha um papel estratégico na promoção do progresso técnico e da acumulação de capital, além de lhe caber a responsabilidade principal pela garantia de uma razoável distribuição de renda. Entretanto, estes êxitos levaram a um crescimento explosivo do Estado não apenas na área da regulação, mas também no plano social e no plano empresarial. (...)

Ora, como sempre acontece, com o crescimento, com o aumento de sua capacidade de arrecadação de impostos e de suas transferências, aos poucos as distorções começaram a aparecer. (...) Na realização das atividades exclusivas de Estado e principalmente no oferecimento dos serviços sociais de educação e saúde, a administração pública burocrática, que se revelara efetiva em combater a corrupção e o nepotismo no pequeno Estado Liberal, demonstrava agora ser ineficiente e incapaz de atender com qualidade as demandas dos cidadãos-clientes no grande Estado Social do século vinte, tornando necessária sua substituição por uma administração pública gerencial. (...)

Por outro lado, o processo de globalização (...) levou a um enorme aumento do comércio mundial, dos financiamentos internacionais e dos investimentos diretos das empresas multinacionais. (...) transformou a competitividade internacional em condição de sobrevivência para o desenvolvimento econômico de cada país. (...) A globalização impôs, assim, uma dupla pressão sobre o Estado: de um lado representou um desafio novo – o papel do Estado é proteger seus cidadãos, e essa proteção estava agora em cheque; de outro lado, exigiu que o Estado que agora precisava ser mais forte para enfrentar o desafio, se tornasse também mais barato, mais

Logo, não haveria aqui a implantação de uma visão neoliberal, uma vez que, embora se tenha retornado a um pensamento que rejeita uma excessiva intervenção do Estado na economia, ao mesmo tempo não mais se admite que este se afaste do domínio econômico de forma absoluta, como se via na época da implantação do Estado de Direito, quando vigoravam os ideais liberais.

Deste modo, visualiza o autor a “implantação de uma administração pública gerencial”, bem como uma reforma que, em suas palavras, significou a transição “de um Estado que promove diretamente o desenvolvimento econômico e social para um Estado que atue como regulador e facilitador ou financiador a fundo perdido desse desenvolvimento”¹⁴. Este Estado gerencial corresponde, no plano do direito econômico, ao que a doutrina se refere como *Estado Regulador*, que foi sendo implantado no Brasil mediante a chamada “Reforma do Estado”, com fulcro no próprio texto constitucional, que elegeu a livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil¹⁵, e como um dos princípios da ordem econômica, como visto.

Com o objetivo de implementar mecanismos hábeis a viabilizar a exploração de inúmeras atividades econômicas e serviços públicos em regime de

eficiente na realização de suas tarefas, para aliviar o seu custo sobre as empresas nacionais que concorrem internacionalmente.”

¹⁴ Idem, *ibidem*. Esclarece, ainda, Luiz Carlos Bresser Pereira: “Delineia-se, assim, o Estado do século vinte-e-um. Não será, certamente, o Estado Social-Burocrático, porque foi esse modelo de Estado que entrou em crise, não será também o Estado Neoliberal sonhado pelos conservadores, porque não existe apoio político nem racionalidade econômica para a volta a um tipo de Estado que prevaleceu no século dezenove. Nossa previsão é a de que o Estado do século vinte-e-um será um Estado Social-Liberal: social porque continuará a proteger os direitos sociais e a promover o desenvolvimento econômico; liberal, porque o fará usando mais os controles de mercado e menos os controles administrativos, porque realizará seus serviços sociais e científicos principalmente através de organizações públicas não-estatais competitivas, porque tornará os mercados de trabalhos mais flexíveis, porque promoverá a capacitação dos seus recursos humanos e de suas empresas para a inovação e a competição internacional.”

¹⁵ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [grifo inserido]

concorrência, porém sempre com amparo no interesse público, a aludida reforma contou com mecanismos de intervenção indireta do Estado na economia, por meio da criação de entidades paraestatais, denominadas *agências*, competentes para editar normas específicas para determinados setores de atuação, bem como fiscalizar a atuação dos agentes econômicos e concessionários/permissionários de serviços públicos em cada um destes setores. Daí a nomenclatura “Estado Regulador”.

A redução do tamanho do Estado, com a restrição da atuação estatal direta nos domínios social e econômico, deu-se pela privatização de empresas estatais que haviam sido criadas para prestar serviços públicos ou explorar atividades econômicas, bem como pela quebra de monopólios estatais em tais setores.

Observa-se, então, o alargamento do princípio da legalidade, que passa a abarcar a noção de um Poder Executivo cada vez mais dotado de poderes normativos, e de normas veiculadas por entidades da Administração Pública indireta, disciplinando as relações entre os particulares, ou entre estes e o próprio Estado, em diversos campos da vida social e econômica.

Discorrendo sobre a evolução do princípio da legalidade nesse contexto, explica Maria Sylvia Zanella di Pietro que as Constituições da República Federal da Alemanha de 1949, da Espanha de 1958, da França do mesmo ano, e a de Portugal de 1978, deram grande importância aos princípios gerais de direito explícitos ou que decorriam implicitamente do texto constitucional.

E complementa:

Essa valorização dos princípios permitiu a adoção da fórmula de Estado Democrático, adotada na Constituição do Brasil, de 1988, no preâmbulo e no artigo 1º, com desdobramento em outros dispositivos, ricos na menção a princípios, tais como os dos artigos 1º a 4º, além de outros que consagram, expressa ou implicitamente, os princípios da economicidade, da moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, motivação, razoabilidade, devido processo legal.

A consequência foi nova ampliação do princípio da legalidade, que passou a abranger, não apenas as leis e atos normativos do Executivo com força de lei, mas também os valores e princípios contidos de forma expressa ou implícita na Constituição. A lei recuperou o seu conteúdo axiológico. Com isto, houve nova redução da discricionariedade

administrativa, tendo em vista que a mesma diminui na mesma proporção em que se amplia a idéia de legalidade.

(...) Todas essas características e tendências permitem falar da regulação como novo tipo de direito, caracterizado como sendo negociado, flexível, indicativo. Porém, é um direito que convive com as formas tradicionais de produção legislativa, que apresentam o já mencionado caráter de imperatividade, generalidade, abstração.

Ante todo o exposto, nota-se que o modo de atuação ou intervenção do Estado nos domínios social e econômico foi se modificando no decorrer dos últimos pouco mais de duzentos anos, por vezes restringindo-se a níveis mínimos, e por outras ampliando-se significativamente; do mesmo modo, os mecanismos econômicos e jurídicos inerentes a tal atuação variam conforme a intensidade com que esta ocorre, e a época em que ocorre.

3. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

3.1 Conceito e Composição

Adotar-se-á, a fim de delimitar o objeto do presente capítulo, o conceito de sistema financeiro adotado por Sidnei Turczyn. Cumpre alertar, entretanto, que este autor utiliza a terminologia “sistema monetário-financeiro”, pois pretende enfatizar as funções deste sistema. Segundo o seu conceito, o sistema monetário-financeiro é:

(...) aquele que engloba tanto a atividade pública (consistente, basicamente, da emissão de moeda, controle do crédito e execução das políticas públicas no âmbito financeiro, o que, em conjunto, se pode designar por atividade monetária) quanto a atividade das instituições financeiras na concessão de crédito (que se pode designar por atividade financeira).¹⁶

O sistema financeiro nacional é objeto do Capítulo IV do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, da Constituição Federal de 1988, a qual, diferentemente das constituições anteriores após 1934, segundo lembra Sidnei Turczyn, houve por bem desmembrar a ordem econômica e financeira (tratada no Título VII) da ordem social (tratada no Título VIII)¹⁷.

O referido Capítulo IV – Do sistema financeiro nacional é composto de um único artigo (192), que estabelece que são objetivos do *sistema financeiro nacional* o desenvolvimento equilibrado do país, bem como servir aos interesses da coletividade, sendo regulado por leis complementares¹⁸.

Desde a promulgação da Constituição, até o presente momento, não foi editada nenhuma lei complementar acerca da estruturação do sistema financeiro nacional. Logo, pode-se afirmar que a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 – que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, e cria o Conselho Monetário Nacional –, não só permanece em plena vigência nesta seara,

¹⁶ TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 78.

¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 113.

¹⁸ **Art. 192.** O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

como, para desempenhar esta tarefa, foi recepcionada pela Constituição de 1988 com o status de *lei complementar*.

Segundo Nelson Eizirik, Ariadna B. Gaal, Flávia Parente e Marcus de Freitas Henriques, a função do sistema financeiro, em uma economia de mercado, é, principalmente, desempenhar a atividade de *intermediação financeira* ou *intermediação do crédito*, que consiste em viabilizar a aplicação de recursos dos agentes superavitários em poupanças, e a obtenção de recursos para os projetos de investimento dos agentes econômicos deficitários. Contudo, alertam os autores que inúmeras outras atividades são paralelamente exercidas pelas instituições subordinadas ao sistema financeiro, tais como arrendamento mercantil, compra e venda de moeda estrangeira, intermediação na compra e venda de valores mobiliários, *underwriting* de valores mobiliários, administração de fundos de investimento, e aquelas acessórias à intermediação do crédito (nessa categoria, citam como exemplo, a cobrança de títulos, o aluguel de cofres de segurança, as transferências eletrônicas e a custódia de títulos)¹⁹.

De acordo com os citados doutrinadores, o sistema financeiro é segmentado em quatro subsistemas, quais sejam o mercado de crédito, o monetário, o cambial e o mercado de capitais, os quais possuem as seguintes características:

No mercado de crédito, são realizadas as operações bancárias típicas, acima mencionadas, de captação de recursos e de seu empréstimo, para o financiamento do consumo corrente, de bens duráveis e do capital de giro para as empresas.

(...)

No mercado monetário (*open market*), são realizadas operações de curto ou curtíssimo prazo com títulos públicos. Ao emitir títulos da dívida pública, colocando-os no mercado, sem necessidade de intermediação financeira, as autoridades monetárias atuam sobre o nível de liquidez da economia: (...)

No mercado cambial, são efetuadas operações de curto prazo, de compra e venda de moeda estrangeira, sendo sempre necessária a intermediação de instituições financeiras, que se destinam a viabilizar o fluxo de capitais para dentro e para fora do País. (...)

Já no mercado de capitais (ou mercado de valores mobiliários), são efetuadas operações que não apresentam a natureza de negócios creditícios, mas que visam, basicamente, a canalizar recursos para as entidades emissoras – principalmente sociedades anônimas abertas –, através de capital de risco, mediante a emissão pública de valores

¹⁹ Eizirik, Nelson; Gaal, Ariadna B.; Parente, Flávia; Henriques, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais – regime jurídico**. 2ª ed. Revisada e atualizada. Rio de Janeiro : Renovar, 2008. p. 4, 6/7.

mobiliários. Enquanto nas operações bancárias típicas são realizadas operações de financiamento, de empréstimos, no mercado de capitais ocorrem principalmente negócios de “participação”, uma vez que o retorno do investimento por parte do acionista está em regra relacionado à lucratividade da companhia emissora dos títulos.²⁰

O artigo 1º da citada Lei nº 4.595/1964 define a composição do sistema financeiro nacional: Conselho Monetário Nacional, Banco Central da República do Brasil, Banco Central do Brasil, do Banco do Brasil S.A., do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, e demais instituições financeiras públicas e privadas²¹.

O Conselho Monetário Nacional, figura que ocupa o topo do sistema financeiro nacional, é um órgão da Administração Pública Direta, que tem a finalidade de formular a política da moeda e do crédito, com vistas ao progresso econômico do país. É formado por três membros: passa a ser integrado pelos seguintes membros: Ministro de Estado da Fazenda, na qualidade de Presidente; Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão; Presidente do Banco Central do Brasil²².

Entretanto, destaca-se neste organograma o Banco Central do Brasil, instituição criada pela citada Lei nº 4.595/1964, sob a forma de autarquia da Moeda e do Crédito, com as atribuições de formulação, execução, acompanhamento e controle das políticas monetária, cambial, de crédito e de relações financeiras com o exterior, bem como organização, disciplina e fiscalização do Sistema Financeiro Nacional e,

²⁰ Idem, ibidem. p. 7/8.

²¹ **Art. 1º** O sistema Financeiro Nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído: I - do Conselho Monetário Nacional; II - do Banco Central da República do Brasil; III - do Banco Central do Brasil; (Redação dada pelo Del nº 278, de 28/02/67) IV - do Banco do Brasil S. A.; V - do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; VI - das demais instituições financeiras públicas e privadas.

²² Diz a Lei nº 4.595/1964:

Art. 2º Fica extinto o Conselho da atual Superintendência da Moeda e do Crédito, e criado em substituição, o Conselho Monetário Nacional, com a finalidade de formular a política da moeda e do crédito como previsto nesta lei, objetivando o progresso econômico e social do país.

Por outro lado, a composição do CMN é dada pela Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, que dispõe sobre o Plano Real e sobre o Sistema Monetário Nacional, a seguir transcrita em parte:

Art. 8º O Conselho Monetário Nacional, criado pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a ser integrado pelos seguintes membros:

I - Ministro de Estado da Fazenda, na qualidade de Presidente;

II - Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão;

III - Presidente do Banco Central do Brasil.

finalmente gestão do Sistema de Pagamentos Brasileiro e dos serviços do meio circulante²³.

Devido à sua natureza autárquica, o Banco Central é uma pessoa jurídica de direito público, titular de interesses públicos, e dotada das seguintes características, apontadas por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Sendo como são, pessoas jurídicas, as autarquias gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou; não são subordinadas a órgão algum do Estado, mas apenas controladas, como ao diante melhor se esclarece. Constituindo-se em centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado, seus assuntos são assuntos próprios; seus negócios, negócios próprios; seus recursos, não importa se oriundos de trespasse estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram recursos e patrimônio próprios, de tal sorte que desfrutam de “autonomia” financeira, tanto como administrativa; ou seja, suas gestões administrativa e financeira necessariamente são de suas próprias alçadas – logo, descentralizadas.²⁴

Todavia, o Banco Central diferencia-se do clássico modelo de autarquia definido no Decreto-Lei nº 200, de fevereiro de 1967²⁵ – que, dentre outras providências, dispõe sobre a organização da Administração Federal –, na medida em que não presta serviços públicos, possui maior grau de independência em relação ao Poder Executivo, e é competente, conforme veremos adiante, para desempenhar funções regulatórias, em relação às empresas particulares ou estatais (empresas públicas ou sociedades de economia mista) que exercem atividades econômicas consideradas como aquelas do setor financeiro.

²³ Conforme o Regimento Interno do Banco Central do Brasil, 2ª edição – 5ª atualização, veiculado pela Portaria nº 67.022, de 6.9.2011 – Voto CMN nº 084/2011, aprovado em 24.8.2011 (Voto BCB nº 179/2011, de 3.8.2011): **Art. 1º** O Banco Central do Brasil, criado pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, com sede e foro na Capital da República e atuação em todo o território nacional.

Art. 2º O Banco Central tem por finalidade a formulação, a execução, o acompanhamento e o controle das políticas monetária, cambial, de crédito e de relações financeiras com o exterior; a organização, disciplina e fiscalização do Sistema Financeiro Nacional; a gestão do Sistema de Pagamentos Brasileiro e dos serviços do meio circulante.

Art. 3º As competências do Banco Central estão definidas no art. 164 da Constituição Federal, na Lei nº 4.595, de 1964, e em legislação complementar.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 161.

²⁵ **Art. 5º** Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. (...)

Dadas estas distinções observadas em comparação com as demais autarquias, diz-se que o Banco Central é uma *autarquia sob regime especial*.

Entretanto, apesar das várias características em comum, não se confunde com o grupo de autarquias sob regime especial denominadas de agências reguladoras, e cuja instituição e funcionamento, no âmbito federal, deve obedecer à Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras.

Em comum com as agências reguladoras, o Banco Central apresenta, em primeiro lugar, as competências regulatórias específicas afeitas a um determinado setor da economia, no caso, o setor bancário. Além disso, o seu Regimento Interno contém algumas disposições que, à semelhança da citada Lei nº 9.986/2000, têm por fim assegurar um certo grau de independência e autonomia desta instituição em relação ao Poder Executivo, como, por exemplo, a forma de composição da sua diretoria, cujos membros são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros²⁶.

É o que defende Marcos Juruena Villela Souto:

A criação de órgãos e entidades dotados de maior autonomia também é prática de longa data conhecida no Brasil; o Banco Central – BACEN, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, no âmbito do ordenamento econômico, as Universidades, no âmbito do ordenamento social, bem como o Ministério Público, as Procuradorias dos Estados e os Tribunais de Contas, no âmbito do controle, sempre foram dotados de uma maior autonomia. Em razão disso, os primeiros receberam a titulação de autarquias especiais, enquanto os últimos permaneceram despersonalizados.

(...) A segunda peculiaridade [das agências reguladoras] e relacionada ao critério de composição do colegiado. A agência é composta por autoridades escolhidas dentre pessoas com notório saber no segmento regulado, exatamente para se buscar o insumo técnico de orientação de suas atividades. Isso, no entanto, já se via no regime jurídico do CADE, do BACEN e do Tribunal de Contas. (...)

Uma vez indicadas pelo Poder Executivo, são submetidas ao controle parlamentar, num processo de legitimação política, para, então, serem

²⁶ **Art. 5º** A Diretoria Colegiada é composta por até nove membros, um dos quais o Presidente, todos nomeados pelo Presidente da República, entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, após aprovação pelo Senado Federal, sendo demissíveis *ad nutum*.

nomeadas. Isso também ocorre no BACEN e no caso de outras autoridades contempladas no art. 52, VII, da CF, cuja nomeação é precedida da necessidade de sabatina e aprovação pelo Senado Federal (ou das casas Legislativas dos Estados e Municípios).²⁷

O Banco do Brasil S.A. e o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico são instituições financeiras especiais, eis que dotadas de atribuições e prerrogativas incomuns às demais instituições financeiras, as quais lhes vinculam ao atendimento de determinadas tarefas específicas relacionadas às políticas adotadas pela União. São constituídas sob a forma de empresas estatais – o primeiro é uma sociedade de economia mista, e o segundo, uma empresa pública.

São características principais do Banco do Brasil, além das inerentes às instituições financeiras em geral, a sua condição de *agente financeiro do tesouro nacional*²⁸, e de principal executor dos serviços bancários de interesse da União. Por sua vez, o BNDES é, dentre as instituições financeiras públicas, o principal instrumento de execução de política de investimentos do governo federal, conforme disposto no artigo 23 da Lei nº 4.595/1964.

Finalmente, as instituições financeiras, também regulamentadas pela Lei nº 4.595/1964, são as pessoas jurídicas previamente autorizadas pelo Banco Central ou por decreto do Poder Executivo, quando estrangeiras, cuja atividade principal ou acessória seja, de forma permanente ou eventual, a coleta, a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros²⁹.

²⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Agências reguladoras e entidades similares**. In CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (orgs). **Curso de direito administrativo econômico**. v. III. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, p. 395 e 398.

²⁸ A condição de agente financeiro do Tesouro Nacional confere ao Banco do Brasil as tarefas de receber importâncias provenientes da arrecadação de tributos e outras rendas federais, realizar pagamentos e suprimentos necessários à execução do Orçamento Geral da União e leis complementares, dentre outras, nos termos do artigo 19, inciso I, da Lei nº 4.595/1964. Ainda, como executor dos serviços bancários de interesse da União, é responsável por receber em depósito, com exclusividade, as disponibilidades de quaisquer entidades federais (artigo 19, inciso II, da citada lei).

²⁹ **Art. 17.** Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

Dividem-se em privadas ou públicas³⁰, sendo que estas são criadas exclusivamente com a finalidade de auxiliar a União, ou os Estados-membros a que estiverem vinculadas, no caso de instituições financeiras estaduais, na execução de suas políticas de crédito.

Vale registrar que os setores de seguros privados e de previdência complementar, embora apresentem alguns pontos de intersecção com o sistema financeiro nacional, integram microssistemas à parte, sendo regulados por órgãos específicos dentro destes microssistemas: o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e o Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC), disciplinados pelo Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e pelo Decreto nº 7.123, de 05 de março de 2010, respectivamente.

Tendo em vista que o tema deste trabalho concerne à regulação da atividade bancária no Brasil, apenas serão analisadas as instituições financeiras vinculadas ao Conselho Monetário Nacional, o Banco Central do Brasil, deixando-se de adentrar nas finalidades e competências destas duas instituições e outras entidades subordinadas ou relacionadas a elas.

Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras. (...)

³⁰ **Art. 22.** As instituições financeiras públicas são órgãos auxiliares da execução da política de crédito do Governo Federal. (...)

3.2 Competências do CMN e do BACEN

As funções do CMN e do Banco Central do Brasil destacam-se como precipuamente regulatórias, no âmbito do sistema financeiro nacional.

Nesse momento, cumpre esclarecer, mas sem adentrar de fato no tema, que será aprofundado nos capítulos seguintes, que não há, na doutrina, um conceito uníssono de *regulação*. Contudo, para este momento, cabe citar novamente os ensinamentos de Nelson Eizirik, Ariadna B. Gaal, Flávia Parente e Marcus de Freitas Henriques, a respeito da regulação no âmbito do sistema financeiro nacional, os quais destacam o caráter limitador da regulação, no desenvolvimento das atividades econômicas pelos agentes de determinado setor:

A regulação de determinada atividade importa o estabelecimento de limites à atuação dos agentes econômicos, que inexistem quando o mercado é inteiramente livre. Com efeito, num modelo puro de economia de livre mercado, a ordem jurídica não estabelece uma regulação da conduta dos participantes, restringindo-se a disciplinar os direitos de propriedade e as relações contratuais, sem, porém, limitar o direito do proprietário de usar o bem, ou estabelecer exigências com relação ao conteúdo dos contratos (preços mínimos ou cláusulas obrigatórias). Assim, as normas poderão ser tidas como reguladoras na medida em que limitem a liberdade dos participantes do mercado, quer quanto à conduta, quer quanto aos bens negociados.³¹

Como órgão superior do sistema financeiro nacional, o Conselho Monetário Nacional (CMN) é competente para elaborar as diretrizes gerais daquele. Entre os objetivos das políticas formuladas pelo CMN, os quais se encontram previstos no artigo 3º da Lei nº 4.595/1964, destacam-se: regular o valor interno e externo da moeda, orientar a aplicação dos recursos das instituições financeiras, propiciar o aperfeiçoamento das instituições e instrumentos financeiros, zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras, coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária e da dívida pública interna e externa.

Para alcançar estes objetivos, o artigo 4º da Lei nº 4.595/1964, em especial, concentra as atribuições regulatórias do CMN³², dentre as quais podem ser

³¹ Idem, *ibidem*, p. 13.

³² **Art. 4º** Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

I - Autorizar as emissões de papel-moeda (Vetado) as quais ficarão na prévia dependência de autorização legislativa quando se destinarem ao financiamento direto pelo Banco Central da República do Brasil, das operações de crédito com o Tesouro Nacional, nos termos do artigo 49 desta Lei.

O Conselho Monetário Nacional pode, ainda autorizar o Banco Central da República do Brasil a emitir, anualmente, até o limite de 10% (dez por cento) dos meios de pagamentos existentes a 31 de dezembro do ano anterior, para atender as exigências das atividades produtivas e da circulação da riqueza do País, devendo, porém, solicitar autorização do Poder Legislativo, mediante Mensagem do Presidente da República, para as emissões que, justificadamente, se tornarem necessárias além daquele limite.

Quando necessidades urgentes e imprevistas para o financiamento dessas atividades o determinarem, pode o Conselho Monetário Nacional autorizar as emissões que se fizerem indispensáveis, solicitando imediatamente, através de Mensagem do Presidente da República, homologação do Poder Legislativo para as emissões assim realizadas:

II - Estabelecer condições para que o Banco Central da República do Brasil emita moeda-papel (Vetado) de curso forçado, nos termos e limites decorrentes desta Lei, bem como as normas reguladoras do meio circulante;

III - Aprovar os orçamentos monetários, preparados pelo Banco Central da República do Brasil, por meio dos quais se estimarão as necessidades globais de moeda e crédito; IV - Determinar as características gerais (Vetado) das cédulas e das moedas;

V - Fixar as diretrizes e normas da política cambial, inclusive quanto a compra e venda de ouro e quaisquer operações em Direitos Especiais de Saque e em moeda estrangeira;

VI - Disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras;

VII - Coordenar a política de que trata o art. 3º desta Lei com a de investimentos do Governo Federal;

VIII - Regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas;

IX - Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover: - recuperação e fertilização do solo; - reflorestamento; - combate a epizootias e pragas, nas atividades rurais; - eletrificação rural; - mecanização; - irrigação; - investimento indispensáveis às atividades agropecuárias;

X - Determinar a percentagem máxima dos recursos que as instituições financeiras poderão emprestar a um mesmo cliente ou grupo de empresas;

XI - Estipular índices e outras condições técnicas sobre encaixes, mobilizações e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas instituições financeiras;

XII - Expedir normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas instituições financeiras;

XIII - Delimitar, com periodicidade não inferior a dois anos o capital mínimo das instituições financeiras privadas, levando em conta sua natureza, bem como a localização de suas sedes e agências ou filiais;

XIV - Determinar recolhimento de até 60% (sessenta por cento) do total dos depósitos e/ou outros títulos contábeis das instituições financeiras, seja na forma de subscrição de letras ou obrigações do Tesouro Nacional ou compra de títulos da Dívida Pública Federal, seja através de recolhimento em espécie, em ambos os casos entregues ao Banco Central do Brasil, na forma e condições que o Conselho Monetário Nacional determinar, podendo este: a) adotar percentagens diferentes em função: - das regiões geo-econômicas; - das prioridades que atribuir às aplicações; - da natureza das instituições financeiras; b) determinar percentuais que não serão recolhidos, desde que tenham sido reaplicados em financiamentos à agricultura, sob juros favorecidos e outras condições fixadas pelo Conselho Monetário Nacional.

XV - Estabelecer para as instituições financeiras públicas, a dedução dos depósitos de pessoas jurídicas de direito público que lhes detenham o controle acionário, bem como dos das respectivas autarquias e sociedades de economia mista, no cálculo a que se refere o inciso anterior;

XVI - (Vetado)

XVII - Regulamentar, fixando limites, prazos e outras condições, as operações de redesconto e de empréstimo, efetuadas com quaisquer instituições financeiras públicas e privadas de natureza bancária;

XVIII - Outorgar ao Banco Central da República do Brasil o monopólio das operações de câmbio quando ocorrer grave desequilíbrio no balanço de pagamentos ou houver sérias razões para prever a iminência de tal situação;

XIX - Estabelecer normas a serem observadas pelo Banco Central da República do Brasil em suas transações com títulos públicos e de entidades de que participe o Estado;

citadas a regulação da constituição, funcionamento e fiscalização, bem como aplicação de penalidades aos que exercem atividades subordinadas a esta lei; a limitação de taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros; a regulamentação de prazos e outras condições para as operações de redesconto e de empréstimo, efetuadas com quaisquer instituições financeiras públicas e privadas de natureza bancária; a expedição de normas para as operações das instituições financeiras públicas, para preservar sua solidez e adequar seu funcionamento aos objetivos desta lei; e a regulação das operações de câmbio, inclusive *swaps*, fixando limites, taxas.

O Banco Central, por sua vez, é o principal executor das orientações do Conselho Monetário Nacional e responsável por garantir o poder de compra da moeda nacional³³. É de se notar que, além das funções regulatórias e fiscalizatórias que possui, o Banco Central detém o monopólio da emissão de moeda, razão pela qual constitui a *autoridade monetária* no país.

XX - Autoriza o Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas federais a efetuar a subscrição, compra e venda de ações e outros papéis emitidos ou de responsabilidade das sociedades de economia mista e empresas do Estado;

XXI - Disciplinar as atividades das Bolsas de Valores e dos corretores de fundos públicos;

XXII - Estatuir normas para as operações das instituições financeiras públicas, para preservar sua solidez e adequar seu funcionamento aos objetivos desta lei;

XXIII - Fixar, até quinze (15) vezes a soma do capital realizado e reservas livres, o limite além do qual os excedentes dos depósitos das instituições financeiras serão recolhidos ao Banco Central da República do Brasil ou aplicados de acordo com as normas que o Conselho estabelecer;

XXIV - Decidir de sua própria organização; elaborando seu regimento interno no prazo máximo de trinta (30) dias; XXV - Decidir da estrutura técnica e administrativa do Banco Central da República do Brasil e fixar seu quadro de pessoal, bem como estabelecer os vencimentos e vantagens de seus funcionários, servidores e diretores, cabendo ao Presidente deste apresentar as respectivas propostas;

XXVI - Conhecer dos recursos de decisões do Banco Central da República do Brasil;

XXVII - aprovar o regimento interno e as contas do Banco Central do Brasil e decidir sobre seu orçamento e sobre seus sistemas de contabilidade, bem como sobre a forma e prazo de transferência de seus resultados para o Tesouro Nacional, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União.

XXVIII - Aplicar aos bancos estrangeiros que funcionem no País as mesmas vedações ou restrições equivalentes, que vigorem nas praças de suas matrizes, em relação a bancos brasileiros ali instalados ou que nelas desejem estabelecer - se;

XXIX - Colaborar com o Senado Federal, na instrução dos processos de empréstimos externos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para cumprimento do disposto no art. 63, nº II, da Constituição Federal;

XXX - Expedir normas e regulamentação para as designações e demais efeitos do art. 7º, desta lei.

XXXI - Baixar normas que regulem as operações de câmbio, inclusive *swaps*, fixando limites, taxas, prazos e outras condições.

XXXII - regular os depósitos a prazo de instituições financeiras e demais sociedades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, inclusive entre aquelas sujeitas ao mesmo controle acionário ou coligadas.

³³ <http://www.bcb.gov.br/Pre/composicao/bacen.asp>.

São suas missões, de acordo com o artigo 2º do seu Regimento Interno, formular, executar, acompanhar e controlar as políticas monetária, cambial, de crédito e de relações financeiras com o exterior, bem como a organização, disciplina e fiscalização do sistema financeiro nacional, a gestão do sistema de pagamentos brasileiro e dos serviços do meio circulante.

A existência de um banco central é prevista expressamente pela Constituição Federal, ao qual deverá são atribuídas as seguintes competências: (i) emissão de moeda; (ii) compra e venda de títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros; (iii) depositário das disponibilidades de caixa da União³⁴.

As demais competências do Banco Central encontram-se elencadas na Lei nº 4.595/1964³⁵, donde se percebe que, diferentemente das demais instituições

³⁴ **Art. 164.** A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central.

§1º É vedado ao banco central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira.

§2º O banco central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros.

§3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.

³⁵ **Art. 10.** Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

I - (Vetado)

II - Executar os serviços do meio-circulante;

III - determinar o recolhimento de até cem por cento do total dos depósitos à vista e de até sessenta por cento de outros títulos contábeis das instituições financeiras, seja na forma de subscrição de Letras ou Obrigações do Tesouro Nacional ou compra de títulos da Dívida Pública Federal, seja através de recolhimento em espécie, em ambos os casos entregues ao Banco Central do Brasil, a forma e condições por ele determinadas, podendo: (Incluído pela Lei nº 7.730, de 31.1.1989)

a) adotar percentagens diferentes em função:

1. das regiões geoeconômicas;
2. das prioridades que atribuir às aplicações;
3. da natureza das instituições financeiras;

b) determinar percentuais que não serão recolhidos, desde que tenham sido reaplicados em financiamentos à agricultura, sob juros favorecidos e outras condições por ele fixadas.

IV - Receber os recolhimentos compulsórios de que trata o inciso anterior e, ainda, os depósitos voluntários à vista das instituições financeiras, nos termos do inciso III e § 2º do art. 19.

V - Realizar operações de redesconto e empréstimos a instituições financeiras bancárias e as referidas no Art. 4º, inciso XIV, letra " b ", e no § 4º do Art. 49 desta lei;

VI - Exercer o controle do crédito sob todas as suas formas;

VII - Efetuar o controle dos capitais estrangeiros, nos termos da lei;

VIII - Ser depositário das reservas oficiais de ouro e moeda estrangeira e de Direitos Especiais de Saque e fazer com estas últimas todas e quaisquer operações previstas no Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional; (Redação dada pelo Del nº 581, de 14/05/69)

IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;

financeiras, este não exerce atividade bancária propriamente dita, nos moldes definidos no tópico anterior.

Com efeito, a Lei nº 4.595/1964 veda ao Banco Central realizar operações bancárias de qualquer natureza com outras pessoas de direito público ou privado, salvo as expressamente autorizadas por lei, devendo apenas operar com instituições financeiras públicas e privadas³⁶.

De acordo com Sidnei Turczyn:

Foi imposta ao Banco Central limitação legal de operar exclusivamente com instituições financeiras públicas e privadas, reafirmando, assim, sua vocação de atuar como “banco dos bancos”, vocação essa reafirmada pela vedação legal expressa (art. 12 da Lei 4.595/1964) de manter operações bancárias de qualquer natureza com outras pessoas de direito público ou privado, salvo as expressamente autorizadas por lei. Essas características deixam claro que, de “banco”, na acepção usual da palavra, o Banco Central possui apenas o nome, em razão de não exercer qualquer atividade bancária típica, como definido no início do presente trabalho.³⁷

Observa-se, portanto, que o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil ocupam posição fundamental na esfera do sistema financeiro nacional, de modo que, juntos, delimitam e regulamentam as atividades

X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: a) funcionar no País; b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior; c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas; d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários; e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento; f) alterar seus estatutos. g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.

XI - Estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, assim como para o exercício de quaisquer funções em órgãos consultivos, fiscais e semelhantes, segundo normas que forem expedidas pelo Conselho Monetário Nacional;

XII - Efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais;

XIII - Determinar que as matrizes das instituições financeiras registrem os cadastros das firmas que operam com suas agências há mais de um ano.

§1º No exercício das atribuições a que se refere o inciso IX deste artigo, com base nas normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, o Banco Central da República do Brasil, estudará os pedidos que lhe sejam formulados e resolverá conceder ou recusar a autorização pleiteada, podendo (Vetado) incluir as cláusulas que reputar convenientes ao interesse público.

§2º (Vetado)

³⁶ **Art. 12.** O Banco Central da República do Brasil operará exclusivamente com instituições financeiras públicas e privadas, vedadas operações bancárias de qualquer natureza com outras pessoas de direito público ou privado, salvo as expressamente autorizadas por lei.

³⁷ Idem, ibidem, p. 143.

desempenhadas pelos agentes econômicos subordinados à sua atuação, nos termos da legislação pertinente.

4. PODER NORMATIVO

O *poder normativo* ou *função normativa* do Estado constitui a sua prerrogativa de expedir normas de conduta gerais e abstratas, ou seja, dirigidas a todos aqueles que se encontram em determinada situação alcançada por aquela norma.

Este poder deverá ser exercido na forma disciplinada pela Constituição Federal e, conforme se verá, é atribuído tanto ao Poder Legislativo – que o detém como sua função típica – como aos Poderes Executivo e Judiciário – que o exercem de forma atípica. Neste trabalho será abordado o poder normativo atípico exercido pelo CMN e o BACEN, que são vinculados ao Poder Executivo.

O exercício desta atividade pelo Poder Legislativo assume feições próprias, não se confundindo com o poder normativo exercido pelas entidades administrativas vinculadas ao Poder Executivo. Com efeito, quando desempenhada pelo Poder Legislativo, tal função é denominada de *legislativa*, na medida em que visa à produção de normas específicas, chamadas *leis* ou *normas legais*.

A seu turno, o exercício do poder normativo pela Administração Pública dar-se-á, precipuamente, para disciplinar matéria não privativa de lei³⁸.

Nesse passo, importa distinguir a função *legislativa* da *administrativa*, o que deve ser feito com base em seus aspectos *formal* e *material*. Com apoio no primeiro aspecto, diz-se que a função legislativa é a atividade estatal consistente em elaborar *leis* em sentido amplo, exercida tipicamente pelo Poder Legislativo com a participação do Poder Executivo. O aspecto material da função legislativa diz respeito ao conteúdo do produto resultante da atividade normativa do Poder Legislativo, as leis em sentido amplo, as quais, dotadas quase sempre dos elementos *generalidade* e *abstração*, criam, modificam ou extinguem situações jurídicas.

³⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 134.

Por outro lado, a função administrativa é aquela exercida pelo Poder Executivo de forma típica, por meio da prática de *atos administrativos*, os quais se caracterizam, em oposição aos atos produzidos na seara da função legislativa, pela sua *especificidade e concretude*. O exercício da função administrativa abrange toda a atividade estatal residual (ou seja, aquela que não for legislativa nem jurisdicional, sendo esta a atividade típica do chamado Estado-juiz, representado pelo Poder Judiciário), destinada a atender às necessidades de planejamento, decisão, execução e controle do Estado, visando ao atendimento do interesse público³⁹.

Em um Estado de Direito, como o brasileiro, em respeito ao princípio da separação dos poderes, inserto expressamente na Constituição Federal⁴⁰, para qualquer ato que vá praticar (normativo ou não), a Administração Pública deverá fazê-lo na forma de lei previamente editada pelo Poder Legislativo. Nesse passo, ressalta Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Observe-se, contudo, que o *princípio da legalidade* – que demanda a necessária preexistência de *norma legal*, como um comando prévio, geral e abstrato ao qual se devem conformar os atos públicos – pressupõe a existência genérica de uma *expressão normativa do poder do Estado* e sua distribuição específica a cada um dos três Poderes orgânicos em que se expressa.⁴¹ [Destaques no original]

Como visto, a prática de atos com teor normativo – atos que estabelecem regras gerais e abstratas de conduta –, embora de forma atípica, também pode ser atribuída ao Poder Executivo. Neste sentido, leciona Hely Lopes Meirelles que “a faculdade normativa, embora caiba predominantemente ao Legislativo, nele não se

³⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2009, p. 22 e 23.

⁴⁰ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴¹ Idem, *ibidem*, p. 141.

exaure, remanesendo boa parte para o Executivo, que expede regulamentos e outros atos de caráter geral e efeitos externos”⁴².

Segundo este autor, classificam-se como atos administrativos *normativos* ou *gerais* “aqueles expedidos sem destinatários determinados, com finalidade normativa, alcançando todos os sujeitos que se encontrem na mesma situação de fato abrangida por seus preceitos”⁴³. Trata-se de atos de comando abstrato e impessoal, semelhantes aos da lei, mas que somente o são em sentido material, e não em sentido formal. Visam à correta aplicação desta, e podem ser expedidos sob a forma de decretos, regulamentos, instruções normativas, regimentos, resoluções e deliberações.

Uma das formas de manifestação do poder normativo da Administração Pública é o *poder regulamentar*, que é exercido por meio da expedição de *regulamentos executivos* – aqueles que, nos moldes do artigo 84, IV, da Constituição Federal, veicula norma para fiel execução da lei –, ou de *regulamentos independentes* ou *autônomos* – que, diferentemente dos primeiros, podem inovar na ordem jurídica, eis que não estão adstritos ao texto de alguma norma legal.

A doutrina administrativista clássica aponta que o poder regulamentar, ou seja, a atribuição que possui o Poder Executivo de editar normas jurídicas, depende de expressa atribuição constitucional, bem como da existência de lei prévia, a ser regulamentada. Logo, o decreto e o regulamento são sempre vinculados à lei e, mais do que isso, em obediência ao princípio da legalidade, não podem inovar no ordenamento jurídico⁴⁴.

Ressalta-se que a discussão acerca da medida do poder regulamentar atribuída ao Chefe do Poder Executivo, para a expedição de decretos ou regulamentos (nos termos do citado artigo 84 da Constituição Federal), é a mesma que se desenvolve em relação à espécie de poder normativo denominada de *poder*

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª ed. (atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALEIXO, Délcio Balestero, e BURLE FILHO, José Emmanuel) São Paulo : Malheiros Editores, 2010, p. 131.

⁴³ Idem, ibidem, p. 167. Para mais detalhes, consultar, na mesma obra, as páginas 182 a 187.

⁴⁴ CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo : Editora Dialética, 2001, p. 42 e 45.

regulador, uma vez que este é, via de regra, exercido por entidades integrantes da Administração Pública, por meio da edição de atos administrativos de conteúdo normativo (tais como instruções normativas, resoluções, portarias, circulares, etc.)⁴⁵.

Essa discussão, concernente à mensuração do poder regulador frente o poder normativo exercido pelo Poder Legislativo, será aprofundada no capítulo seguinte, quando se passará a discorrer, com maior vagar, do princípio da legalidade e suas implicações. Para o momento, importa tratar, conforme definido há pouco, da legitimidade do poder normativo exercido pelas entidades integrantes da Administração Pública.

Segundo Carlos Ari Sundfeld, a *regulação*:

(...) enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação

⁴⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello propaga a inexistência de decretos autônomos face à ordem jurídica vigente, ressalvada a hipótese expressamente prevista na própria Constituição Federal, artigo 84, VI, que, no entanto, trata de “poderes muito circunscritos ao Presidente, ao contrário do que ocorre nos regulamentos autônomos do Direito europeu”. Diz o autor:

“(...) pode-se conceituar o regulamento em nosso Direito como *ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei*, cuja aplicação demande atuação da Administração Pública. O regulamento previsto no art. 84, VI, é uma limitadíssima exceção, e apresenta uma fisionomia toda ela peculiar. Por isto mesmo, na seqüência expositiva ulterior deixaremos de lado esta espécie de regulamento, cuja compostura já se esclareceu qual é, e que, por se constituir em uma *única e restritíssima hipótese* que discrepa do regime comum dos regulamentos no Brasil, não justificaria fosse lembrada a todo momento, para advertir-se que naquela singularíssima hipótese o regime não é exatamente igual ao da generalidade dos regulamentos. (...) Logo, com a ressalva acima feita, entre nós, só podem existir regulamentos conhecidos no Direito alienígena como “regulamentos executivos” [Destaques no original] (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. Malheiros Editores, São Paulo : 2011, p. 343.)

Por outro lado, Eros Roberto Grau é um defensor da compatibilidade dos decretos autônomos com o sistema jurídico brasileiro, conforme segue:

“Quem não se recusa a conhecer a realidade sabe que existem no direito positivo brasileiro três tipos de regulamento: os de execução, os equivocadamente chamados de “delegados” e os autônomos. (...)

Os regulamentos autônomos ou independentes são emanados a partir de atribuição implícita do exercício de função normativa ao Executivo, definida no texto constitucional ou decorrente de sua estrutura. A sua emanção e indispensável à efetiva atuação do Executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência.

O Executivo, ao editar esses regulamentos, fica sujeito a limitações decorrentes da atribuição implícita, evidentemente neles podendo definir-se a imposição, inclusive, de obrigação de fazer ou deixar de fazer alguma coisa.” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2011, p. 247/249)

autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as “atividades econômicas em sentido estrito”) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de “serviços públicos”, exploração de “bens públicos” e de “monopólios” estatais”).⁴⁶

Observa Carlos Ari Sunfeld que o poder normativo das agências reguladoras em geral significa o “aprofundamento da atuação normativa do Estado”, atendendo à necessidade de edição de normas com menor grau de abstração e generalidade do que as leis, elaboradas pelo Poder Legislativo, ou seja:

(...) normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle do poder econômico.

(...) Desejo deixar bem vincado aqui o meu ponto de vista a respeito do poder normativo das agências. Quando reconheço ser constitucionalmente viável que elas desfrutem de um tal poder, de modo algum estou sugerindo que elas produzam “regulamentos autônomos” ou coisa parecida, pois todas as suas competências devem ter base legal – mesmo porque só a lei pode criá-las, conferindo-lhes (ou não) poderes normativos.⁴⁷

Prevê o artigo 174 da Constituição Federal que o Estado, “como agente normativo e regulador da atividade econômica”, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado⁴⁸.

Assim, no âmbito do poder normativo da Administração, cumpre destacar aquele exercido com a finalidade de regular as atividades econômicas exploradas pelos agentes particulares integrantes do Sistema Financeiro Nacional,

⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. 1ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, p. 18.

⁴⁷ Idem, ibidem, p. 27.

⁴⁸ **Art. 174** Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

cuja regulação, como visto no capítulo anterior, cabe ao Conselho Monetário Nacional, órgão vinculado ao Poder Executivo, por meio do Ministério da Fazenda, e pelo Banco Central do Brasil, que é uma entidade da Administração Pública indireta, constituída sob a forma de autarquia.

No caso das duas últimas entidades supracitadas, a competência de regular o Sistema Financeiro Nacional não advém diretamente da Constituição, mas, conforme também mencionado no capítulo anterior, de uma lei infraconstitucional – a Lei nº 4.595/1964.

Partindo da observação de que a função legislativa foi exaustivamente disciplinada na Constituição Federal e que, ao contrário, o poder normativo da Administração não encontra todo este amparo no seio constitucional, Maria Sylvia Zanella di Pietro sustenta que:

Não há dúvida de que é meritório o esforço da doutrina em procurar uma fundamentação jurídica para uma atividade normativa que vem sendo exercida, muitas vezes, de forma exorbitante dos limites constitucionais. No entanto, não vemos como procurar fundamentos extraídos de fontes outras que não a Constituição, sem afetar o princípio da legalidade, o Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica.

Para chegar a uma conclusão sobre o conteúdo e os limites da competência normativa exercida pelas agências reguladoras no direito brasileiro, algumas distinções devem ser feitas. Em primeiro lugar, tem-se que levar em consideração os sentidos, já assinalados, da palavra regulação: de um lado, como sinônimo de *regulamentação* e, de outro, como um *tipo diferente de direito*, mais flexível, negociado, sujeito a mudanças para adaptação às alterações ocorridas no objeto regulado.

Considerado o *regulamento* como ato estatal, unilateralmente imposto, baixado para dar fiel cumprimento à lei, constitui competência privativa do Chefe do Poder Executivo, indelegável a não ser na hipótese do artigo 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição.

Como *novo tipo de direito*, pode ser baixado pelas agências, desde que resulte de negociação, de consenso, de participação dos interessados. É um tipo de direito a que falta a característica da imposição unilateral de regras de conduta. (...) Mas deve colocar-se em nível hierárquico inferior às normas estatais, inclusive aos regulamentos baixados pelo Chefe do Poder Executivo.⁴⁹ [Destques no original]

⁴⁹ Nesse diapasão, cabe citar os artigos 48 (expedição de leis, pelo Congresso Nacional, sobre as matérias de competência da União), 49 (competência do Congresso Nacional de sustar atos normativos expedidos pelo Poder Executivo, exorbitando o poder regulamentar ou a delegação legislativa), 62 (expedição de medidas provisórias pelo Poder Executivo), 68 (edição de leis delegadas pelo Presidente da República).

As observações da autora remetem a uma característica fundamental do direito regulador, a *setorização*, ou seja, a especialização e a limitação de competência das “agências” ou entes reguladores a determinado setor ou atividade econômica.

A *regulação* é a principal forma pela qual o Estado Regulador – caracterizado no Capítulo 2, item 2.3 deste trabalho – intervém na economia, sendo certo que tal interferência ocorre precipuamente pelo exercício do poder normativo e de polícia dos entes da Administração Pública direta (no caso da regulação bancária, o CMN) ou indireta (por exemplo, o BACEN).

Nesse passo, a regulação setorizada seria necessária e, portanto, justificada com base no papel do Estado Regulador em relação à economia, com vistas ao atendimento do interesse público, mediante a correção das falhas do mercado a fim de, com isso, garantir-se a livre concorrência, a observância dos direitos do consumidor e outros princípios e direitos constitucionais.

No âmbito do sistema financeiro nacional, em reforço à legitimidade da regulação na forma estabelecida na Lei nº 4.595/1964, impõe-se ressaltar a relevância dos princípios jurídicos específicos envolvidos – além daqueles já citados, concernentes à atividade reguladora em geral, como a proteção da livre iniciativa, da livre concorrência e dos direitos do consumidor. Trata-se de princípios extraídos do artigo 192 da Constituição Federal, os quais, de acordo com Roberto Quiroga Mosquera, são os seguintes: a proteção da mobilização da poupança nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do país, o atendimento dos interesses da coletividade, a proteção da economia popular, da estabilidade da entidade financeira, do sigilo bancário e, finalmente, a transparência de informações⁵⁰.

⁵⁰ Quanto aos princípios mencionados, esclarece este jurista:

“Ora, claro está que a temática do desenvolvimento equilibrado do País vincula-se diretamente com a necessidade de uma mobilização da poupança nacional adequada, que direcione o financiamento para aqueles carentes de capital. O fomento de regiões menos favorecidas economicamente faz parte do conjunto de devedores do Sistema Financeiro Nacional. Para tanto, o Direito deverá introduzir instrumentos que possibilitem a realização da referida tarefa e os únicos instrumentos de que o Direito dispõe para tanto são as *normas jurídicas*. Com maior razão, mediante comandos normativos protetores do referido fluxo de capitais poderão os agentes e participantes do Sistema Financeiro Nacional *servir aos interesses da coletividade*. Um mercado de crédito eficiente e que dê oportunidade àqueles sedentos de capitais, implicará uma realidade econômica mais competitiva, mais justa. Um mercado de capitais dinâmico, com a troca de recursos financeiros entre seus

Ressaltando o papel que a regulação desempenha na condição de instrumento para o desenvolvimento econômico do país, Calixto Salomão Filho afirma:

A ação planejadora do Estado deve buscar uma ação interventiva que, antes de tudo, permita ao Estado adquirir conhecimento do setor, suas utilidades e requisitos para o desenvolvimento. (...)

É a essa intervenção (ou, se assim se preferir) baseada em princípios institucionais jurídicos, e não em objetivos de política econômica, que ora se dá o nome de regulação no sentido jurídico. (...)

Uma intervenção na economia baseada nesses princípios institucionais pode assumir várias formas. É possível, por exemplo, que esta se dê de forma coerente através de participação de empresas públicas (muitas vezes ex-monopolistas de direito) em setores desregulamentados ou pouco regulamentados.

(...) Outra forma mais óbvia é a regulação, em sentido próprio ou estrito, através da edição de normas específicas, e sua fiscalização. (...) ⁵¹

Dadas as suas características, distingue-se a regulação do tradicional *poder de polícia do Estado*, o qual, tomado em sua acepção estrita formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello, diz respeito às:

(...) intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e

participantes atenderá, de igual maneira, o objetivo pretendido pelo legislador constitucional, qual seja, fazer o bem comum; servir a comunidade brasileira.

(...) Como pretendemos demonstrar em tópicos anteriores, o mercado financeiro e de capitais envolve-se com a *economia popular*, com a *poupança nacional*. São substrato da existência desses mercados os recursos financeiros que circulam na economia brasileira. (...)

O princípio da proteção da estabilidade da entidade financeira está intimamente ligado ao princípio da proteção da economia popular. (...)

A entidade financeira no mercado financeiro e de capitais exerce função fundamental. Como participante no processo de circulação de capitais na economia, as entidades financeiras cumprem um papel de intermediários de crédito e/ou de prestadores de serviços que viabilizam operações de crédito. (...) A quebra de uma entidade ligada ao Sistema Financeiro Nacional corresponde, em última instância, à falência dos clientes dessa entidade, isto é, o colapso dos bancos gera o colapso [sic] de seus correntistas. (...)

Estamos convictos que o conjunto de operações que as pessoas realizam no mercado financeiro e de capitais está protegido pelo segredo bancário. O direito à privacidade como síntese semântica do direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada e do sigilo de dados está expressamente previsto no Texto Constitucional em seu artigo 5º, incisos X e XII.

(...) Se, por um lado, o princípio da proteção do sigilo bancário assegura o ocultamento de informações íntimas, isto é, que dizem respeito apenas à pessoa que realiza uma determinada operação no mercado financeiro e de capitais, o princípio da proteção da transparência das informações nas relações desenvolvidas nesse mercado assegura a igualdade de informações públicas para os participantes envolvidos. Aquele princípio protege a informação íntima, este princípio protege a informação pública.” [Destques no original] MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Os princípios informadores do direito do mercado financeiro e de capitais**. In MOSQUERA, Roberto Quiroga (org.). **Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais**. São Paulo : Editora Dialética, 1999, p. 263.

⁵¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. In SALOMÃO FILHO, Calixto (coordenador). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo : Malheiros Editores, 2002, p. 60.

obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais.⁵²

Para Alexandre Santos de Aragão, o conceito de *regulação* exclui a atividade direta do Estado como produtor direto de bens ou serviços e como fomentador das atividades econômicas privadas, e foca-se na estipulação de normas disciplinadoras da exploração de certas atividades econômicas:

A noção de *regulação* implica a integração de diversas funções: pressupõe que um quadro seja imposto às atividades econômicas, devendo respeitar um certo equilíbrio dos interesses das diversas forças sociais presentes. Este quadro normativo é estabelecido por decisões gerais e abstratas, constantes geralmente de regulamentos; pela aplicação concreta das suas regras; e pela composição dos conflitos que delas advêm, dando lugar, nestas duas últimas hipóteses, a decisões individuais. *Há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar sua aplicação e o de reprimir as infrações.* (...) Entendemos que o deslinde da distinção entre o *poder de polícia* e a *regulação* depende do ponto de vista do qual nos colocamos. Se partirmos de um conceito de *poder de polícia* tradicional, oitocentista, consistente na mera fiscalização da atividade para que não cause prejuízos à coletividade certamente o âmbito conceitual da *regulação* será bem mais amplo que o de *poder de polícia*.

Propugnamos, ao revés, um conceito de *poder de polícia* adequado ao Estado Democrático de Direito e à complexidade sócio-econômica em que vivemos; que seja funcionalizado em razão dos interesses públicos a serem atendidos pelas atividades privadas, em relação às quais o Poder Público pode, observados os limites legais, dimensionar de maneira dinâmica o conteúdo e a extensão. Não se trata mais apenas de evitar que um particular fira os direitos dos demais, mas também de direcionar sua atividade na senda dos interesses públicos juridicamente definidos.⁵³ [Destaques no original]

Segundo o pensamento deste autor, a regulamentação de algumas atividades privadas, dentre as quais ele cita como exemplos justamente os bancos e instituições financeiras em geral, deve-se à imposição do interesse público, que tem como finalidade a continuidade da oferta de determinados serviços à sociedade, bem como o estabelecimento de condições mínimas nas quais os serviços serão prestados. Tal regulamentação – edição de normas que estabeleçam limitações e

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2011, p. 829.

⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Regulação da economia: conceito e características contemporâneas**. In CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (orgs.) **Curso de Direito Administrativo Econômico**. vol. III. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, p. 417/418.

condições – é legítima quando feita pelo Estado, mas deve sempre respeitar parâmetros que não afastem o exercício do direito à livre iniciativa, ou seja, o direito de entrada e permanência no mercado, que deve ser visto como um direito fundamental, assegurado, inclusive a pessoas jurídicas.

O atendimento do interesse público, no caso de atividades econômicas que, em princípio, podem ser livremente exploradas – à vista do princípio da livre iniciativa, previsto expressamente no artigo 1º, inciso IV⁵⁴, e no parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal⁵⁵ –, exige, ainda, a observância dos demais princípios da ordem econômica, insertos no *caput* do mesmo artigo 170, além de outros que possam ser extraídos do texto constitucional, tais como os direitos e garantias fundamentais e as garantias que protegem o cidadão e todos os agentes econômicos contra o arbítrio e o abuso de poder pelo Estado.

Finalmente, segundo Fernando Dias Menezes de Almeida, as agências reguladoras (e tal afirmação é igualmente aplicável à regulação por outros entes da Administração Pública, como é o caso do CMN e BACEN), detêm um poder normativo que não se confunde com o legislativo, nem com o regulamentar. Trata-se de um poder normativo subordinado ao legislativo, por força do princípio da legalidade – conforme será visto, com mais vagar, no próximo capítulo –, e paralelo ao poder regulamentar, e não hierarquicamente superior ou inferior. Assim, a distinção entre o

⁵⁴ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)

⁵⁵ **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

poder regulador e o poder regulamentar baseia-se na definição de competências, de modo que, nos casos em que couber regulamento, a atividade reguladora será a ele subordinada e, nos demais, será exercida nos seus próprios limites, em face da legalidade, direcionada à disciplina de assuntos internos da própria entidade reguladora ou a explicitação de conceitos e a definição de parâmetros técnicos na área específica da atuação⁵⁶.

Diante do exposto, é possível defender que o ordenamento jurídico brasileiro permite a atribuição de um poder normativo a órgãos e entidades da Administração Pública, caso do CMN e do BACEN. Um poder normativo que abrange a criação de direitos e obrigações a determinados grupos de pessoas integrantes de alguns setores econômicos específicos; este poder normativo da Administração consiste em uma competência para editar normas gerais e abstratas aplicáveis aos citados grupos de pessoas e setores econômicos, visando assegurar a materialização dos princípios constitucionais que devem orientar estes setores.

Os fundamentos constitucionais do poder normativo da Administração, sem o qual não se pode viabilizar a implantação de um Estado Regulador, dependente de uma normatização altamente especializada e setorializada, direcionando e assegurando que as atividades reguladas sejam desenvolvidas com vistas ao atingimento dos fins estipulados constitucionalmente, bem como suas principais características e compatibilidade com o princípio da legalidade, presente no artigo 5º, II, da Constituição Federal, serão objeto de apreciação no próximo capítulo.

⁵⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Teoria da regulação**. In CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. (orgs.) **Curso de Direito Administrativo Econômico**. vol. III. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, p. 135.

5. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Como visto, o Estado de Direito⁵⁷ tem como uma de suas características fundamentais a vinculação da atuação do Estado à ordem jurídica, previamente posta pelos órgãos legitimados para a expedição de normas de conduta, e em obediência aos procedimentos estipulados na Constituição.

O artigo 5º, II, da Constituição Federal⁵⁸, ao explicitar o *princípio da legalidade*, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, acarreta a chamada *reserva legal*, que faz da lei o instrumento que, por excelência, tem a força necessária para criar determinados direitos e impor certas obrigações.

Conforme visto no Capítulo 4, o Estado, ao exercer a sua função normativa, deve fazê-lo por meio da edição de normas jurídicas denominadas leis ou da expedição de atos administrativos com características normativas, os quais, em certa medida, vinculam-se a uma lei anteriormente promulgada.

⁵⁷ O princípio da legalidade é resultado do processo de limitação do poder estatal. Como forma de proteção dos direitos de propriedade e liberdade dos indivíduos contra a ação do Estado, ocorrido no período liberal, conforme explanado no Capítulo 1 deste trabalho. A idéia de que o exercício do poder somente é legítimo quando resulta da lei foi consagrada, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, no artigo 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nos seguintes termos: “não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade.** In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos.** Belo Horizonte : Editora Fórum, 2009, p. 30.)

Segundo Leila Cuéllar: “O princípio da legalidade, corolário do Estado Democrático de Direito, surgiu como forma de proteção do indivíduo frente ao Estado. Representa a confiança na lei como instrumento de limitação do poder e garantia de liberdade individual.

Surgiu também em momento histórico determinado, em que vigiam as máximas “L’ÉTAT C’EST MOI” e “THE KING CANNOT DO WRONG”. Ou seja, no momento pré-Revoluções, quando não existia qualquer espécie de parâmetro e (ou) controle da atividade estatal. Daí a origem do princípio da legalidade, visando a alterar radicalmente essa “espécie estatal”. Daí também as características de sua interpretação.” (CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo.** São Paulo : Editora Dialética, 2001, p. 37.)

⁵⁸ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)

Nos termos do disposto no artigo 37 da Constituição Federal⁵⁹, a Administração Pública encontra-se jungida ao princípio da legalidade de modo diverso dos particulares, uma vez que, enquanto a estes é permitido fazer tudo o que não for vedado, aquela somente pode atuar na forma prevista pela lei. Trata-se do denominado *princípio da legalidade administrativa*, que se justifica pela própria natureza da atividade administrativa, a qual, ao contrário da atuação dos particulares, não se pauta por interesses privados ou individuais, mas pela constante perseguição do interesse público.

De acordo com a lição de Hely Lopes Meirelles:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso⁶⁰

O mesmo autor, ao discorrer sobre a diferença entre a aplicação do princípio da legalidade para os particulares e para os entes públicos, afirma:

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei e do Direito. (...) Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.⁶¹

A questão que se pronuncia na seara da regulação do sistema financeiro nacional é a extensão da competência regulatória do CMN e do BACEN, prevista na Lei nº 4.595/1964, face à regra inserta no artigo 48, XII, da Constituição Federal⁶², que atribui ao Congresso Nacional a competência de legislar sobre matéria atinente às instituições financeiras e suas operações.

⁵⁹ **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade*, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

[grifo inserido]

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2011, p. 89.

⁶¹ Idem, *ibidem*.

⁶² **Art. 48.** Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações; (...)

Conforme citado no capítulo anterior, Maria Sylvia Zanella di Pietro manifesta um entendimento restritivo acerca do poder normativo das agências reguladoras e outros órgãos, como o CMN, o Conselho Nacional de Educação e o BACEN, afirmando ser inviável a expedição de normas de conduta, matéria esta que seria reservada à lei. Assim, este poder apenas autoriza tais entes a decidir sobre conflitos concretos, em hipóteses de irregularidades, como o desequilíbrio da concorrência, e a interpretar conceitos indeterminados contidos em leis e regulamentos:

“(…) À medida que as agências vão se deparando com situações irregulares, com atividades que quebram o equilíbrio do mercado, que afetam a concorrência, que prejudicam o serviço público e seus usuários, que geram conflitos, elas vão baixando atos normativos para decidir esses casos concretos. Para esse tipo de ato também não há óbice de ordem jurídica. Eu diria que aí é que está o que há de mais típico na função reguladora: ela vai organizando determinado setor que lhe está afeto, respeitando o que resulta das normas superiores (e que garantem o aspecto de estabilidade, de continuidade, de perenidade) e adaptando as normas às situações concretas, naquilo que elas permitem certa margem de flexibilidade ou de discricionariedade. São os dois aspectos da regulação já assinalados: estabilidade e flexibilidade. E sempre se deve ter presente a idéia de que a lei não pode deixar flexibilidade (ou discricionariedade) para as agências baixarem normas em matéria de reserva de lei.

(…) Como último aspecto, é importante ressaltar a possibilidade que se reconhece às agências, do mesmo modo que sempre se reconheceu a inúmeros órgãos e entidades administrativas no direito brasileiro (como o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, o Conselho Nacional de Educação e tantos outros) de, por meio de atos normativos, interpretar ou explicitar conceitos indeterminados, especialmente de natureza técnica, contidos em leis e regulamentos. Trata-se de conceitos que se inserem na idéia de especialização das agências, exigindo definição mais precisa, porém sem inovar na ordem jurídica.

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não poder as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades, ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do artigo 5º, inciso II, da Constituição. (...) ⁶³

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade.** In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos.** Belo Horizonte : Editora Fórum, 2009, p. 48/49.

O pensamento da citada doutrinadora baseia-se em uma rigorosa interpretação do princípio da legalidade, segundo a qual a Constituição Federal, ao explicitá-lo no artigo 5º, II, somente admite a *lei* como instrumento de inovação no ordenamento jurídico, ou seja, de veiculação de normas de conduta (criadoras de direitos e obrigações) – entendendo-se a lei como o produto da atividade desempenhada pelo Poder Legislativo.

Em artigo publicado no início do ano de 1990 – anteriormente, portanto, à reforma do Estado que deu origem à implementação das denominadas agências reguladoras no Brasil, mas com enfoque nas competências regulatórias de longa data atribuídas ao CMN e ao BACEN –, Geraldo Ataliba escreveu artigo relevante no qual tratou da regulação do Sistema Financeiro Nacional, manifestando o seu entendimento contrário à atribuição de faculdades normativas ao CMN e ao BACEN, pois que, nos termos dos artigos 44 e 48 da Constituição Federal, somente o Congresso Nacional pode legislar, além do que, o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) teria revogado a Lei nº 4.595/1964, conforme segue:

Nem cabe alegar que o CMN e o BACEN receberam delegação da lei para expedirem tais normas. Tal delegação é inconstitucional (...).
O art. 25 do d é peremptório: revogam-se “todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo... ação normativa”. Quer dizer, essas normas não existem, nem podem existir mais, por incompatibilidade visceral explicitamente declarada, com a nova Constituição. (...)
Editarem o CMN e o BACEN normas com fundamento em leis revogadas pelo art. 25 do ADCT é abuso; mais que isso, desacato à Constituição. (...)
Toda circular, resolução (ou que outro nome se adote) do CMN ou do BACEN, posterior a 5.4.89: a) só pode ter caráter infra-regulamentar (não inaugural; não inovador); b) se ultrapassar esse limite material, será nula e, pois, inaplicável (inexigível).⁶⁴

No entanto, outra parcela da doutrina sustenta que as normas emanadas dos órgãos e outras entidades administrativas encarregadas do poder de regular atividades econômicas podem criar normas de conduta gerais e abstratas, desde que

⁶⁴ ATALIBA, Geraldo. **Delegação normativa (Limites às competências do CMN e BACEN)**. In Revista de Direito Público – Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob nº 005/85 e pelo Superior Tribunal de Justiça, sob nº 14 (Portaria nº 8/90). RDP-98, Guarulhos : Editora Parma Ltda., p. 54 e 59.

este poder seja expressamente previsto em lei, e limitado ao âmbito do respectivo setor regulado.

A respeito das teorias que buscam fundamentar a constitucionalidade, inclusive face ao princípio da legalidade, da regulação normativa, discorre Marcos Juruena Villela Souto, citando também a hipótese da delegação legislativa, analisada por Geraldo Ataliba:

Existem três teorias que justificam a plena validade desse tipo de norma: a *Teoria da Transmissão Democrática*, pela qual a lei, fruto do processo democrático, reconhecendo o distanciamento do legislador em relação ao mercado que está sendo regulado, atribui a agentes envolvidos com a realidade regulada o poder de editar normas e comandos necessários para o desenvolvimento eficiente do setor.

Há quem diga que tal “transmissão” é uma “delegação de poderes”, o que implicaria reconhecer que ao Legislativo poderia caber a função de concretizar a vontade da norma. Na verdade, é dessa função, tipicamente administrativa, de concretizar a vontade da norma, sem liberdade política de fazê-lo ou não, que se está a tratar. Para tanto, podem ser necessários comandos normativos técnicos, interpretativos da vontade da lei (norma de segundo grau, que existe em decorrência de uma anterior), com vistas ao seu cumprimento eficiente. É uma decisão técnica, normatizar para uma generalidade de casos (quando está em jogo interesses homogêneos de grupos – como na defesa do consumidor) ou orientar por ato específico.

Pela *Teoria da Especialização*, o legislador reconhece que tal agente deve ser um especialista na matéria, com notório conhecimento sobre o segmento regulado. O legislador, como generalista, não entende de cada segmento regulado, mas sabe que, dada sua relevância para o desenvolvimento, justificando a regulação, deve ter funcionamento eficiente, de modo a atender aos interesses da coletividade regulada. Portanto, nada mais voltado para o *princípio da eficiência* que ele atribua poder de explicitar as obrigações genéricas contidas na lei a quem tem esse conhecimento. O dever de atender eficientemente aos consumidores e operadores é um dever legal; o que a norma reguladora faz é explicitar tecnicamente o modo pelo qual se opera o atendimento desse dever. A fonte da regulação não é a norma reguladora, mas a lei. A terceira *Teoria* exige a *Legitimação pela Participação*, ou seja, todas as normas regulatórias, antes de editadas, devem ser submetidas a um processo de consulta pública, seja por Internet, pedidos de informação ou subsídios, coletas de opinião e audiências públicas, para que essa norma receba da coletividade, dela destinatária, contribuições para seu aprimoramento. Isto porque a regulação é um processo que busca identificar e otimizar interesses em tensão (de consumidores, que querem o menor preço possível, e de fornecedores, que querem o maior lucro possível). É preciso buscar um ponto ótimo de equilíbrio, preservando tanto a estabilidade financeira do fornecedor como o poder aquisitivo do consumidor. Essa participação é um instrumento

legitimador da norma que explicita obrigações, buscando conciliar os interesses identificados. [Destaques no original]⁶⁵

Conclui o autor que a regulação, função administrativa que busca a eficiência em segmentos relevantes conduzidos diretamente pela iniciativa privada, tem caráter eminentemente técnico, de implementação de uma política regulatória que busque o equilíbrio entre os interesses envolvidos. Assim, consiste em uma das formas de aplicação do *princípio democrático*, mediante a definição da moldura regulatória pelos representantes eleitos e pela participação da sociedade nas decisões regulatórias, e atende ao princípio da legalidade, “já que é a lei que define quais os conceitos a serem preenchidos pelo regulador, de acordo com cada realidade histórica, geográfica e econômica, sem inovar ou contrariar seu espírito, padrões e limites”⁶⁶.

Aponta, ainda, que “a agência reguladora define os parâmetros dentro dos quais o agente privado pode desenvolver uma atividade de interesse geral”, e que, por força do *princípio da subsidiariedade*, não cabe ao Estado exercer atividade econômica, mas apenas identificar a relevância de um setor privado, por meio da formulação de *políticas públicas* e, pela via da regulação, desenvolver a orientação estatal, impositiva⁶⁷.

Sobre o tema, Carlos Ari Sundfeld assim se pronuncia:

A constitucionalidade da lei atributiva depende de o legislador haver estabelecido *standards* suficientes, pois do contrário haveria delegação pura e simples de função legislativa. Saber qual é o conteúdo mínimo que, nessas circunstâncias, a lei deve ter é um das mais clássicas e tormentosas questões constitucionais, como se vê da jurisprudência comparada, em países tão diferentes quanto os Estados Unidos, a Alemanha e a França.

No Brasil o debate é, em essência, o mesmo, embora se deva observar que para muitas medidas a Carta de 1988 estabeleceu uma *reserva legal*, que há de ser observada. Não posso deixar de referir, a propósito do assunto, que alguns de meus colegas administrativistas, inspirados por antagonismos políticos e a partir de leituras superficiais das leis recentes, têm sustentado sua inconstitucionalidade pelo simples fato de

⁶⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Agências reguladoras e entidades similares**. In CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (orgs). **Curso de direito administrativo econômico**. V. III. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, p. 389.

⁶⁶ Idem, ibidem, p. 411.

⁶⁷ Idem, ibidem, p. 376.

conterem dispositivos conferindo competência para as agências editarem normas. Penso que o problema deva ser analisado com mais cuidado, a partir de uma consideração de todo o conjunto legal, e não de disposições isoladas. [Destaques no original]⁶⁸

Eros Roberto Grau vem salientar que não há delegação legislativa no caso da função normativa (regulamentar) atribuída a órgãos e entidades da Administração Pública, com a finalidade de atender às demandas do sistema econômico, provendo a fluência da circulação econômica e financeira, observados os critérios e parâmetros estabelecidos na lei que lhes autorizou esse exercício e as linhas fundamentais e objetivos determinados na Constituição – a qual ele denomina de *capacidade normativa de conjuntura*. Trata-se de função normativa primária, pela própria natureza da atividade administrativa face ao ordenamento jurídico pátrio, e pela simples razão de que não há, nesse caso, transferência de função legislativa⁶⁹.

Outrossim, sustenta não haver violação ao princípio da legalidade no exercício desta função, que envolve, entre outros aspectos, a definição de condições operacionais e negociais, em determinados setores dos mercados, desde que respeitado o princípio constitucional da reserva legal:

A doutrina brasileira tradicional do direito administrativo, isolando-se da realidade, olímpicamente ignora que um conjunto de elementos de índole técnica, aliados a motivações de premência e celeridade na conformação do regime a que se subordina a atividade de intermediação financeira, tornam o procedimento legislativo, com seus prazos e debates prolongados, inadequado à ordenação de matérias essencialmente conjunturais. No que tange ao dinamismo do sistema financeiro, desconhece que o caráter instrumental da atuação dos seus agentes, e dele próprio, desenha uma porção da realidade à qual não se pode mais amoldar o quanto as teorias jurídicas do século passado explicavam. Por isso não estão habilitados, os seus adeptos, a compreender o particular regime de direito a que se submete o segmento da atividade econômica envolvido com a intermediação financeira. Não é estranho, assim, que essa doutrina – no mundo irreal em que se afaga – no mundo irreal em que se afaga – não avance um milímetro além da afirmação, por exemplo, de que todas as resoluções do Conselho Monetário Nacional, editadas pelo Banco Central do Brasil, são inconstitucionais!

⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às agências reguladoras**. In SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, p. 27/28.

⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2011, p. 244.

(...) Ora, há visível distinção entre as seguintes situações: (i) vinculação da Administração às definições *da lei*; (ii) vinculação da Administração às definições *decorrentes* – isto é, fixadas em virtude dela – de lei. No primeiro caso estamos diante da *reserva de lei*; no segundo, em face da *reserva da norma* (norma que pode ser tanto *legal* quanto *regulamentar*, ou *regimental*).

Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa – mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em atos legislativos contida –, o princípio estará sendo devidamente acatado. No caso, o princípio da legalidade expressa *reserva da lei em termos relativos* (= *reserva da norma*), razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares – e os vincule.

Tanto isso é verdadeiro – que o dispositivo constitucional em parte consagra o princípio da legalidade em termos apenas relativos –, que em pelo menos três oportunidades (isto é, no art. 5º, XXXIX, no art. 150, I, e no parágrafo único do art. 170) a Constituição retoma o princípio, então o adotando, porém, em termos absolutos (...). não tivesse o art. 5º, II, consagrado o princípio da legalidade em termos somente relativos, e razão não haveria a justificar a sua inserção no bojo da Constituição, em termos então absolutos, nas hipóteses referidas.⁷⁰

Do mesmo modo, em defesa do poder normativo das agências reguladoras em geral, Tércio Sampaio Ferraz Júnior analisa que o seu exercício não afronta o princípio da legalidade, desde que respeitados os limites consistentes nas hipóteses de reserva legal previstos constitucionalmente, como se dá com a criação de tributos e a tipificação de crimes⁷¹.

Ressalta-se que, embora admita a solução formal da delegação legislativa, este autor sustenta que se trata de uma delegação instrumental, que não atenta contra o princípio da irrenunciabilidade do poder-dever de legislar, contido no artigo 25 do ADCT. Fundamenta o seu posicionamento com base no *princípio da eficiência*, o qual, introduzido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, amplia a interpretação do artigo 174 do texto magno, que atribui ao Estado as funções de

⁷⁰ Idem, *ibidem*, p. 228/229.

⁷¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. In **REVISTA TRIBUTÁRIA E DE FINANÇAS PÚBLICAS**, nº 35, Ano 8 – novembro – dezembro de 2000. Publicação oficial da Academia Brasileira de Direito Tributário – ABDT. EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS. (Artigo extraído do endereço eletrônico <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/79>).

agente normativo e regulador da atividade econômica, convalidando, assim, a delegação de poder às agências reguladoras⁷².

Além destes argumentos, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, embora apenas em suas razões de decidir, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4, que tinha como objeto a aplicabilidade do artigo 192 da Constituição Federal em sua redação original, a recepção da Lei nº 4.595/1964 face à Constituição Federal de 1988. Deste modo, restou pacificada a vigência do referido diploma legal, em sua integralidade.

Considerando-se que o modelo do Estado Regulador exige a maior flexibilização da Administração para exercer funções de controle normativo e regulador, esclarece Tércio Sampaio Ferraz Júnior, nos seguintes termos, a dimensão que a interpretação do princípio da eficiência deve merecer, quando se trata da regulação econômica:

Justamente em face da independência das agências, parece que, por força da Constituição Federal, deve-se partir de um princípio inelutável: é vedada a delegação com abdicação legislativa, isto é, a delegação do poder-dever de legislar, que importe em renúncia do âmago intransferível dessa competência política. Este princípio está claro no art. 25 do ADCT. O problema está em determinar em que se constitui aquele âmago.

(...) Entende-se, desde logo, que o princípio da eficiência traz para a discussão constitucional da delegação de competências um elemento novo. A eficiência cria para a Administração uma responsabilidade que não se reduz nem ao risco administrativo (responsabilidade pelo risco) nem à igualdade perante os encargos públicos (responsabilidade institucional), mas antes as incorpora em nome da obrigação imposta ao poder público, ao exercer funções reguladoras no mercado, de evitar as assimetrias de informação que funcionem como um incentivo para o comportamento oportunista dos agentes privados, levando o mercado a uma disfunção (responsabilidade pelo êxito).

(...) Afinal, o princípio da eficiência tem por característica disciplinar a atividade administrativa *nos seus resultados* e não apenas na sua consistência interna (legalidade estrita, moralidade, impessoalidade). Por assim dizer, é um princípio *para fora* e não *para dentro*. Não é um princípio *condição* mas um princípio *fim*, isto é, não impõe apenas *limites* (condição formal de competência), mas impõe *resultados* (condição material de atuação). Por seu intermédio, a atividade administrativa

⁷² ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. **A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira** (Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, junho de 2004, p. 18.

continua submetida à legalidade, muito mais, porém, à legalidade enquanto relação solidária entre meios e fins e pela qual se responsabiliza o administrador.

Entende-se, assim, a possibilidade de que uma delegação (instrumental) venha a inserir-se na competência do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, basicamente nas funções de fiscalização e incentivo, ambas em termos do princípio da eficiência. Ou seja, o princípio da eficiência exige que a Administração, em vista do mercado, seja dotada de competências reguladoras de natureza técnica e especializada sob pena de paralisia. Isto é, é impossível exigir-se *eficiência* da Administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes. A especialização técnica é exigência da eficiência.⁷³ [Destques no original]

Aí está a justificativa essencial da regulação, inclusive no que tange à emanção de normas jurídicas criadoras de direitos e obrigações, pois que, conforme ideia já introduzida no Capítulo 4, a setorização é algo imprescindível nesta esfera. Com efeito, a atribuição deste poder normativo a entes setoriais independentes e especializados vai ao encontro da busca constante da eficiência, em contraposição ao processo legislativo, que, além de configurar uma atividade lenta em comparação com o desenvolvimento dos diversos setores da economia, ainda que exercida por representantes eleitos pelo povo, desprovida de condições (conhecimentos técnicos, organização, etc.) adequadas para a emanção de disciplina condizente com o que se espera de cada um destes setores.

Segundo Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, a regulação bancária não só se justifica pela relevância que representa perante a economia nacional, como pela sua relevância inclusive perante todos os demais setores da economia, bem como a sua aceitação por todos os agentes que compõem o sistema financeiro nacional:

Deve-se insistir no paradoxo: embora de caráter conjuntural e, muitas vezes, efêmero ou experimental, essas normas exercem um indispensável papel na manutenção da estrutura do mercado financeiro. Essa capacidade normativa de conjuntura é funcional para o sistema econômico. A burocracia altamente qualificada que a exerce tem sua legitimidade reconhecida pelos agentes econômicos, que raramente se valem dos mecanismos jurídicos tradicionais para questionar a validade das normas editadas. À margem dos sagrados cânones do direito público brasileiro, as normas, por assim dizer, *profanas* que regem o mercado financeiro demonstram ter uma efetividade de fazer inveja à mais tradicional e respeitosa regra de qualquer código.

⁷³ Idem, *ibidem*, p. 60.

(...) Diante da necessidade de justificar a regulação financeira, a literatura costuma trazer a seguinte indagação: por que os bancos são especiais? (...) Se a moeda, na sua ambivalência, é algo especial para a sociedade, os bancos, enquanto agentes econômicos que com ela mantêm uma relação privilegiada, devem ser fortemente regulados. Mais regulados do que os próprios serviços públicos.

(...) Essa verdade básica da criação de moeda mostra porque os bancos são indispensáveis para o financiamento do consumo e do investimento produtivo público e privado. Eles são fornecedores de liquidez em grande quantidade e no momento em que ela é demandada, sem que esta liquidez esteja condicionada à poupança prévia. Na evolução histórica dos sistemas bancários, o Estado assumiu, por meio do banco central, o papel de garantidor final dos depósitos. O acesso dos bancos aos fundos do banco central – assistência de liquidez – reforça a justificativa da sua regulação e supervisão por agências estatais.

A regulação financeira restringe a liberdade contratual e o direito de propriedade dos bancos naquilo que é o seu principal negócio: quanto e para quem emprestar dinheiro.

Esse regime jurídico híbrido – meio atividade econômica, meio serviço público – ao qual os bancos se submetem na sociedade contemporânea é claramente um reflexo da ambivalência da moeda: de um lado, instituição que permite as trocas econômicas e garante a coesão social, de outro, objeto que permite a acumulação privada de riqueza.⁷⁴
[Destaque no original]

Ante o exposto, ressalvados os casos em que a Constituição preconiza a reserva de lei, em sentido formal, a regulação da economia, em seus diversos setores, somente se fará efetiva, atendendo ao princípio da eficiência ao qual a Administração Pública está adstrita, se implementada por entes especializados e por meio de veículos mais celeremente editados do que a lei em si, isto é, independentemente do processo legislativo previsto na Constituição Federal. Sabendo-se que tais entes, ao criar as normas que lhe cabem, deverão observar as políticas públicas adotadas no âmbito do Poder Legislativo, não há que se falar em afronta ao princípio da legalidade, que permanece preservado nestes termos.

⁷⁴ Idem, ibidem, p. 35 e 61/62.

6. CONCLUSÃO

O ramo do direito que hoje se convencionou denominar de “direito regulatório” consiste em um instrumento de intervenção estatal na economia, e cuida das normas emanadas tanto pelo Poder Legislativo como pelo Poder Executivo, no exercício da função normativa que lhes cabe, com vistas à disciplina de setores específicos da economia e alguns serviços públicos, com vistas a assegurar o cumprimento dos preceitos e princípios previstos, implícita ou explicitamente, no texto da Constituição Federal, como aqueles relacionados à ordem econômica ou aos direitos fundamentais.

Com o desenvolvimento do Estado de Direito, o qual, no Brasil, evoluiu para um Estado Social, transformando-se, posteriormente, em Estado Regulador, observou-se o alargamento do princípio da legalidade, o qual deixou de ser um rigoroso limitador da atuação do Estado com base na lei em sentido formal e estrito, tornando-se o fundamento de um Poder Executivo cada vez mais dotado de poderes normativos, por meio de seus órgãos (como no caso do CMN) e outras entidades da Administração Pública indireta (por exemplo, o BACEN), e capacitado a disciplinar as relações entre os particulares, ou entre estes e o próprio Estado, em diversos campos da vida social e econômica.

A faculdade regulamentar cabível aos órgãos e entidades do Poder Executivo insere-se no campo do poder normativo que se extrai da própria conformação constitucionalmente dada às funções típicas e atípicas harmonicamente distribuídas entre os três poderes da União.

Tendo em mira as normas que compõem o direito bancário, isto é, aquele conjunto de regras jurídicas que têm por objeto a disciplina do exercício da atividade bancária, verifica-se que, nesta seara, a regulação por entes especializados, integrantes da Administração Pública, é anterior à chamada Reforma do Estado, ocorrida em meados da década de 1990, que deu ensejo à criação de autarquias sob regime especial, agrupadas sob a categoria de agências reguladoras.

Com efeito, nesta esfera, além da Constituição Federal (artigos 48, 174, 192 e outros) e da legislação infraconstitucional (com destaque para a Lei nº 4.595/1964), também desempenham função regulatória as normas emanadas de um órgão do Poder Executivo, o Conselho Monetário Nacional, e de uma autarquia, entidade integrante da Administração Pública Indireta, qual seja, o Banco Central do Brasil.

Como visto, a Lei nº 4.595/1964 prevê diversas competências de índole regulatória que devem ser exercidas pelo CMN e BACEN, no âmbito do setor bancário, permitindo, assim, a criação de normas gerais e abstratas por dois entes vinculados ao Poder Executivo, e não ao Legislativo, além de apenas interpretar ou explicitar conceitos indeterminados, especialmente de natureza técnica, contidos em leis e regulamentos.

Embora uma parte da doutrina administrativista rejeite a competência dos órgãos e entes administrativos para editar normas jurídicas que inovam na ordem jurídica – criando direitos e obrigações –, outra corrente doutrinária, mais consentânea com a realidade irreversível verificada no país, entende que a regulação da economia justifica-se por diversas razões, invocadas por cada um dos autores que se debruçaram sobre o tema com a intenção de dar a ele o amparo jurídico necessário para que se desenvolva dentro de parâmetros constitucionalmente legítimos.

Logicamente, exclui-se, de plano, as matérias que a Constituição Federal reservou à lei em sentido estrito, como, por exemplo, a tipificação de delitos penais e a criação ou majoração de tributos.

Ressalvados estes casos, o princípio da legalidade inserto no artigo 5º, II, e no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, deve ser entendido como a obrigação de que a atuação da Administração Pública seja pautada em lei em sentido amplo, e de que a atuação dos particulares pode ser restringida ou moldada por normas jurídicas emanadas com fundamento no poder normativo de órgãos e entes administrativos no exercício da regulação.

Além disso, destacam-se, entre os argumentos que formam essa corrente, a preocupação com o princípio da eficiência, imposto à Administração Pública pelo artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Desta forma, a setorialização, isso é, atribuição de capacidade regulatória a entes tecnicamente especializados no âmbito de cada setor regulado, atende mais adequadamente ao objetivo que o Estado sempre deve ter em mira que consiste na correção de falhas do mercado, as quais nem sempre coincidem em cada um dos setores da economia. Como se sabe, tal especialização técnica não pode ser exigida do Poder Legislativo, que se compõem de integrantes generalistas, ou seja, que devem elaborar e aprovar normas destinadas a todas as searas da sociedade. Outrossim, a maior agilidade destes entes – que via de regra valem-se de um órgão colegiado para a expedição destas normas, sem se sujeitar à observância do processo legislativo previsto para as espécies normativas do artigo 59 da Constituição Federal – permite o atendimento mais pronto e tempestivo das necessidades latentes do mercado.

Logo, antes do que atentar contra a Constituição Federal, a regulação da economia, da forma como concebida no setor bancário, a exemplo de outros setores da economia que hoje contam com as agências reguladoras, viabiliza a implementação mais efetiva dos dispositivos nela contidos, correspondentes aos direitos fundamentais, à ordem econômica, dentre outros, bem como das políticas públicas definidas em atenção a eles.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Endereço eletrônico do Banco Central do Brasil: <http://www.bcb.gov.br/>.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2008.

ATALIBA, Geraldo. **Delegação normativa (Limites às competências do CMN e BACEN)**. In Revista de Direito Público nº 98 – Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob nº 005/85 e pelo Superior Tribunal de Justiça, sob nº 14 (Portaria nº 8/90). Guarulhos : Editora Parma Ltda., 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1993.

CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. vol. III. São Paulo : Malheiros Editores, 2006.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo : Editora Dialética, 2001.

CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório**. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na Vida dos Povos: Da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo : Editora Saraiva, 2010.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariadna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de capitais – regime jurídico**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Agências Reguladoras: legalidade e constitucionalidade**. In REVISTA TRIBUTÁRIA E DE FINANÇAS PÚBLICAS, nº 35,

Ano 8 – novembro – dezembro de 2000. Publicação oficial da Academia Brasileira de Direito Tributário – ABDT. EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS. (Artigo extraído do endereço eletrônico <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/79>).

GOMES, Orlando. **A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica**. Republicação de capítulo da obra A crise do direito, São Paulo : Max Limonad, 1955, p. 234/255, com autorização de Marcelo Gomes, presidente da Fundação Orlando Gomes. (Artigo extraído do endereço eletrônico http://www.direitogv.com.br/subportais/raiz/RDGV_01_p121_134.pdf).

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica e a Constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10ª ed. São Paulo : Editora Método, 2006, p. 526.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª ed. (atualizada por AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALEIXO, Délcio Balestero, e BURLE FILHO, José Emmanuel) São Paulo : Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. Malheiros Editores, São Paulo : 2011.

MOSQUERA, Roberto Quiroga (organizador). **Aspectos atuais do direito do mercado financeiro e de capitais**. São Paulo : Editora Dialética, 1999.

NBR 10520:2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação.

NBR 14724:2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília : Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. Cadernos MARE da reforma do estado, v. 1.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Regulatório: temas polêmicos**. Belo Horizonte : Editora Fórum, 2009.

ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. **A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, junho de 2004.

Regimento Interno do Banco Central do Brasil, 2ª edição – 5ª atualização, veiculado pela Portaria nº 67.022, de 6.9.2011 – Voto CMN nº 084/2011, aprovado em 24.8.2011 (Voto BCB nº 179/2011, de 3.8.2011).

SALOMÃO FILHO, Calixto (coordenador). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo : Malheiros Editores, 2002.

STF: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4 / DF – Distrito Federal. Ministro Relator: Ministro SYDNEY SANCHES. Data do Julgamento: 07 de março de 1991. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da Publicação: DJ 25 de junho de 1993. (Acórdão extraído do endereço eletrônico <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266153>).

SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). **Direito administrativo econômico**. São Paulo : Malheiros Editores, 2006.

TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.