

mar 2010

artigos DIREITOGV
working papers

**COMO INTERPRETAR AS NORMAS EMITIDAS
PELO BACEN E CMN? UMA RESPOSTA A PARTIR
DA EVOLUÇÃO DO MODELO DE ESTADO BRASILEIRO**

Bruno Meyerhof Salama

52



mar 2010

artigos **DIREITOGV**
working papers

**COMO INTERPRETAR AS NORMAS EMITIDAS
PELO BACEN E CMN? UMA RESPOSTA A PARTIR
DA EVOLUÇÃO DO MODELO DE ESTADO BRASILEIRO**

Bruno Meyerhof Salama

52

 FUNDÇÃO
GETULIO VARGAS



DIREITOGV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

Como interpretar as normas emitidas pelo Bacen e CMN? Uma resposta a partir da evolução do modelo de Estado brasileiro

*Bruno Meyerhof Salama*¹

Envie seus comentários: bruno.salama@fgv.br.

Resumo	2
Abstract	2
Introdução.....	3
1 Modelo de Estado e direito administrativo no Brasil	5
1.1 O papel da dogmática na interpretação do direito administrativo	5
1.2 O atual modelo de Estado no Brasil	6
1.3 O desinteresse dos administrativistas pela regulação bancária.....	9
2 Como interpretar as normas emitidas pelo Bacen e CMN?.....	13
2.1 Instrumentalidade técnica da regulação bancária	13
2.2 Insularização regulatória	15
2.3 Normas e princípios constitucionais como limite	17
Resumo e conclusão	20

¹ Doutor e mestre pela Universidade da Califórnia em Berkeley, EUA. Professor da Escola de Direito de São Paulo da FGV.

Área do direito: administrativo; bancário.

Resumo

Este ensaio identifica referenciais preferenciais para a interpretação do marco regulatório do setor bancário brasileiro. O texto parte da transição do modelo de Estado brasileiro nas últimas duas décadas e dos seus reflexos sobre o direito administrativo bancário. O argumento apresentado é o de que o intérprete do marco regulatório bancário deve guiar-se a partir de uma perspectiva que defino como teleológica e insularizada, porém limitada pelas normas e princípios constitucionais que resguardam as liberdades individuais dos agentes privados ante o arbítrio do Estado.

Palavras-chave: regulação; Conselho Monetário Nacional (CMN); Banco Central do Brasil (Bacen); interpretação; normas; administrativista; teleologia insularizada.

Abstract

This essay identifies preferential references to interpret the regulatory landmark of the Brazilian banking sector. The text starts from the transition of the Brazilian state model in the last decade, particularly on its entanglement with the administrative banking law. The conclusion gotten is that the interpret of the banking regulatory landmark must be guide by a perspective defined as teleological and insular, nevertheless limited by the constitutional rules and principles, which guard the individual freedoms of the private agents from of the State discretion.

Keywords: regulation; National Monetary Council (CMN); Brazilian Central Bank (Bacen); interpretation; rules; administrative lawyer; teleology.

Introdução²

Nos anos 90, o tema da *regulação* entrou no discurso jurídico brasileiro ao mesmo tempo em que ocorriam dois processos históricos: o aprendizado institucional sob o regime democrático e a reforma do Estado. O impacto desses processos históricos sobre o estudo do direito administrativo foi enorme, porém desigual. Nos setores econômicos em que se quebravam monopólios e ocorriam privatizações – telecomunicações por exemplo – multiplicaram-se os trabalhos acadêmicos de direito administrativo; mas em outros setores da economia cuja estrutura jurídica sofria mudanças mais pontuais permaneceram subteorizados.

Por conta disso, no imaginário jurídico coletivo, o conceito de regulação passou a estar associado principalmente à normatização dos setores em que ocorriam quebras de monopólios. De um modo geral, nesses setores a dogmática do direito administrativo evoluiu e pôde mapear bem os contornos teóricos do tema da regulação em meio à democratização e à mudança de modelo de Estado. Mas nos demais setores – bancos por exemplo –, a dogmática de direito administrativo se manteve em um Estado de *atraso relativo*.³

Este ensaio preenche uma pequena parte dessa grande lacuna. Aqui trato de identificar referenciais preferenciais para a interpretação do marco regulatório do setor bancário brasileiro. A empreitada é teórica, mas o objetivo é eminentemente prático: o que busco é auxiliar o profissional do Direito que se depara com o emaranhado de atos normativos emitidos pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo Banco Central do Brasil (Bacen). Em particular, interessam-me os normativos emitidos pelo CMN e pelo Bacen que disciplinam a conduta de agentes privados de mercado.

Além desta introdução, divido este texto em três seções adicionais. No item 1, examino a transição do modelo de Estado brasileiro, particularmente no seu entrelaçamento com o direito administrativo bancário. Início com uma discussão da dogmática jurídica aplicada à interpretação do direito público; a seguir resalto mudanças no modelo de Estado brasileiro ocorridas desde o começo da década de 90; e finalmente exploro os motivos que levaram os administrativistas brasileiros a se desinteressarem pela regulação bancária.

No item 2, apresento mecanismos preferenciais de interpretação das normas emitidas pelo Bacen e CMN, que são os dois principais órgãos reguladores do sistema bancário. Examino separadamente a instrumentalidade técnica da regulação bancária; a criação de subsistemas jurídicos e a conseqüente insularização regulatória; e a principiologia constitucional que se impõe como limite ante o arbítrio do administrador.

² Agradeço a Carlos Ari Sundfeld, Fabricio Antonio Cardim de Almeida, Jairo Saddi, Marta Assis Machado e Rodrigo Pagani por comentários e sugestões. Agradeço também a Eurico de Santi, Juliana Palma, Rafael Mafei Queiroz e Viviane Muller Prado pelos comentários apresentados no *Workshop* de Pesquisa da Direito GV, realizado em 05.08.2009.

³ Para uma discussão do tema do *atraso relativo* na pesquisa jurídica, vide NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil (Textos em debate). *Cadernos Direito GV*, n. 1, set. 2004, p. 4 e ss.

No item 3, concluo argumentando que o intérprete do marco regulatório bancário deve guiar-se a partir de uma perspectiva teleológica insularizada, porém limitada pelas normas e princípios constitucionais que resguardam as liberdades individuais dos agentes privados ante o arbítrio do Estado.

Num certo sentido, a proposta que trago aqui não é senão uma rearticulação moderna de uma velha dinâmica muito conhecida dos administrativistas: a tensão entre a *lógica da autoridade* e a *lógica da liberdade*.⁴ Minha proposta é a de que a *teleologia insularizada* possa dar conta da lógica da autoridade, enquanto que a limitação pela via constitucional possa dar conta da lógica da liberdade. Estamos diante de dois *impulsos contraditórios*⁵ que vivem em constante e inevitável tensão em um *jogo de antagonismos*.⁶ A idéia neste ensaio é a de delimitar os debates a partir dos quais essa bipolaridade se expressa no direito administrativo bancário.

⁴ BINENBOJN, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 14, Belo Horizonte: Fórum, jul.-set. 2006 2006, p. 2.

⁵ OTERO, Paulo. *Direito administrativo – Relatório*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, p. 229.

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os *clips* e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 88.

1 Modelo de Estado e direito administrativo no Brasil

1.1 O papel da dogmática na interpretação do direito administrativo

O que dá sentido ao direito administrativo é a formulação de um modelo político de Estado. Isso não quer dizer que a atividade interpretativa dependa exclusivamente do modelo de Estado, tampouco que diante de uma questão de direito administrativo seja necessário apresentar tratados teóricos com erudição bibliográfica. Muito ao contrário, é do texto legal que se extrai o mandamento básico da ação do administrador público, e é da tradição jurídica e da prática forense e administrativa que se obtém consistência e previsibilidade na sua aplicação.

A questão é que, não raro, o texto legal abre margem para mais de uma interpretação razoável. Diante desses casos, o profissional do Direito (inclusive o juiz), e também o administrador cingido pelo Direito, se vêem diante da necessidade de realizarem uma escolha.

Esta escolha não é um mero ato de vontade. Em um Estado de Direito, o ato de interpretar está pautado não apenas pela lei,⁷ mas também pela dogmática jurídica. A dogmática jurídica compreende um conjunto de raciocínios que buscam sistematizar as leis e os precedentes através de conceitos, institutos, e princípios jurídicos, nacionais ou transnacionais, para solucionar casos concretos por meio de organismos com competência jurisdicional.⁸

Há uma diferença importante, e pouco notada, na dogmática jurídica de direito público e de direito privado. No direito público, a dogmática se constrói principalmente a partir de modelos (ou teorias) de Estado; já no direito privado, a dogmática se constrói principalmente a partir da discussão conceitual e histórica de institutos jurídicos específicos.

É claro que esta distinção é bastante estilizada. Primeiro, porque a própria distinção entre direito público e privado é permeável e fluida,⁹ havendo até mesmo autores que a rejeitem por completo.¹⁰ Segundo, porque por trás de qualquer norma e interpretação há alguma concepção geral de mundo e uma cultura jurídica que tendem a ser comuns tanto para o direito público quanto para o direito privado. Mas entendo que o forte componente organizacional presente em questões de direito público, e de direito administrativo em especial, necessariamente conduz o profissional do direito a se socorrer de concepções sobre a distribuição de poder político na sociedade. O mesmo não ocorre, contudo, em questões de direito privado. Nestas últimas, o profissional do direito pode legitimamente ater-se apenas a noções que ressaltam apenas os valores subjacentes a cada interação em sociedade.

Tomemos o caso de um juiz civil que, diante de uma questão típica de direito privado, é instado examinar os autos do processo à luz da dogmática jurídica. Em

⁷ Daí a discussão sobre os graus de vinculação do administrador à lei.

⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Dogmática jurídica (verbete). *Dicionário de direito e desenvolvimento* (no prelo).

⁹ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 307.

¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 190. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 42.

questões de direito privado, o ponto central geralmente está na determinação do conceito de um instituto jurídico: “será que esses fatos se encaixam melhor no conceito de contrato ou de doação?”; “esta norma é procedimental ou material?”; etc.¹¹ Como se vê, muitas questões de direito privado são semelhantes a esta: *um jogo de xadrez sem a dama ainda é um jogo de xadrez?* Nesses casos, a construção dogmática se dá, em boa medida, em referência à própria história jurídica do instituto.¹² Não é por acaso que os tratados de direito privado começam, geralmente, com o exame do direito romano.

Já no direito público, as questões de fundo nas controvérsias geralmente giram em torno de uma teoria de estado. E, no caso brasileiro de hoje, em torno de uma teoria de estado republicano e democrático, em que o quadro básico de distribuição de poderes é o da tripartição entre os *Poderes* Legislativo, Executivo e Judiciário.¹³ Por exemplo: “este dispositivo de lei fere o princípio federativo?”; “trata-se de competência deste ou daquele órgão público?”; etc. Como se vê, ao contrário das questões de direito privado, as questões em matéria de direito administrativo atentam quase que inevitavelmente para os limites das competências e responsabilidades do agente público. Por trás dessas questões, emergem tensões entre o poder normativo do administrador, o princípio democrático de legitimação pelo voto, e a tripartição orgânica de poderes e competências entre os entes estatais.

Podemos então aproveitar a metáfora do jogo de xadrez acima utilizada, para concluir que uma pergunta típica de direito público seria similar a: *será que, dadas as regras do jogo, a torre pode mover-se diagonalmente?* Da mesma forma, e ainda para aproveitar o paralelo com o direito privado, pode-se dizer que não é por acaso que os tratados de direito público *não* costumam começar com o exame do direito romano. A revolução francesa, a proclamação da República, a edição da Constituição varguista, a restauração da democracia em 1988 – todos esses fatos são bem mais relevantes do que a organização do Estado em Roma, na Grécia ou na Itália do renascimento comercial.

Em síntese, tudo que disse até aqui pode ser resumido em dois pontos essenciais. Em primeiro lugar, diante de dilemas interpretativos, o administrador e o profissional do direito se vêem diante da necessidade de escolher uma entre diversas soluções interpretativas razoáveis; para tanto, tipicamente recorrem à dogmática jurídica. Em segundo lugar, as questões de fundo na dogmática de direito privado dizem respeito principalmente a conceitos jurídicos, enquanto que na dogmática de direito público dizem respeito principalmente a um modelo de Estado.

1.2 O atual modelo de Estado no Brasil

Desde o começo da década de 90, o modelo de Estado brasileiro passou por mudanças fundamentais. Dentre elas, duas merecem destaque: a democratização

¹¹ WILLIS, John. Three Approaches to Administrative Law: The Judicial, the Conceptual, and the Functional. *University of Toronto Law Journal*, vol. 1, 1935, p. 69-70, p. 53.

¹² É bem verdade que a positivação da *função social* do contrato e da propriedade compromete este quadro estilizado. Mesmo assim, como observação geral, parece-me que o ponto continua verdadeiro.

¹³ Se bem, é claro, que as *funções* legislativas, executivas e judiciárias são compartilhadas pelos três Poderes, dentro do espírito de criação de freios e contrapesos.

formalizada na Constituição de 1988, e a implantação de um modelo econômico em que o Estado reduz seu papel empreendedor e planejador, substituindo-o em boa medida por um papel mais indutor e organizador das atividades econômicas desenvolvidas por agentes privados.

A democratização processa uma alteração do titular da soberania nacional. No Estado ditatorial, o soberano é o príncipe; no Estado democrático, é o povo. A Constituição democrática de 1988, desse modo, trouxe um impacto fundamental ao direito administrativo. Foi finalmente superado o arquétipo de direito administrativo como *estatuto do poder*.¹⁴ Em seu lugar, consolidou-se a visão do direito administrativo como *estatuto da cidadania*, e da Administração Pública como conjunto de instituições e instrumentos que visam dar corpo ao Estado Democrático de Direito.¹⁵

Como se sabe, para além de seus louváveis princípios éticos, a Constituição disciplinou também temas de caráter ostensivamente infraconstitucional. A limitação dos “juros reais” em 12% ao ano, originalmente prevista no art. 192, § 3.º, da CF/1988,¹⁶ talvez tenha sido o exemplo mais evidente, embora certamente não o único. E pior, a Constituição trouxe também temas de todo prosaicos, tais como a indicação de que “o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.”¹⁷ Temas infraconstitucionais se prestam, naturalmente, à constante mudança. Só que no Brasil, cada uma dessas mudanças acabou se tornando uma emenda constitucional: foram 58 emendas em aproximadamente uma década e meia.

O problema é que há um preço a se pagar pelo casuísmo constitucional. Tantas emendas constitucionais em tão pouco tempo comprometeram a legitimidade política da nova ordem constitucional democrática. Que diversas dessas reformas constitucionais tenham sido perfeitamente imprescindíveis, em nada alterou este quadro. Desde o início ficou claro que a atividade desenvolvida pelo legislador constituinte não era simplesmente a de promover aquilo que os mais românticos viam como uma restauração da ética e uma “virada Kantiana”.¹⁸

Em paralelo à democratização, houve uma segunda mudança fundamental na estrutura política brasileira: a mudança de modelo econômico.¹⁹ A partir de 1990, logo após a edição da nova Constituição, o Estado brasileiro reduziu seu papel planejador e empreendedor na atividade econômica. Ao mesmo tempo, realçou seu

¹⁴ BINENBOJN, Gustavo. Nota do atualizador. In: FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. xi.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁶ Art. 192, § 3.º, da CF/1988, redação original: “As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será considerada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”. Revogado pela EC 40/2003.

¹⁷ Art. 242, § 2.º, da CF/1988.

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. Cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____ et al. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 248-249.

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

papel regulador e ordenador, e (ainda que tolhido por diversas limitações políticas e orçamentárias) passou a implantar um modelo de *Estado social*.²⁰

Os traços mais aparentes desta mudança foram as privatizações e as quebras de monopólios estatais em diversos setores da economia. Nesses setores, houve uma separação entre o operador e o regulador da atividade econômica. É que anteriormente, o mais comum era disciplinar as atividades econômicas de dentro da própria empresa estatal monopolista.²¹ Mas diante da necessidade de inserção nos mercados globais, essa estrutura ruiu. Para dar esteio ao novo modelo econômico, implementou-se no Brasil o que foi chamado de *reforma do Estado*. Delineado em uma *recomendação* do Conselho de Reforma do Estado, o projeto de reforma do Estado teve por objetivo “substituir o antigo estatismo pelo moderno Estado regulador.”²²

Assim, além das privatizações e quebras de monopólios, a reengenharia do Estado brasileiro envolveu a criação de diversas agências reguladoras²³ e o redesenho de outras organizações estatais mais antigas.²⁴ Embora os resultados finais da reforma do Estado tenham provavelmente sido mais modestos do que os ambiciosos objetivos originalmente traçados, fato é que, ao cabo do processo, a atividade econômica se descentralizou, e a regulação também. E no final das contas, o equilíbrio entre os poderes se alterou, porque a capacidade de normatizar condutas foi cada vez mais deslocada do Legislativo para o Executivo.²⁵

Por outro lado, a própria Constituição de 1988 estabeleceu as bases para a criação de um amplo sistema estatal de bem-estar social que – pelo menos do ponto de vista discursivo – estaria voltado prioritariamente à inclusão social. Ora, não é possível ter-se um Estado lotado de incumbências como o brasileiro somente contando com alguns poucos tribunais, legisladores, e administradores: é preciso um Estado grande. Que a carga tributária como proporção do PIB tenha aumentado em mais de 50% desde a democratização não é, certamente, mera coincidência.

O modelo rígido de tripartição de poderes *a la* Montesquieu pressupõe um governo pequeno e pouco interventivo. Isso decorre, antes de tudo, de uma razão prática: a *fabricação da salsicha*²⁶ pelo Poder Legislativo envolve muitas partes; por

²⁰ Não confundir *estado social* com *estado socialista*. Conforme BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 183-184.

²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Balanço e perspectivas das agências reguladoras no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 1, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, mar. 2005, p. 5.

²² Recomendação de 31.05.1996 do Conselho de Reforma do Estado, criado pelo Dec. 1.738/1995 como órgão vinculado ao então Ministério da Administração e Reforma do Estado. Vide MATTOS, Paulo T. L. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006, p. 140. Vide também o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRE), de novembro de 1995.

²³ Tais como Anatel, Aneel, Ancine, Anac, Antaq, ANTT, ANP, Anvisa, ANS e ANA.

²⁴ Tais como o Cade.

²⁵ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 146. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Civitas, 2004, t. I, p. 194.

²⁶ “As leis são como as salsichas, é melhor não ver como elas são feitas”. Frase atribuída a Otto Von Bismarck, o assim chamado “chanceler de ferro”, primeiro-ministro da Prússia entre 1862 e 1890.

isso, é lenta e não dá conta de temas excessivamente técnicos.²⁷ Um dos paradoxos do sistema representativo é o de que, quanto maior e mais representativo for o Poder Legislativo, tanto menor será a sua capacidade de ser rápido e técnico. Da mesma forma, quanto maior for o Poder Judiciário, tanto menor a sua capacidade de manter a consistência e coerência de suas decisões.²⁸ Na verdade, o gigantismo é imperativo lógico do *Estado social*; a descentralização administrativa é seu imperativo prático; e a relativa insegurança jurídica é provavelmente uma consequência quase que inevitável.

1.3 O desinteresse dos administrativistas pela regulação bancária

Desde a década de 90, administrativistas vêm se debruçando sobre os reflexos do novo modelo de Estado, tanto na sua inter-relação com a Constituição quanto nas suas implicações sobre diversos setores regulados. Essa análise setorial, contudo, foi bastante desigual: nas áreas em que houve quebra do monopólio estatal, como telecomunicações, petróleo e energia, multiplicaram-se os trabalhos de administrativistas. Mas em outras áreas como o setor bancário os trabalhos doutrinários de administrativistas minguaram. A regulação bancária, assim, manteve-se, de um modo geral, à margem do debate sobre os impactos do novo modelo de Estado.

Há três motivos que explicam o fato de a regulação bancária ter ficado à margem do debate jurídico entre os administrativistas. O primeiro deles é o de que nem as privatizações de bancos públicos, nem a realização do Proer,²⁹ causaram mudanças radicais na estrutura organizacional do aparato estatal de supervisão bancária. Já desde o tempo do *Império* a atividade bancária deixara de ser monopólio estatal, e ao tempo da reforma do Estado nos anos 90 já havia órgão de supervisão bancária operando a pleno vapor.³⁰ Com algumas exceções – o caso do IRB, por exemplo –³¹ esses órgãos conservaram a maior parte das suas competências e funções.

Em boa parte dos setores em que se quebrava o monopólio do Estado foram criadas *agências reguladoras*. O aparecimento de novos entes na “ecologia” do direito administrativo amparou uma série bastante grande de estudos que se dedicaram tanto a depurar os contornos jurídicos do seu funcionamento, quanto a discutir os

²⁷ Dito de forma mais técnica, os custos de transação para a produção legislativa são muito elevados quando há muitos participantes. Vide COOTER, Robert. *The Strategic Constitution*. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

²⁸ POSNER, Richard A. Symposium on Administrative Law: The Rise and Fall of Administrative Law. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 72, 1997, p. 953.

²⁹ Proer – Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Sistema Financeiro Nacional. Trata-se de uma série de medidas adotadas pelas autoridades monetárias brasileiras em meados da década de 1990 destinadas a sanear o sistema financeiro nacional.

³⁰ É bem verdade que a Lei do Plano Real (Lei 9.069/1995) reorganizou as competências do Bacen e mudou a composição do CMN, mas essas mudanças não foram radicais: do ponto de vista da sua estrutura básica, a organização de poderes para a regulação do sistema financeiro mudou pouco.

³¹ A EC 13/1996 eliminou do texto constitucional a expressão “órgão oficial ressegurador”. O Dec. 2.423/1997 incluiu o Instituto de Resseguros do Brasil – IRB no Programa Nacional de Desestatização (PND). A MedPro 1.578/1997 transformou o IRB em uma sociedade por ações. As competências normativas do IRB, previstas no art. 41 Dec.-lei 73/1966, foram revogadas pela LC 126/2007.

limites da sua legalidade. O Bacen, contudo, distingue-se das novas *agências reguladoras* não apenas pela sua antiguidade, mas também pela sua estrutura autárquica. Enquanto as novas agências regulatórias se caracterizaram pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo de seus dirigentes e autonomia financeira, o Bacen permaneceu tendo uma estrutura autárquica de modelo tradicional.

É curioso notar que na Europa a indústria bancária oferece o exemplo paradigmático de autoridade administrativa independente – que aqui no Brasil costumamos chamar de *agência*. Trata-se do Banco Central da Alemanha, cuja estrutura organizacional serviu, inclusive, como modelo para o Banco Central Europeu criado mais recentemente. Mas o caso brasileiro é bastante distinto. Ao contrário dos diretores das *agências*, os diretores do Bacen não têm mandato fixo.³²

O CMN, por sua vez, é integrado não apenas pelo presidente do Bacen, mas também pelo Ministro da Fazenda e pelo Ministro do Planejamento. Por isso – e mesmo que hoje se fale em independência do Bacen para formulação da política monetária – o simples fato do Bacen subordinar-se organicamente ao CMN já é suficiente para dar amplos poderes de ingerência à Presidência da República sobre as atividades do Bacen. Que a Presidência atualmente execute esta ingerência com moderação é uma questão de conjuntura política; não é uma questão jurídica.

O segundo motivo que explica a relativa marginalidade da regulação bancária no debate de administrativistas diz respeito à forma através da qual a substância das normas bancárias alterou-se a partir da década de 90. Esta forma foi, em larga medida, a via infralegal.

A maioria das mudanças verdadeiramente radicais – e houve muitas delas – ocorridas na indústria bancária desde a redemocratização foi disciplinada através de resoluções do CMN e de circulares e cartas-circulares emitidas pelo Bacen. Assim, o tema pôde ser tratado como uma questão meramente técnica e não política. Haveria uma boa técnica de regulação bancária – geralmente espelhada nas recomendações do Comitê da Basileia – que poderia ser implementada pela Administração Pública através da sua burocracia, e sem que se levantassem maiores questões no plano político.³³

O grande desafio criado pela evolução da regulação pela via infralegal esteve relacionado à alegação de “vício de origem”. Argumentou-se que o Poder Executivo teria utilizado a via infralegal para desvirtuar o sentido dos mandamentos legais originalmente estabelecidos pelo Congresso Nacional. Isto é, sendo o Congresso soberano, a burocracia do Bacen e do CMN teria agido ilegalmente ao mudar o espírito da legislação. Tal não é senão uma leitura da legalidade administrativa como

³² É bem verdade que a Lei do Plano Real [art. 8.º, § 5.º, Lei 9.069/1995] transformou o Bacen em “secretaria-executiva” do CMN. Mas esta tampouco foi uma mudança radical, já que as competências previstas na Lei 4.595/1964 (Lei do Sistema Financeiro Nacional) pouco mudaram.

³³ SALAMA, Bruno Meyerhof. De onde viemos? Inovação e resposta regulatória na indústria bancária no pré-crise. *Revista Direito GV Especial*, São Paulo: Direito GV, no prelo.

vinculação *positiva* à lei.³⁴ Aqui a visão é a da subsunção do agir administrativo à vontade manifestada pelo Poder Legislativo.³⁵

O principal contra-argumento – e trata-se de um bom contra-argumento – à tese dos *vícios de origem*, naturalmente, foi o de que a legislação de origem no Congresso de fato abria a possibilidade de que o Poder Executivo implementasse as mudanças que fez. Aqui se está diante da tese da intangibilidade do mérito administrativo.³⁶ Tendo agido dentro da gama de opções permitidas pelo texto legal, a burocracia não teria violado os mandamentos do legislador.

A questão é, na verdade, apenas mais uma demonstração de como a teoria do estado importa para a interpretação do direito administrativo, ponto que já discuti acima.³⁷ De se notar, ademais, que muitas das mudanças regulatórias – reitere-se, muitas delas profundas – deram-se apenas pela via interpretativa. Em alguns casos, a mudança interpretativa partiu de decisões do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). Em diversos outros casos, contudo, a mudança de interpretação de normativos antigos partiu do próprio Bacen.

É bem verdade que a Presidência da República também desempenhou um papel importante no processo de evolução do marco legal aplicável à atividade bancária de um modo geral. Mas suas ações se deram quase sempre através de medidas provisórias, que são politicamente mais opacas. Por isso, nem sempre chegaram a pôr em questão o caráter também político (e não apenas técnico) da regulação bancária. A atuação da Presidência, desse modo, tampouco contribuiu para que o tema da regulação bancária pudesse ganhar relevo na discussão jurídica.

A terceira razão a explicar o relativo desinteresse dos administrativistas brasileiros pelo tema da regulação bancária tem conteúdo histórico. As bases jurídicas para a regulação bancária foram dadas pela Lei 4.595/1964. Essa lei encontrou os administrativistas ainda imersos no desafio de construir um direito *sobre o Estado*. A temática do direito administrativo da época girava em torno do funcionamento de empresas estatais, procedimentos de concurso e licitação para a Administração Pública, contratos administrativos, e assim por diante. Aos administrativistas da época, um direito sobre as instituições financeiras, mesmo que oriundo de órgãos da Administração Pública, não lhes parecia assunto seu. O quadro só mudaria na década de 90, quando os administrativistas se deram conta de que o direito administrativo abrangeria também o direito produzido por órgãos da Administração que regulariam diversos outros setores da economia.

Um exercício contrafactual ilustra bem a mudança de viés dos administrativistas diante do novo modelo de Estado gestado nos anos 90. Ao se depararem com o poder normativo das autarquias especiais então criadas, teria sido natural que os

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 82-83.

³⁵ Com base nessa linha de argumentação, por sinal, foram ajuizadas até mesmo ações criminais por procuradores da república contra ex-diretores e ex-presidentes do Bacen.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

³⁷ Examinando a aplicação desta questão à esfera da regulação cambial em outro texto. Conforme SALAMA, Bruno Meyerhof. Limitações institucionais ao funcionamento dos controles de câmbio no Brasil: o caso dos *blue chip swaps* (no prelo).

administrativistas se voltassem para as autarquias mais antigas que já possuíam e exerciam funções normativas há muitas décadas. Por exemplo, ao se depararem com os poderes normativos reservados à Anatel sob a Lei Geral de Telecomunicações,³⁸ o esperável seria que os administrativistas se voltassem ao Bacen e realizassem algum esforço de comparação. Por que não o fizeram? Talvez porque tal exercício de comparação revelaria o atraso da própria teorização brasileira sobre legalidade administrativa, que havia quase ignorado durante três décadas a competência normativa de entidades como o Bacen.

Em síntese, as repercussões da mudança no modelo do Estado brasileiro sobre a regulação bancária permanecem sendo um tema pouco tratado pela doutrina administrativista. Nas últimas duas décadas, a disciplina jurídica bancária evoluiu em grande medida a partir de resoluções do CMN e da edição de circulares e outras práticas do corpo burocrático do Bacen. Decisões do CRSFN e ações da Presidência da República também contribuíram para esse processo, embora em menor grau. Nada disso despertou grande interesse na doutrina administrativista, especialmente porque o tema foi qualificado como essencialmente técnico, e, portanto, afeito apenas à técnica bancária, e não à técnica jurídica.

³⁸ Lei 9.472/1997.

2 Como interpretar as normas emitidas pelo Bacen e CMN?

Não é, evidentemente, objetivo deste trabalho conduzir uma análise abrangente das variadas implicações do *novo* modelo de Estado brasileiro para a regulação bancária como um todo. Para os presentes fins, basta apontar que este modelo contém três aspectos importantes e bastante concretos que podem e devem servir de pressupostos para a interpretação do marco infralegal administrativo na seara bancária.

O primeiro é o de que desde a década de 90 foi amplificada a ênfase na instrumentalidade técnica da regulação bancária. O segundo é o de que a combinação de ênfase na técnica e descentralização regulatória acabou por criar um corpo relativamente insulado de regulação jurídica, com uma lógica de funcionamento parcialmente autônoma. O terceiro aspecto diz respeito à relevância do marco constitucional como instância de resguardo de liberdades individuais, de que os agentes privados podem se servir para resistir ao arbítrio do poder público. Esses três pontos são brevemente articulados abaixo.

2.1 Instrumentalidade técnica da regulação bancária

Até os anos 90, não se falava no Brasil em *regulação bancária*, mas sim em *regulamentação bancária*.³⁹ Embora seja difícil precisar a diferença técnica entre esses termos, a mudança do discurso marca a também mudança de modelo de Estado no Brasil.

No modelo de *Estado dirigista*, o Estado exercia essencialmente duas funções opostas: o planejamento e intervenção direta na atividade econômica de um lado, e a fiscalização dos particulares de outro.⁴⁰ O planejamento e intervenção se davam principalmente através da ampla prestação pelo Estado de serviços públicos e da intervenção recorrente em atividades econômicas produtivas. A fiscalização se dava principalmente através do exercício de poder de polícia, isto é, de intervenções de caráter pontual destinadas a impor limites à atuação privada para reprimir/evitar danos. Por conta da redução do peso do Estado empreendedor na economia, este modelo foi parcialmente abandonado a partir dos anos 90.

Já no modelo de *Estado regulador*,⁴¹ a função do Estado é pensada como a de um organizador da forma como se estruturam as relações sociais e econômicas na sociedade. Dessa ótica, o mero exercício de poder de polícia sobre os mercados é entendido como sendo demasiado acanhado. O que se espera do Estado é uma verdadeira ordenação dos setores econômicos – síntese da regulação.

De um lado, o Estado se retira (embora no Brasil, não completamente) do desempenho da atividade econômica produtiva, e em alguns casos ainda reduz o

³⁹ Vide YAZBEK, Otavio. *Regulação do mercado de capitais*. 2. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 178-180.

⁴⁰ Vide SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Melhoramentos, 2001, p. 14.

⁴¹ O que aqui chamo de estado regulador é tratado por Paulo Mattos como *novo estado regulador*. A idéia de Mattos é contrapor o modelo de estado regulador que surge na década de 90 àquele criado nos anos 30, na Era Vargas. Vide MATTOS, Paulo T. L. Op. cit., p. 109-117.

âmbito da sua presença na prestação de certos serviços públicos. Em compensação, espera-se mais do Estado do que uma ação meramente reativa e de punição ocasional. Requer-se do Estado não apenas a *reação*, mas também a ordenação. O ato de regular consiste, assim, num exercício ordenativo da função normativa.

A distinção entre modelo de Estado *dirigista* e modelo de Estado *regulador* afeta diretamente aquilo que se espera dos órgãos responsáveis pela supervisão bancária. No modelo de Estado dirigista, a atividade dos órgãos da administração era essencialmente a de preencher as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo e pelo Chefe do Executivo, de forma a pôr em prática o planejamento estatal. Já no modelo de Estado regulador, a atividade dos órgãos da Administração é a de ordenar, o que fazem através de instrumentos de autoridade.⁴²

A atividade do CMN e do Bacen vai, portanto, muito além do mero preenchimento de lacunas. Por isso, do ponto de vista jurídico, o que se observa é de fato um alargamento da delegação legislativa ao administrador, cujas competências normativas – particularmente no que toca às suas capacidades normativas de conjuntura⁴³ – são, por tabela, igualmente alargadas. Do ponto de vista econômico, espera-se dos órgãos da Administração Pública que sua competência normativa seja exercida de modo a fazer com que a indústria regulada possa desempenhar sua função econômica. Finalmente, do ponto de vista político, o planejamento e a formulação da política pública tornam-se mais difusos, espalhando-se por diversos órgãos do Poder Executivo.

Em vista disso, o Estado regulador é concebido sob a inspiração de três conceitos-chave: do ponto de vista jurídico, a promoção do “interesse público”;⁴⁴ do ponto de vista econômico, a correção de “falhas de mercado”;⁴⁵ e do ponto de vista político, a “descentralização do poder normativo” dentro do Poder Executivo, cujos órgãos passam a operar em um sistema de rede, rompendo com a formatação piramidal herdada do modelo montesquiano.⁴⁶

As atividades do CMN e do Bacen hoje em dia se encaixam neste esquema de regulação. Devem ser compreendidas como voltadas à promoção do interesse público, o que se dá essencialmente através das tentativas de correção de falhas de mercado. Vale dizer: o interesse público que – espera-se – esteja contido nas ações do CMN e do Bacen não está na técnica empregada (meio), mas no resultado

⁴² SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. In: _____ (org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23.

⁴³ ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira*. Tese de doutorado, São Paulo, USP, 2004.

⁴⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. Note que no modelo político pré-democrático, a regulação era vista como meio de proteger a indústria da concorrência excessiva.

⁴⁵ MATTOS, Paulo T. L. Op. cit.

⁴⁶ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 127-128 (notando que “[...] o Estado regulatório ou intervencionista passou a editar, de maneira não sincronizada em termos lógico-formais, materiais e temporais, sucessivas normas de comportamento, normas de organização e normas programáticas. Interseccionando-se continuamente, essas normas concebidas a partir de objetivos específicos, circunstâncias distintas e interesses conflitantes, acabaram gerando inúmeros subsistemas e diversas cadeias normativas no âmbito do ordenamento jurídico, cada uma delas com seus princípios e lógicas interpretativas”).

Não citar/Please do not quote 14

pretendido (fim).⁴⁷ Esse quadro revela o aspecto instrumental da regulação bancária, sugerindo a conveniência da utilização da interpretação *teleológica* no exame dos normativos constantemente em questão.⁴⁸

2.2 Insularização regulatória

Vimos que a interpretação das normas do Bacen e do CMN deve se voltar à concretização dos objetivos traçados por tais reguladores. A questão passa a ser, então, como enxergar tais objetivos. Meu argumento aqui é o de que não há outra forma de fazê-lo, senão descendo à lógica subsistêmica da regulação bancária e financeira. Digo mais: este é um imperativo do sistema democrático. Quem não entende a lógica subsistêmica do setor financeiro pode descambar infantilmente para aquilo que já foi chamado de *direito administrativo do espetáculo*.⁴⁹

De fato, a descentralização regulatória posta em prática no Brasil nas últimas duas décadas acabou por criar verdadeiras “ilhas” regulatórias. Em paralelo ao grande ramo do direito administrativo, surgiram conjuntos normativos crescentemente dotados de relativa independência e autonomia. Exemplos incluem o “direito das telecomunicações”, o “direito da aviação civil”, o “direito sanitário”, o “direito da Internet”, e assim por diante.

A regulação bancária, do mesmo modo, insularizou-se também. É bem verdade que o direito bancário existira há muito tempo como um corpo relativamente singular. Mas desde os anos 90 seus conteúdos se pormenorizaram, tornaram-se mais técnicos – mais complicados também – e suas referências de análise, por outro lado, se internacionalizaram. A crescente especialização no trato das questões jurídicas afeitas à regulação bancária, e a conseqüente perda de espaço do advogado generalista foram, por sinal, sintomáticas.

Esses verdadeiros *ordenamentos jurídicos setoriais*⁵⁰ tendem a cada vez mais se relacionar juridicamente com seus homólogos estrangeiros e com as regras e parâmetros regulatórios internacionais. Isso se dá também porque a própria indústria acaba de certa forma exigindo dos reguladores relativa uniformidade como condição da sua operabilidade. Isso é particularmente verdadeiro nas indústrias que funcionam conectadas globalmente, como telecomunicações, aviação e bancos, apenas para citar algumas.

⁴⁷ GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade e reflexividade: Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 107.

⁴⁸ Aqui andamos próximos da leitura do princípio da eficiência dada por Alexandre Santos de Aragão. Vide ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 4, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nov.-dez. 2005/jan. 2006, p. 2 (“Uma interpretação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos, não pode ser considerada como a interpretação mais correta”).

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65.

⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 10, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, maio-jul. 2007, p. 17-20.

O fenômeno da internacionalização de corpos regulatórios insularizados é bem ilustrado pelo papel exercido pelo Comitê da Basiléia, cujas recomendações vêm se tornando a quintessência daquilo que se passou a chamar de *soft law*.⁵¹ Embora o Comitê da Basiléia exista desde os anos 70, suas recomendações só passaram a ser seguidas de perto pelo Brasil nos anos 90. Desde então, a influência crescente dessas recomendações foi se tornando cada vez mais decisiva tanto para a formulação de novos atos normativos no setor bancário, quanto para a interpretação pela burocracia administrativa dos atos normativos já existentes.

Fenômenos como a *soft law* restringem, ademais, o campo de ação do regulador nacional. Mas há limites: os corpos jurídicos que emergem desse processo de insularização regulatória estão, naturalmente, cingidos pela Constituição Federal e pelos princípios gerais de direito. Aplicam-se a eles, ainda, as normas de direito processual, direito penal, direito civil, etc., mesmo que subsidiariamente. Ou seja: a insularização é, certamente, apenas parcial.

Só que as normas e princípios gerais de direito administrativo, embora sendo aplicáveis aos modernos *corpos normativos insulados*, já não dão mais conta nem de discipliná-los, muito menos de guiarem o intérprete. Um dos motivos é o de que os manuais freqüentemente apresentam o direito administrativo, tal qual a matemática, como um sistema de conceitos atemporais. Mas este não é o principal problema. Afinal, nem só de manuais vive o direito administrativo, e, além disso, os administrativistas estão constantemente a digladiarem sobre a definição de seus conceitos. E ademais, dessas contendas vez por outra emergem inovações conceituais, tais como a *regulação* e o *processo administrativo*.⁵² O direito administrativo, à sombra dos modelos de Estado, está em constante mutação.

Na verdade, o principal motivo para a relativa limitação das normas e princípios gerais de direito administrativo está diretamente relacionado ao caráter técnico da regulação. Quanto mais técnica a regulação, mais opaco se torna o interesse público. Em cada setor regulado há princípios específicos e precedentes decisórios que, tomados em conjunto, dão sentido e segurança jurídica a regulado e regulador. A lógica subsistêmica serve para evitar uma das grandes dificuldades do direito administrativo, que é a de se descolar da realidade e trabalhar apenas com grandes suposições não testadas.

Como se vê, por trás da criação desses corpos normativos relativamente insularizados esteve justamente a busca de uma regulação mais técnica que pudesse dar conta das complexidades de cada indústria regulada. O Estado regulatório, ordenador de comportamentos, está constantemente em busca da melhor técnica de ordenação socioeconômica. Isso é refletido pela passagem – em parte apenas retórica – do administrador que *regulamenta* para o administrador que *regula*. A explosão da quantidade de regulamentos diariamente editados é sintomática desse

⁵¹ O Comitê da Basiléia é um foro internacional que congrega representantes de diversos bancos centrais, e que promove a coordenação da regulação financeira internacional. Sobre o tema, SALAMA, Bruno Meyerhof. De onde viemos? Inovação... cit.

⁵² SUNDFELD, Carlos Ari. Para entender o direito administrativo (no prelo), p. 3.

processo. Ao mesmo tempo, é também ameaçadora às liberdades individuais e do próprio Estado de Direito.

2.3 Normas e princípios constitucionais como limite

O terceiro ponto a ser ressaltado é o de que a postura proativa, ordenadora e técnica que se espera do *regulador* bancário *deve estar* limitada pelas garantias jurídicas que protegem o cidadão e os demais agentes econômicos contra o arbítrio e o abuso de poder pelo Estado.

Não é segredo que, desde a década de 90, diversas áreas até então pouco reguladas passaram por um fortíssimo processo de juridificação. Não apenas na seara da regulação bancária, mas em diversos outros campos da regulação, houve uma avalanche de atos normativos prevendo punições para variadas condutas tidas como indesejáveis. Sob a égide de uma Constituição Federal que dava amplos poderes de revisão ao Poder Judiciário, esse quadro pôs fogo nos debates de direito administrativo.

As sanções administrativas então criadas foram também reforçadas pelo estabelecimento de novos tipos penais, como a criminalização da lavagem de dinheiro⁵³ e do uso indevido de informação privilegiada (o chamado *insider trading*).⁵⁴ A própria lei de *crimes do colarinho branco*, Lei 7.492/1986, foi editada já no ocaso do regime militar, refletindo de certo modo a transição para o Estado democrático regulatório. Um ponto pouco notado é o de que esses tipos penais *reforçadores* das vedações administrativas refletem a necessidade de antecipação da intervenção penal com fins preventivos. Por isso, a incriminação formal se dá crescentemente sobre as *condutas* – não sobre os *resultados*, como tradicionalmente ocorrera no direito penal.

Embora esse ponto ainda não tenha sido totalmente absorvido pela jurisprudência, esses novos tipos penais permitem a caracterização do crime ainda que não tenha havido uma lesão (ou mesmo um perigo concreto). Prescinde-se do resultado para que o crime seja considerado consumado. Há, portanto, cada vez mais tipificações de mera conduta.⁵⁵ Trata-se de verdadeira *administrativização do direito penal*.⁵⁶

⁵³ Lei 9.613/1998.

⁵⁴ Incluído na Lei 6.385/1976 pela Lei 10.303, de 31.10.2001.

⁵⁵ Um exemplo interessante e recente de condenação por ato de mera conduta na esfera administrativa foi a condenação pelo Cade de laboratórios farmacêuticos por tentativa de formação de cartel.

⁵⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Dogmática penal e risco: apontamentos sobre transformações e impasses no direito penal contemporâneo (no prelo), p. 11 (notando que “a mudança na estrutura de imputação não implica, em si, expansão do direito penal, ao contrário do que muitas vezes se aponta. O espaço que o direito penal vai ocupar na resolução dos problemas na sociedade ainda está em disputa, e essa disputa está agora na definição do conteúdo dos deveres que se dirigem aos cidadãos sob ameaça de sanção penal. Ela mudou de lugar: seu centro não está mais na definição do catálogo de bens que o direito penal pode ou não proteger. Não se trata mais de debater sobre a legitimidade ou não em razão do conteúdo de cada bem que se adiciona ou não à lista dos merecedores de proteção penal”). Vide também ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Viejas y nuevas tendencias policriminales en las legislaciones penales. In: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; SANZ MULAS, Nieves. *Derecho penal de la democracia vs. seguridad pública*. - Título correto. Granada: Comares, 2005, p. 89.

Fato é que a atividade reguladora do Estado está cingida pelas normas e princípios constitucionais que garantem e controlam o exercício do poder pelo Estado, e protegem as liberdades individuais. A consolidação do Estado regulatório foi, ou pelo menos deveria ser, uma via de mão dupla. Por um lado, o Poder Executivo recebe poderes de ordenação, tanto pela via regulamentar quanto pela via das medidas provisórias. Só que todo esse poder tem uma contrapartida, que é justamente a necessidade de seguir processos administrativos.

Há então uma fronteira que limita o espaço de atuação dos órgãos do Poder Executivo, inclusive da administração indireta, nas suas tentativas de ordenar comportamentos. Essa fronteira está nos princípios e normas constitucionais que resguardam o devido processo legal e a legalidade. Aqui ganham relevo temas centrais do direito administrativo como a *primazia da lei* (segundo a qual a função normativa da Administração não pode contradizer as leis) e a *reserva da lei* (segundo a qual certa produção normativa cabe exclusivamente ao legislador). Na sua tradução moderna, na verdade, esses temas não refletem senão uma mudança de enfoque do direito administrativo: perde relevo o *ato administrativo*; ganha relevo o *processo administrativo*.⁵⁷

Tem-se então o seguinte: o ordenamento jurídico dá as competências normativas ao órgão regulador; a noção de Estado regulador – proativo, técnico e ordenador – reforça tais competências; e a lógica subsistêmica dá sentido às normas componentes do corpo insular da regulação bancária. Todo esse quadro reforça o poder instrumental do Estado diante do indivíduo. Mas ao mesmo tempo, o mesmo ordenamento jurídico que aparelha o Estado lhe impõe limites. E no Brasil, o faz especialmente pela via constitucional.

Daí por que a supramencionada teleologia insularizada da norma não basta para se interpretar corretamente o direito administrativo bancário. Para se proteger do arbítrio do Estado o agente privado se vale de direitos, e estes têm que ser levados em consideração no processo interpretativo. Vimos que no Estado regulatório a burocracia estatal opera em rede – estrutura que, como dissemos, é não-piramidal. Essa formatação, contudo, não afasta a necessidade de integração constitucional da regulação. Pelo contrário, a reforça, especialmente no sentido de encontrar na Constituição o limite da ação discricionária do agente público. O administrador está sempre, em algum grau, vinculado à juridicidade.⁵⁸

A chamada tese da “deslegalização”, que chegou a ser defendida por algumas agências, não pode prosperar; nem no setor bancário, nem fora dele.⁵⁹ Todo ato administrativo está sujeito ao princípio da legalidade, que está, por sinal, duplamente refletido na nossa Constituição (*caput* do art. 37 e art. 5.º, II, da CF/1988). A autonomia técnica de um órgão da Administração Pública, por maior que seja, não pode chegar a ponto de subverter a hierarquia do regulamento frente à lei. Quando se

⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 199 e ss.

⁵⁸ BINENBOJN, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo... cit., p. 16-18.

⁵⁹ BINENBOJN, Gustavo. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 3, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, ago.-out. 2005, p. 10-12.

admite o contrário, abre-se a possibilidade de quebra da espinha dorsal do Estado de Direito. A fuga ou descolamento do ato administrativo diante do direito constitucional equivale à quebra do princípio da submissão do governante à lei.

Esta é, por sinal, uma outra forma de demonstrar que a insularização da regulação bancária é apenas parcial. Por exemplo: as disposições contidas no Título 5 do Manual de Normas e Instruções do Bacen, que tratam da ação fiscalizadora daquela autarquia, não se põem nem em um vazio jurídico, nem em um vazio institucional. Ao contrário, seguem normas e princípios constitucionais e por isso prendem-se à legalidade.

Desse modo, não apenas as normas e princípios constitucionais, mas também as normas e princípios de direito penal e de direito administrativo, têm aplicação à conduta do Bacen e do CMN. Mesmo que essa aplicação se dê por vezes em caráter meramente subsidiário, tanto na formulação da regulação, quanto na sua aplicação, o Bacen está limitado pelos princípios de direito que orientam geralmente a ação sancionadora administrativa de um modo geral.

Há então um sentido último no exercício que aqui conduzo de ressaltar a passagem do Estado dirigista pré-democrático para o Estado regulatório democrático. Este não está na flexibilização do princípio da legalidade, mas sim no relevo a ser dado a uma interpretação do direito que congregue dois pontos: de um lado, uma interpretação teleológica e insularizada; de outro, a limitação posta pelas normas e princípios constitucionais que garantem o cidadão. A teleologia insular preserva a possibilidade de ação instrumental da burocracia; a Constituição dá o limite. A teleologia insular dá ao Estado a possibilidade concreta de ordenar; a Constituição impede que o Estado regulatório descambe para o despotismo burocrático.

Resumo e conclusão

Em direito administrativo, as questões mais complexas e polêmicas geralmente dependem da interpretação que se dá ao modelo de Estado. Isso é verdade, ainda que freqüentemente essa interpretação do modelo de Estado esteja simplesmente implícita nos atos dos profissionais do Direito e na própria evolução da cultura jurídica.

O caso brasileiro recente aponta para duas mudanças no modelo de Estado: a democratização e a passagem do Estado dirigista para o Estado regulador. Nesse novo contexto, ganham relevo a instrumentalidade da regulação, a relativa insularização dos “corpos” regulatórios, e, ainda, a limitação de todo o edifício regulatório pelos preceitos constitucionais que resguardam as liberdades individuais.

Diante disso, parece-me que a interpretação do marco regulatório bancário deva guiar-se preferencialmente a partir da conjugação das três seguintes perspectivas.

A primeira tem origem na concepção de *Estado democrático regulador*. O principal reflexo dessa concepção de Estado regulador no campo da regulação bancária está no realce da *interpretação teleológica* das normas que disciplinam a atividade bancária. Sem a teleologia, o sentido eminentemente *instrumental* da regulação se perde. Este não é um problema de lógica formal, mas sim de mera conveniência: a regulação bancária envolve a formulação da política pública, e o regulador dela faz uso com fins instrumentais.

A segunda perspectiva diz respeito à relativa independência subsistêmica da regulação bancária. A regulação bancária é parcialmente autônoma, e tem peculiaridades que lhe são únicas. Em particular, para se interpretar a regulação bancária não basta pensar na instrumentalidade da regulação à luz dos princípios constitucionais: é preciso conhecer o negócio bancário, a prática bancária e a prática da regulação bancária.

Finalmente, a terceira perspectiva tem esteio no direito constitucional e na sua principiologia. Trata-se de ressaltar o princípio da legalidade como mecanismo de defesa do agente privado contra os recorrentes abusos por parte do Estado que utiliza o direito de maneira instrumental. O Estado pode induzir comportamentos e organizar relações sociais e econômicas, mas somente nos limites da lei.