ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 11 – agosto/setembro/outubro - 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

AGÊNCIAS ADMINISTRATIVAS, PODER REGULAMENTAR E O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Egon Bockmann Moreira

Professor de Direito Administrativo no Instituto Romeu Felipe Bacellar. Advogado em Curitiba, sócio da Justen & Associados. Mestre em Direito Administrativo. Ex-consultor jurídico do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (1º semestre/1995).

SUMÁRIO: I. Premissas hermenêuticas. II. As agências administrativas e o direito brasileiro. III. Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários – Natureza Jurídica. IV. Função regulamentar. V. Função regulamentar de CMN, BACEN e CVM, em face das Agências. VI. Conclusão.

O sistema financeiro nacional é integrado pelo Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil, ambos criados pela Lei n. º 4.595, de 31.12.1964 (e alterações), e cujas competências relativas ao mercado de capitais estão previstas na Lei n. º 4.728, de 14.7.1965. A Comissão de Valores Mobiliários foi criada pela Lei n. º 6.385, de 7.12.1976.

Tendo em vista as recentes modificações experimentadas no Direito Administrativo pátrio, é de se cogitar se tais entidades podem ser classificadas como "agências independentes", bem como sua eventual diversidade em face das recém-criadas "agências executivas" e "agências reguladoras". Ademais, cabe investigar seu "poder normativo" e os limites derivados dos estândares estabelecidos pela legislação que criou tais organizações. Ao final, analisaremos se o artigo 192 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu alguma reserva de lei que não esteja atendida nos diplomas supracitados.

I. PREMISSAS HERMENÊUTICAS

1. A análise das questões acima arroladas pressupõe a fixação de premissas de interpretação claras e, mais do que isso, exige que seja fixado um

conceito básico para a realidade normativa "agências", bem como sua razão, conteúdo e limites.

2. Partimos de três regras de hermenêutica jurídica.

Primeira, a de que a interpretação não pode abstrair das finalidades normativas visadas, justamente em face da situação concreta. A lei não pode ser interpretada puramente em abstrato, tal como não possuísse vínculos e desdobramentos na vida real ou não se dirigisse a determinado objetivo. A relação entre *ratio legis* e situação de fato é essencial às conclusões hermenêuticas. Ainda mais quando estão em análise normas de ordem pública, as quais, no Brasil, devem reger um Estado Democrático de Direito.

Segunda, a interpretação jurídica há de ser sistemática, não analisando somente aqueles preceitos específicos colocados à disposição do intérprete, como se pudessem existir normas avulsas, mas a unidade do sistema. *"Em outras palavras, uma consciente interpretação do Direito Administrativo jamais poderá ser isolada ou destituída da necessária conexão com a inteireza do sistema, na sua vocação teleológica para a abertura e para a unidade. Com efeito, toda interpretação juspublicista, mesmo diante das questões mais singelas, há de ser sistemática, principiológica e hierarquizadora..."*[1]

A terceira regra é a de que a interpretação jurídica não pode orientar-se por aquilo que Luís Roberto Barroso denominou de *"uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo". Ao definir a "hermenêutica retrospectiva"*, o autor reporta-se à lição de Barbosa Moreira: *"Põe-se ênfase das semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou."*[2]

Estas são, basicamente, as premissas de hermenêutica que orientarão o presente texto.

II. **AS AGÊNCIAS ADMINISTRATIVAS E O DIREITO BRASILEIRO**

3. O direito positivo brasileiro, especialmente o constitucional e administrativo, vem passando por radical série de mudanças.[3] O legislador visou a instalar uma Administração Pública qualificada de flexível e ágil, destinada a corresponder às necessidades pelas quais passa um mundo pós-globalização.

---

[1] Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, Malheiros, 1995, p. 151.

[2] L. R. Barroso, *Dez Anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?)*, RTDP 20/39.

[3] Mudanças que tiveram início com a EC n.º 5/95 e que, no que diz respeito à Administração Pública, pretenderam adotar a concepção de "Administração Gerencial". Nesse sentido, Luiz Carlos Bresser Pereira (*Reforma do Estado para a Cidadania*, ENAP e Editora 34, 1998).

Dentre tais alterações, está a instalação das chamadas "agências administrativas".

3.1. Como é notório, as agências administrativas têm origem no direito estadunidense, cujo Direito Administrativo se estruturou em torno de tais entidades.[4-5] Note-se que a primeira agência foi criada ainda no século XIX (*Interstate Commerce Comission*, de 1887).

Naquele país, existe lei própria, definidora da estrutura normativa das agências (*Federal Administrative Procedure Act*, de 1946), bem como de seus genéricos poderes e deveres. Trata-se de lei geral, que fundamenta a criação de agências específicas, no âmbito federal.

Há duas espécies de agências, as "reguladoras" e as "executivas". Estas vinculam-se à pura execução de serviços de ordem social (pensões, previdência social, seguros etc.), enquanto que aquelas disciplinam determinada área de atuação estatal (incluindo-se aí direitos e deveres dos particulares).

Tais agências administrativas reguladoras caracterizam-se por ter independência em face do Poder Executivo e não estar submetidas a controle hierárquico. De forma autônoma, emanam normas que regulamentam a matéria de sua competência e decidem litígios, exercitando os denominados poderes "*quasi-judicial*" e "*quasi-legislative*". Na ampla maioria delas, seus dirigentes possuem mandato fixo, há supervisão das comissões do Congresso, possibilidade de controle judicial e "relações políticas" com o Poder Executivo.

3.2. No Brasil, inexiste qualquer lei semelhante à norte-americana. Não há nenhuma disposição normativa que defina as condições genéricas de existência de uma agência administrativa – seja ela "reguladora", seja "executiva". Mais do que isso, não há qualquer preceito legal que diga o que é uma "agência". Ao contrário, reina a confusão.

De há muito, o direito positivo brasileiro utiliza-se à larga do termo, ora em sentido vulgar (agência telegráfica, agência do correio, agências das capitanias dos portos),[6] ora em sentido específico (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional do

---

[4] Na definição de Bernard Schwartz, "*administrative law deals with the delegation of power to administrative agencies; the manner in which administrative powers must be exercised (emphasizing primarily the procedural requirements imposed by the law); and judicial review of administrative action.*" (*Administrative Law*, Little, Brown and Company, 1991, p. 3). Henry Campbell Black é ainda mais incisivo, ao definir *administrative law* como "*Body of law created by administrative agencies in the form of rules, regulations, orders and decisions to carry out regulatory powers and duties of such agencies*" (*Black's Law Dictionary*, West Publishing, 1990, p. 46).

[5] Não discorreremos a respeito das flagrantes diferenças entre os sistemas normativos brasileiro e norte-americano, vez que não é da essência do presente trabalho. A respeito de tal diversidade e por todos, veja-se René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Martins Fontes, 1996.

[6] *V.g.*, Lei 3739/60 ("agência telegráfica"), Leis 2821/56 e 2205/54 ("agência do correio"), Dec. 97.536/89 (extinguiu "agências de capitanias dos portos").

Petróleo – ANP e Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVS),[7] ora em sentido técnico indefinido (Agência Espacial Brasileira e Agências de Água).[8-9]

O texto constitucional contém apenas a expressão "agências financeiras oficiais de fomento" (art. 165, § 2º) e o inc. I do art. 52 do ADCT refere-se a "agências de instituições financeiras". Mesmo depois das Emendas n.º 8/95[10] e 9/95,[11] a Constituição Federal contempla a locução "órgão regulador", não "agência administrativa".

Já a Lei 9.649/98, que "dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios", adota o termo "órgão regulador", para ANP e ANEEL,[12] e cria o qualificativo "agência executiva",[13] a ser outorgado a autarquias ou fundações que tenham cumprido determinados requisitos (plano estratégico e contrato de gestão).

Por fim, os Decretos 2.487/98 e 2.488/98 estabelecem a qualificação das "agências executivas", não declinando o que vêm a ser tais entidades, mas meramente dispondo sobre o procedimento e requisitos necessários a tal atributo - o que levou Celso Antônio Bandeira de Mello à percuciente conclusão de que "O decreto, curiosamente, não indica quaisquer conseqüências extraíveis do

---

[7] Lei 9.427, de 26.12.96 (ANEEL: "autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia" – art. 1º), Lei 9.472, de 16.6.97 (ANATEL: "entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações" – art. 8º, sendo que "A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira." – art. 8º, § 2º), Lei 9.478, de 6.8.97 (ANP: "entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia." – art. 7º) e Lei 9.782, de 26.1.99 (ANVS: "autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde" art. 3º, sendo que "A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira" – par. ún.).

[8] Lei 8.854, de 10.2.94 (Agência Espacial Brasileira - "autarquia federal vinculada à Presidência da República, com a finalidade de promover o desenvolvimento das atividades espaciais de interesse nacional") e Lei 9.433, de 8.1.97 (Agências de Água - "exercerão função de secretaria executiva do respectivo ou respectivos Comitês de Bacia Hidrográfica").

[9] Isso sem mencionar a tão divulgada Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, cujo projeto de lei foi encaminhado ao Congresso Nacional em 19.9.97, definindo-a como "órgão de assessoramento direto ao Presidente da República, que, na posição de órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência, terá a seu cargo planejar, executar, coordenar, supervisionar e controlar as atividades de inteligência do País, obedecidas a política e as diretrizes superiormente traçadas nos termos desta Lei." (art. 3º). Até a presente data, a ABIN não existe de direito, apesar de possuir até seu *site* na internet (http://www.abin.gov.br).

[10] Modificou o art. 21, inc. XI: "Art. 21. Compete à União: [...] XI – explorar [...] os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um *órgão regulador* e outros aspectos institucionais;" (grifo nosso.)

[11] Alterou o art. 177, § 2º, inc. III: "§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: [...] III – a estrutura e atribuições do *órgão regulador* do monopólio da União." (grifo nosso.) O art. 177 dispõe basicamente sobre petróleo e gás natural.

[12] Capítulo IV, arts. 35 e 36.

[13] Arts. 51 e 52.

qualificativo 'agência executiva', de sorte que ele apresenta o sabor de uma 'comenda'."[14]

3.3. Além de não haver previsões gerais definidoras do que efetivamente vem a ser uma "agência" no direito brasileiro, os textos legais em vigor produzem séria confusão dos conceitos. Não há qualquer coerência semântica, que, de imediato, autorize e (ou) facilite a uniformidade na interpretação de tais normas.

Há leis que estabelecem o que vem a ser o "regime especial" ao qual estão submetidas as "agências administrativas", nunca de forma igual às demais, e outras que somente lançam tal locução quando "qualificam" a agência, tal como se houvesse incontrovérsia quanto ao uso do termo e de sua "especialidade". A definição mais precisa está na legislação da ANATEL, que confere exaustiva precisão à palavra utilizada. Resta saber qual o impacto que tal incerteza pode gerar para eventual fixação do verdadeiro sentido do termo "agência", para o direito brasileiro (se é que isso é possível).

4. Destaque-se que, neste momento histórico, a definição de um ente público como "agência" não envolve pura questão de nomenclatura, mas definição do tipo jurídico e (ou) título competencial detido pelo órgão administrativo. Não se trata de dúvida limitada ao *nomen juris* da entidade, mas à possibilidade da qualificação de sua ação, limites e conteúdo.[15]

Ou seja, o problema enfrentado abrange o verso e o reverso da questão. Não apenas é significativa a especificação normativa dos entes (são ou não são agências), mas também o prévio conteúdo da qualificação atribuída a tais entes (o que é – ou pode ser – uma agência, no direito brasileiro). Tal como leciona Daniele Coutinho Talamini, "Poder-se-ia pensar, desde logo, que a questão reduz-se à mera terminologia. Todavia, como já advertiu André Gonçalvez Pereira, um problema terminológico não é *somente* um problema terminológico. A terminologia desempenha uma função, que é a de designar coisas idênticas com o mesmo nome e coisas diferentes com nomes diferentes. E para a Ciência do Direito, cada termo utilizado deve designar um conceito, o qual, por sua vez, é obtido através da análise jurídica feita a partir da observação do ordenamento jurídico."[16]

5. É certo que a mutação imposta ao regime de direito administrativo brasileiro, especialmente no que tange às agências, tem lastro histórico na experiência norte-americana e européia (esta mais imediata ao direito positivo pátrio).[17] Pretende-se criar novas figuras de direito público, que transbordem os

---

[14] *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 1999, p. 160.

[15] Mesmo porque a atribuição deste ou daquele "nome de batismo" não é definidora da natureza jurídica.

[16] *Regulamento e Ato Administrativo*, RTDP 21/66.

[17] Porém, países como França e Espanha enfrentaram (e enfrentam) problemas semelhantes ao brasileiro, consistentes na modificação/adaptação do sistema jurídico "tradicional" ou "continental" e adaptação à nova sistemática imposta pelas "*autorités administratives indépendantes*" e "*administraciones independientes*" – que, ao seu tempo, também têm origem estadunidense. A esse respeito, consulte-se as obras de Eloísa Carbonell Porras e José Luis

marcos das tradicionais autarquias e, quando menos, adquiram plena autonomia e independência, especialmente em relação ao Poder Executivo. Há essencialmente uma "mutação" do regime jurídico de "pessoas de direito público" para "figuras de direito público *e* de direito privado".[18] Busca-se atribuir maior rapidez na execução das propostas administrativas e, caso necessário, em sua modificação e atualização.

Desde já descartamos análise aprofundada das "agências executivas" emanadas dos Decretos 2.487/98 e 2.488/98. Acreditamos que não se trata de verdadeira inovação, pois tais agências correspondem a autarquias e fundações com a mesma natureza jurídica pretérita, porém "qualificadas". Pouca ou nenhuma importância e (ou) evolução representa esse título administrativamente outorgado a autarquias e fundações.[19]

Assim, ao se pretender qualificar uma pessoa administrativa de "agência reguladora", estar-se-á defendendo a mutação de sua natureza jurídica, mediante ampliação de seu título competencial. Quando menos, com as seguintes conseqüências: *a)* ausência de vínculo hierárquico formal com a pessoa administrativa central (compreendendo aí mandato fixo e impossibilidade de exoneração *ad nutum*); *b)* conjunto de normas que lhe atribuam independência, entendida como poderes e deveres próprios e típicos (indelegáveis, intransponíveis e inderrogáveis), excluindo o chamado "controle tutelar"; *c)* possibilidade de emanar normas regulamentares exclusivas, e *d)* possibilidade de decidir as questões controversas postas à sua apreciação (*ex officio* ou mediante provocação da parte interessada ou terceiro).

Caso contrário, não será uma "agência administrativa reguladora", mas um ente híbrido – com determinado nome de batismo e configuração jurídica diversa daquela caracterizada por tal denominação. Porém, daí até concluir-se que toda e qualquer entidade que detenha o nome "agência" seja uma "agência administrativa" *stricto sensu* existe uma longa – e impossível de ser transposta – distância.

Mais ainda e o que é mais sério, é inadmissível a conclusão de que pessoa administrativa criada e disciplinada sob regime jurídico anterior às atuais mutações normativas seja automaticamente "adaptada" às conseqüências jurídicas previstas para as "agências reguladoras". Isso porque reputamos imperiosa previsão normativa integral, límpida e expressa, para que o ente público seja uma agência reguladora típica, com os atributos acima expostos. Afinal,

---

Muga Muñoz (*Agencias y Procedimiento Administrativo em Estados Unidos de America*, Marcial Pons, 1996) e Andrés Betancor Rodríguez (*Las Administraciones Independientes*, Tecnos, 1994).

[18] Ao nosso ver, talvez seja esse o nó górdio da figura jurídica das agências administrativas frente ao Direito Administrativo brasileiro. A pretensão à transformação/transposição do regime jurídico de direito público a um regime jurídico *misto*, que não distingue figuras de direito público e privado.

[19] Por essa razão, o texto a seguir tratará unicamente das "agências reguladoras". A expressão "agência executiva" representa uma categoria aqui não enfrentada. Razão pela qual, frise-se, no presente trabalho o termo "agência" não se reporta às "agências" mencionadas nos arts. 51 e 52 da Lei 9.649/98 e Decretos 2.487/98 e 2.488/98.

essas são as qualidades detidas pelas agências reguladoras em sentido estrito – que *jamais* existiram na legislação brasileira pretérita.[20]

Por outro lado, não se trata de mera aplicação das teses e normas estrangeiras ao direito brasileiro. É inegável a influência da experiência lá havida, mas é impossível a pura transposição acrítica. Assim como a doutrina científica do Direito Administrativo moderno teve origem em França e Itália, gerando nítida influência sobre o direito brasileiro, as variações contemporâneas em nosso ordenamento podem obter subsídios do direito estrangeiro – porém, sempre com as imperiosas ponderações.

Em suma, o que nos cabe investigar no presente trabalho é o feixe normativo que define as entidades investigadas frente ao direito positivo pátrio, para concluir se encaixam-se ou não no conceito de "agência administrativa reguladora", tal como definido pelas legislações que as instalaram no direito brasileiro.

III. **CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, BANCO CENTRAL DO BRASIL E COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – NATUREZA JURÍDICA**

6. O Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central do Brasil (BACEN) foram criados pela Lei n.º 4.595, de 31.12.1964. São algumas das entidades que, na letra da lei, constituem o Sistema Financeiro Nacional.

6.1. O CMN é "órgão específico" do Ministério da Fazenda, que integra sua "estrutura básica" (Lei 9.649/98, Seção IV, art. 16, inc. VII). A Lei 4.595/64 disciplina os objetivos de sua "política" (art. 3º) e os limites de sua competência, exercida "segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República" (art. 4º).

Alguns dos atos do CMN dependem de "autorização" ou "homologação" pelo Poder Legislativo, sempre "mediante mensagem do Presidente da República" (art. 4º, I). É presidido pelo Ministro da Fazenda (disposição atualmente prevista no art. 8º da Lei 9.069/95, que alterou a composição do Conselho).

Também a Lei 6.385/76 outorga ao CMN competência para definir políticas de organização e funcionamento do mercado de valores mobiliários e regular a utilização de crédito nesse mercado (art. 3º, I e II).

6.2. O BACEN é autarquia federal (art. 8º), com competência definida em lei e "normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional" (arts. 9º e 10).

Nos termos do diploma ora em análise, a diretoria do BACEN será escolhida pelo CMN, que designará seu diretor (art. 14, *caput* e § 1º). Nos termos

[20] Nem tampouco houve pessoa administrativa indireta que acumulasse, simultaneamente, *todas* estas características. Se ocorreram de fato, trata-se de outra investigação. Não será seqüência de atos administrativos independentes e autônomos (regulamentares ou não), eventualmente irregulares, mas não-impugnados, que caracterizará a natureza jurídica da entidade. Inexiste possibilidade de definição da natureza jurídica de uma "agência reguladora" através do conteúdo dos atos por si praticados. Há impossibilidade lógico-jurídica de os provimentos definirem a natureza jurídica das entidades que os emanaram.

do Dec. 91.961, de 19.12.85, todos os membros da diretoria serão "nomeados pelo Presidente da República, [...] sendo demissíveis *ad nutum*." (art. 1º).

7. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) foi instituída pela Lei 6.385, de 7.12.1976 e se destina a disciplinar e fiscalizar atividades relativas ao chamado mercado de capitais (valores mobiliários e bolsas de valores), segundo política e regulação definidas pelo CMN, muitas delas em coordenação com o BACEN (arts. 1º e 3º).

A CVM é autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, cuja diretoria e presidente são nomeados pelo Presidente da República, podendo ser demissíveis *ad nutum* (arts. 5º e 6º, § 1º).

8. Depois dessa brevíssima exposição a respeito dos aspectos legais que mais interessam ao presente trabalho, poderíamos tentar agrupar algumas das características comuns, detidas pelas três entidades.

Em primeiro lugar, são subordinadas à hierarquia (CMN) ou controle (BACEN e CVM) do Poder Executivo central (Presidência da República e Ministérios). Cumprem as determinações da Administração direta – seja de forma imediata (obedecem às diretrizes da Presidência), seja mediatamente (a CMN define política e regula atividades do BACEN e CVM).

Em segundo lugar, os mandatos de seus dirigentes são detidos pela Presidência da República.

Em terceiro lugar, detêm competência para regulamentar, guardando limite decrescente (CMN, BACEN e CVM), os denominados sistema financeiro nacional e mercado mobiliário. Fixam diretrizes, estatuem e baixam normas, disciplinam e coordenam, regulam etc.. Variam os verbos, mas a *mens legis* é a mesma: atividade de prescrição de normas regulamentares, por parte das três entidades. As únicas variantes são o grau competencial e o conteúdo de tais outorgas.

Em quarto lugar, controlam e fiscalizam as áreas de sua atribuição, podendo apurar irregularidades e impor sanções. Os recursos contra suas decisões poderão atingir o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.[21]

9. Tendo em vista estas rápidas observações, parece-nos inviável atribuir a tais pessoas administrativas o título de "agências reguladoras independentes", pois o vínculo funcional e gerencial com a Administração direta impossibilita tal classificação. Em verdade, nem sequer são "agências administrativas", mas órgãos que se submetem aos tradicionais conceitos de "desconcentração" (CMN) e "descentralização" (BACEN e CVM).

As leis que criaram tais entidades visaram a operacionalizar as diretrizes do Governo federal e conferir agilidade à sua atuação, no que diz respeito à matéria específica a elas outorgada. Porém, não buscaram o verdadeiro conceito

[21] Órgão do Ministério da Fazenda, criado pelo Dec. 91.152/85.

contemporâneo de "agências reguladoras" – que, certamente, vai muito além da desconcentração e descentralização. Os limites dos atributos legalmente conferidos a CMN, BACEN e CVM não possibilitam que sejam qualificados de "agências administrativas reguladoras". Caso contrário, o resultado seria duplamente ruinoso: por um lado, a necessidade do conceito de "agência reguladora" cairia por terra, pois não seria em nada inovador e especial. O esforço legislativo desenvolvido nos últimos anos, as definições novidadeiras previstas em lei, a amplitude dos conceitos e competências etc. – tudo isso seria trabalho desnecessário e em vão, pois bastaria eventual nome de batismo e (ou) exercício de fato de determinada atividade administrativa (ainda que num *minus* em relação à atualmente pretendida), durante certo lapso temporal. Por outro lado, também a razão da lei que definiu CMN, BACEN e CVM seria impertinente e estaria "vencida", pelo mero passar do tempo.

9.1. Não se diga que seriam "agências reguladoras" devido à chamada "revogação tácita", nem por derivação de eventual "costume *contra legem*". Este é extremamente complexo e controverso, excepcional em absoluto, além de ser inviável no direito público; aquela exige que a lei nova trate de forma exaustiva a matéria tratada pela anterior.[22]

9.2. Tampouco seria o caso de interpretação analógica ou extensiva. Nenhuma das duas técnicas hermenêuticas presta-se a transformar realidades jurídicas postas, mas a colmatar pseudo-lacunas normativas e a descobrir o real alcance normativo, em razão da própria lei.

Para sua aplicação, a analogia requer verdadeiro vácuo normativo, pois "não é uma técnica interpretativa nem tampouco uma fonte do direito, mas um procedimento que serve para integrar normas, partindo de um exame comparativo entre duas situações jurídicas, aplicando *à não legislada* a solução dada para a que tem característica essencial à semelhante."[23]

Já a interpretação extensiva "desenvolve-se em torno de uma norma, para nela compreender casos que não estão expressos em sua letra, mas que nela se encontram, virtualmente, incluídos, atribuindo assim à lei o mais amplo raio de ação possível, todavia sempre dentro de seu sentido literal. Conclui apenas que o alcance da lei é mais amplo do que indicam seus termos."[24] A interpretação extensiva clarifica o sentido da lei, de molde a abranger toda a intenção normativa, pois é "meio de reintegração do pensamento contido na lei, estabelecendo, tão-somente, as legítimas fronteiras da norma, que é distendida apenas para compreender a complexidade da matéria que lhe cabe regulamentar. Não há falta de conteúdo na lei, mas de concordância entre o sentido e a palavra."[25]

---

[22] Veja-se Maria Helena Diniz, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, Saraiva, 1988, pp. 280/282 e 353.

[23] M. H. Diniz, *As Lacunas no Direito*, Saraiva, 1989, p. 153. (grifo nosso.)

[24] Idem, p. 181.

[25] Idem, ibidem.

9.3. Ora, não serão tais técnicas hermenêuticas meios de atribuir ao CMN, BACEN e CVM qualidades especiais, que a lei de origem nem sequer cogitou. É impossível que, no direito público positivo, a evolução dos fatos venha a criar radical derrogação ou lacuna normativa, a ser preenchida por legislação posterior, nitidamente excepcional. Também não se poderia cogitar de interpretação extensiva, que estendesse tais atributos, originais e excêntricos, a entidades anteriores, construídas com limites e fins diversos dos ora existentes.

10. Não parece haver dúvidas de que CMN é órgão do Poder Executivo central, enquanto que BACEN e CVM são autarquias "ortodoxas".

Resta investigar os limites da competência regulamentar detida por essas entidades.

IV. **FUNÇÃO REGULAMENTAR**

11. Tal como descrito acima, as três entidades em exame possuem função regulamentar (dentre outros atributos). Antes de interpretarmos a possível qualificação de tal prerrogativa, é imperioso enfrentar a noção de atividade regulamentar (e seus limites), no Direito Administrativo brasileiro.

12. Num primeiro momento, deixe-se claro que o exercício dessa atividade não é exclusivo do Presidente da República e Ministros de Estado, como poderia resultar de interpretação do art. 84, IV, e 87, II, da Constituição Federal. De há muito, San Tiago Dantas afirmou:

"O poder de baixar regulamentos, isto é, de estatuir normas jurídicas hierarquicamente inferiores e subordinadas à lei, mas que nem por isso deixam de reger coercitivamente as relações sociais, é uma atribuição constitucional do Presidente da República, mas a própria lei pode conferi-la, em assuntos determinados, a um órgão da Administração pública ou a uma dessas entidades autônomas que são as autarquias. Não só a elaboração de regulamentos, mas a própria atividade legislativa, não se acha hoje enclausurada na competência de um só órgão do governo, mas se desloca, por força da delegação de poderes, para outros órgãos eventualmente mais aptos por se acharem em contacto imediato com a matéria regulada, ou disporem de maior rapidez de decisão."[26]

O Presidente da República e os Ministros de Estado são titulares de competência constitucional para expedir decretos, regulamentos e instruções para a fiel execução das leis, mas tal previsão não é exaustiva e supressora de outros títulos competenciais, detidos pelas demais entidades da Administração Pública. Cada qual detém, dentro de seu âmbito de atuação e na medida da competência a si conferida, possibilidade de emanar regulamentos.

A discussão maior reside justamente nos limites do conteúdo da competência regulamentar.

---

[26] *Poder Regulamentar das Autarquias*, in: *Problemas de Direito Positivo*, Forense, 1953, pp. 203/204.

14. Ampla maioria dos doutrinadores pátrios defende a qualificação do poder regulamentar como competência específica e limitada, destinada a criar normas gerais e abstratas, desde que não introduzam novidades no ordenamento jurídico, mas, ao contrário, dêem pura execução às normas previamente existentes.[27] Ou seja, a impossibilidade absoluta de inovações normativas por parte dos regulamentos.

Na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, o regulamento é ato administrativo geral que só pode ter por objeto a "estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias *à execução de lei* cuja aplicação demande atuação da Administração Pública."[28]

15. Ocorre que tal doutrina vem sofrendo oposições, especialmente no ramo jurídico ora examinado.[29-30] Sérgio Ferraz e Eros Roberto Grau realizaram síntese perfeita a esse respeito, razão pela qual analisaremos com mais detença seu pensamento.[31]

15.1. O estudo de Sérgio Ferraz enfrenta com maestria o problema do regulamento, em todos os seus ângulos. A definição proposta logo à primeira linha demonstra seu entendimento a respeito da natureza e limites do regulamento:

> *"O regulamento é um ato administrativo, de caráter normativo, com a finalidade de especificar os mandamentos da lei ou de prover situações ainda por ela não disciplinadas, emitido por órgão ou agente no exercício de função não-legislativa."*[32]

Para o autor, o regulamento é inerente à atividade administrativa estatal, inserido no conjunto de deveres atribuídos à Administração. Faz parte da

---

[27] Esposam desse entendimento Geraldo Ataliba (*Poder Regulamentar do Executivo*, RDP 57-58/184-208); Victor Nunes Leal (*Lei e Regulamento*, in: *Problemas de Direito Público*, Forense, 1960, pp. 57/91); Clèmerson Merlin Clève (*Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*, RT, 1993, pp. 215/256); Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, Atlas, 1999, pp. 74/77); Roque A. Carrazza (*O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*, RT, 1981); Daniele C. Talamini (*Regulamento* ... cit.) e Luciano Ferreira Leite (*O Regulamento no Direito Brasileiro*, RT, 1986).

[28] *Curso* ... cit., p. 240.

[29] Além dos mestres a seguir mencionados, tais exceções podem ser atribuídas a Tercio Sampaio Ferraz Junior (*Introdução ao Estudo do Direito*, Atlas, 1988, p. 212) e Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 1995, pp. 111/112). Já Diógenes Gasparini alterou seu entendimento (vide *Poder Regulamentar*, RT, 1982 – pró regulamento autônomo - e *Direito Administrativo*, Saraiva, 1995, pp. 105/108 – contra)

[30] Também a jurisprudência não é absolutamente uniforme nessa matéria. P. ex., confira-se decisões do E. STJ, a favor (ROMS 6234/DF, Min. José Delgado, DJ 6.4.98, p. 21) e contra os regulamentos autônomos (REsp 156858/PR, Min. Adhemar Maciel, DJ 19.4.99, p. 110).

[31] Por ordem cronológica: Sérgio Ferraz, *Regulamento*, in: *3 Estudos de Direito*, RT, 1977, e Eros Roberto Grau, *Crítica da 'Separação dos Poderes': As Funções Estatais, os Regulamentos e a Legalidade no Direito Brasileiro, as 'Leis-Medida'*, in: *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, Malheiros, 1996.

[32] Ob. cit., p. 105. (grifo nosso.)

dinâmica do aparelho administrativo e seu exercício é essencial ao atingimento dos objetivos do ordenamento. Reputa ser ampla a faculdade regulamentar e que a *"velha afirmação da integral submissão do regulamento à lei deve ser encarada com reservas."*[33]

O autor destaca que *"dúvida não resta quanto à maior significação, em nossos dias, do chamado regulamento autônomo ou independente, em face da tremenda complexidade, e a aceleração dinâmica dos fenômenos político-sociais de nossos dias."*[34] Tal modalidade de faculdade regulamentar decorre *"do dever que tem a Administração de organizar e tornar plausivelmente efetiváveis as atribuições que lhe são próprias".*[35]

O regulamento autônomo desenvolve-se em dois ambientes normativos: na "área não expressamente reservada à lei" ou na *"chamada 'reserva da Administração', isto é, aquela em que, por disposição de lei maior, é livre, discricionário e exclusivo o desenrolar da ação administrativa. No primeiro caso a superveniência de lei revogará a norma regulamentar. No segundo, a iniciativa legislativa padecerá de insanável ilegitimidade."*[36]

Assim, podem os regulamentos autônomos ser classificados em "regrados e discricionários" ou "discricionários e de organização administrativa".[37]

15.2. A doutrina de Eros Roberto Grau poderia ser qualificada de mais abrangente, vez que não se restringe ao "regulamento", mas, depois de discorrer sobre os limites das teorias de Montesquieu e Locke, e com lastro no juspublicista italiano Renato Alessi, defende a distinção entre função *normativa* e função *legislativa*: esta vincula-se a *"uma perspectiva subjetiva, decorrente da adoção do sistema de divisão dos poderes [...] confiada a determinados órgãos a tanto predispostos para a tarefa suprema de constituir (integrar) o ordenamento jurídico"*; enquanto aquela abstrai o vínculo subjetivo e emana puras *"estatuições primárias – seja em decorrência do exercício de poder originário para tanto, seja em decorrência de poder derivado – contendo preceitos abstratos e genéricos".*[38]

Apesar de o Poder Legislativo deter competência exclusiva para emanar *leis*, não a detém, com essa qualidade, para editar *normas*.[39] O autor alerta para que se entenda como *"função normativa a de emanar estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder* ***originário*** *para tanto, seja em decorrência de poder*

---

[33] Ob. cit., p. 111.

[34] Ob. cit., p. 119.

[35] Ob. e loc. cits..

[36] Idem.

[37] Ob. cit., pp. 119/120.

[38] *Crítica* ..., cit., p. 178/179.

[39] Não se olvide que o direito pátrio atribui à Presidência da República o dever-poder de editar Medidas Provisórias, "com força de lei" (CF, art. 62). Por óbvio, não com a desmesurada e absurda intensidade com que tais medidas excepcionais vêm sendo inconstitucionalmente adotadas.

***derivado**, contendo preceitos abstratos e genéricos."*[40] Frisa que o poder regulamentar tem fundamento na atribuição de poder normativo, não em suposta delegação de função legislativa ou poder discricionário,[41] bem como não encontra óbices no princípio da legalidade, pois a Administração pode emanar *"atos normativos de caráter não legislativo [...] no desenvolvimento de função normativa"*, não legislativa.[42]

Daí porque sustenta serem válidos, no Brasil, os regulamentos autônomos ou independentes, *"emanados a partir de atribuição implícita do exercício de função normativa ao Executivo, definida no texto constitucional ou decorrente de sua estrutura. A sua emanação é indispensável à efetiva atuação do Executivo em relação a determinadas matérias, definidas de sua competência."*[43]

Essa conclusão tem relevantes desdobramentos em face das questões ora analisadas, especialmente porque E. R. Grau defende aquilo que denomina de "capacidade normativa de conjuntura" da Administração, vinculada à "compreensão de que o processo de desenvolvimento implica uma dinâmica mobilidade social correspondente a adoção de uma nova visão da realidade", pois o direito *"necessita, como todo organismo vivo, estar em constante mutação, impondo-se a superação do descompasso existente entre o ritmo de evolução das realidades sociais e a velocidade de transformação da ordem jurídica."*[44]

> *"Aí, precisamente, o emergir da capacidade normativa de conjuntura, via da qual se pretende conferir resposta à exigência de produção imediata de textos normativos, que as flutuações da conjuntura econômica estão, a todo tempo, a impor."*[45]

Ou seja, a evolução do fenômeno político-econômico mundial, unida à constante instabilidade dos mercados, impõe que o Estado-Administração disponha de meios jurídicos que o tornem apto a regular imediatamente a conjuntura econômica.

16. Aliás, a teoria dos regulamentos autônomos em face da matéria ora enfrentada foi especificamente adotada por Caio Tácito[46] e Fernando A. Albino de Oliveira.[47] Porém e mesmo nesta seara, não há dúvidas de que se trata de questão controversa, expressamente refutada por parcela significativa da doutrina

---

[40] Ob. cit., p. 180.

[41] Ob. cit., p. 181.

[42] Ob. cit., p. 185.

[43] Ob. cit., p. 188.

[44] Ob. cit., p. 172.

[45] Ob. e loc. cits..

[46] *Comissão de Valores Mobiliários. Poder Regulamentar*, in: *Temas de Direito Público*, vol. 2, Renovar, 1997, pp. 1075/1093.

[47] *CVM – Comissão de Valores Mobiliários e Mercado de Capitais*, RDP 89/256-262, que utiliza a expressão "poder normativo de conjuntura".

– conforme se infere dos trabalhos de Geraldo Ataliba,[48] Marçal Justen Filho[49] e Arnoldo Wald.[50]

17. Ocorre que, com o avanço da mutação e configuração das instituições públicas derivado da "Reforma Administrativa", o poder regulamentar encontra-se em ponto de novíssima e radical definição. As alterações normativas, que dizem respeito à instalação, *ratio legis* e natureza jurídica das "agências administrativas reguladoras", tornam possível interpretação ampliativa da titularidade competencial de tais pessoas autárquicas, transbordando os limites controversos.

A inserção de tais "órgãos reguladores" no ordenamento legal brasileiro autoriza (senão determina) igual inovação hermenêutica, de acordo com a evolução histórica do objetivo visado pela lei.[51] Se antes a legislação buscava descentralizar a Administração Pública e, muitas vezes, manter concentrada a integralidade do título competencial para o exercício da função administrativa, atualmente isso não ocorre. Ao mesmo tempo em que se modificou o perfil do Estado brasileiro, alterou-se a razão das leis recentemente promulgadas. Agora, tais diplomas visam a, simultaneamente, descentralizar os órgãos de ação administrativa *e* os titulares das respectivas competências. Não se trata de mera *voluntas legislatoris*, mas de verdadeira e pura *voluntas legis*. Os textos legais são claros nesse sentido, ao qualificar de "especial" o regime autárquico de tais entidades e, em muitos casos, com a maior eficácia possível, descrever o que é tal "regime autárquico especial" (especificamente quanto à ANATEL) e atribuir competência normativa às agências.

Assim e com determinadas ponderações, parece inserido na legislação brasileira o chamado "regulamento autônomo". Aquilo que E. R. Grau denominou de *função normativa* da Administração tem maior gama de previsões expressas.[52]

18. Não se olvide que, em qualquer hipótese, hão de existir limites certos ao exercício de tal poder regulamentar. Fronteiras às disposições legais que os criem e ao conteúdo substancial dos próprios regulamentos.

---

[48] *Delegação Normativa (Limites às competências do CMN e BACEN)*, RDP 98/50-69.

[49] *Competência Normativa do Conselho Monetário Nacional*, in: *Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Econômica*, Juruá, 1988.

[50] *Dos Princípios Constitucionais e da Limitação do Poder Regulamentar na Área Bancária*, RDM 88/5-9.

[51] Dúvidas não há quanto à configuração ideológica de tal assertiva. Porém, mesmo a tradicional dogmática do Direito Administrativo deve experimentar variações, pena de o Estado pagar o "preço" que T. S. Ferraz Junior denominou de "risco de distanciamento progressivo da própria realidade social." (ob. cit., p. 50). Impossível é qualificar tal teorização de verdadeira ou falsa.

[52] Aliás, no XII Congresso Brasileiro e II Congresso Sul-americano de Direito Administrativo, o Prof. E. R. Grau manifestou-se a respeito da competência normativa das Agências, destacando que "O caminho está a viabilizar o controle desse exercício normativo e por isso deve-se criticar as posições radicais, no sentido de que a função normativa das agências seria inconstitucional e pronto. O melhor é encontrar meios para viabilizar o controle." (material policopiado, sem revisão do autor, distribuído pelo IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

Isso porque não é possível a existência de verdadeiros, puros e ilimitados "regulamentos autônomos", que "correspondem ao exercício da prerrogativa de legislar", enfeixando "faculdade regulamentar *praeter legem* e mesmo *contra legem*".[53] Acreditamos que tais prerrogativas regulamentares, que somente possuem fundamento e fronteiras constitucionais, não existem na ordem jurídica brasileira. A criação infraconstitucional de novas entidades e a atribuição a elas de poderes mais amplos não pode implicar o desvirtuamento da essência da Carta Magna.

O que há de inaugural em nosso ordenamento são competências regulamentares criadas por lei e por ela limitadas. Competências mais amplas do que aquela de simples execução dos comandos legais, alcançando a origem de novas hipóteses e mandamentos normativos. Tudo isso mediante obediência aos princípios a seguir propostos, como exigências mínimas do direito positivo brasileiro.

18.1. Em primeiro lugar, o regulamento autônomo não pode *contrariar* a lei, esta compreendida de forma ampla. Ainda que implique criação autônoma de disposições normativas, não pode opor-se a qualquer lei, pois é impossível o regulamento *contra legem*.

18.2. Em segundo lugar, o regulamento autônomo não pode *criar*, de forma *inédita* e *autônoma*, sem qualquer lastro normativo, obrigações e deveres às pessoas privadas. Não é viável que a autoridade administrativa inaugure a ordem jurídica através da emanação de regras que restrinjam o universo de direitos constitucional e (ou) legalmente assegurados aos administrados.

Contudo, é possível aos regulamentos gerar deveres, direitos e obrigações, desde que expressa e previamente autorizados em lei (ainda que de forma abstrata). Não somente na condição de atos executivos, mas criando prescrições legalmente autorizadas. A lei fixa o estândar genérico, outorgando com precisão, para autoridade administrativa específica, o título competencial básico, que a autorize a criar.

18.3. Em terceiro lugar, o regulamento não pode *criar* penas e sanções, nem tributos, inclusive contribuições da seguridade social (CF, art. 5º, inc. XXXIX, 149, 150, I, e 195). Aplica-se o princípio da tipicidade penal (*nullum crime, nula poena, sine praevia lege*), tributária e da seguridade, ao Direito Administrativo.

18.4. Em quarto lugar, o regulamento não pode *restringir* a atividade econômica privada, subordinando seu exercício à expedição de prévia autorização por parte de órgãos públicos, "salvo nos casos previstos em lei" (CF, art. 170, par. ún.).

18.5. Em quinto lugar, o regulamento não pode ter *efeito retroativo*, a não ser quando vise a beneficiar pessoas privadas, observado o princípio da igualdade e os limites da lei de outorga.

---

[53] Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, Forense, 1979, p. 343.

18.6. Em sexto lugar, o regulamento deve ser *fundamentado*, obedecendo à indispensável motivação pública, de fato e de direito, contemporânea à sua edição.

Tal fundamentação há de ser ampla e explícita, descrevendo não apenas a lei à qual se refere, mas os motivos do porquê da regulamentação, sua finalidade e limites específicos. Trata-se do dever positivo de justificar a existência do regulamento, sua causa e a relação desta com os objetivos visados pela Administração.

18.7. Em sétimo lugar, tendo em vista as peculiaridades da organização político-administrativa brasileira, o regulamento deve *respeitar a divisão de competências* entre as pessoas componentes da federação (CF, art. 21 e ss.). Isso porque há, além das agências vinculadas à Administração federal, agências estaduais.[54] Ainda que a legislação instituidora de tais entidades valha-se de termos genéricos e ambíguos, é impossível a invasão dos limites competenciais fixados pela Constituição e os regulamentos autônomos devem estrita obediência a tal divisão.

18.8. Ao final, os regulamentos autônomos serão sempre passíveis de *controle* pelo Poder Judiciário – quer no que diga respeito à possibilidade de sua emanação, quer quanto ao conteúdo de suas previsões.

19. Em suma, determinados órgãos da Administração Pública – especialmente as entidades do sistema financeiro nacional e as agências administrativas reguladoras – podem (senão devem, em determinadas circunstâncias), observados os limites acima descritos, emanar regulamentos "autônomos".

V. **FUNÇÃO REGULAMENTAR DE CMN, BACEN E CVM, EM FACE DAS AGÊNCIAS**

20. Cumpre agora examinar o contraste entre a outorga de competências regulamentares contida nas Leis criadoras de CMN, BACEN e CVM, em face daquelas detidas pelas novas "agências administrativas reguladoras".

Reitere-se e se reforce o entendimento acima descrito, de que a superveniência de novas entidades de direito público, com características extravagantes, jamais poderia implicar ampliação e (ou) modificação da competência detida por aquele órgão do Ministério da Fazenda (CMN) e autarquias a ele vinculadas (BACEN e CVM).

21. Conforme mencionado, dentre as agências administrativas recém-criadas, a ANATEL é aquela que detém dispositivos mais precisos. A Lei 9.742/97 esmerou-se em detalhes, desde o porquê da definição de sua denominação como

[54] *V.g.*, Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS (Lei Estadual 1.093, de 9.9.97); Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos para o Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ (Lei Estadual 2.686, de 13.2.97) e Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE (Lei Estadual 12.786, de 30.12.97).

"agência", passando por suas atribuições, até a finalidade normativa que lhe foi incumbida.

Em muitos pontos, aliás, a Lei chega a ser repetitiva e enfadonha. Características que se potencializam no Regulamento da ANATEL (Dec. 2.338, de 7.10.1997).[55]

22. Não há dúvidas de que, também sob esse aspecto, a legislação espelhou-se no modelo clássico norte-americano, adotado desde a década de setenta por países da Europa continental,[56] em que é de extrema relevância a definição de estândares normativos precisos, que consubstanciem a outorga de poderes procedida pelo Congresso à autoridade administrativa.[57]

Na lição de Bernard Schwartz, "*To preserve the position of Congress as the primary legislator, delegations of power may not be inordinate. Congress may not simply transfer its legislative authority to the Executive. The precise limits of the lawmaking power that Congress intended to confer must be defined in the statute. The delegation of power must be limited – limited either by legislative prescription of ends and means, or even of details, or by limitations upon the area of the power delegated.*"[58]

A delegação de poderes normativos por parte do Poder Legislativo estadunidense deve obedecer à doutrina do "*meaningfull standards*" ou "*intelligible principle*" – o conteúdo de tais atribuições deve ser o mais claro e compreensível, inclusiva a fim de possibilitar controle *a priori* e *a posteriori*.

Assim, a competência da agência não só tornar-se-á passível de fiscalização quando da edição da lei que a criar, como também no momento em que for expedido o regulamento "autônomo" e os atos concretos que lhe dêem cumprimento. A clareza e precisão são atributos indeclináveis da legislação atributiva.

23. Desses parâmetros emana uma das principais diversidades entre as normas constitutivas de CMN, BACEN e CVM, em comparação com a Lei 9.742/97.

Enquanto que as Leis daquelas entidades pertencentes ao sistema financeiro são genéricas e abstratas, especialmente quando outorgam competência regulamentar, a legislação da ANATEL é determinada e certa.

---

[55] Não se perca de vista que tais repetições muitas vezes são necessárias perante a legislação brasileira. Ainda mais levando-se em conta a característica inaugural da ANATEL (ao menos, quanto à amplitude e minúcias dos preceitos que a estatuem e regulam).

[56] A respeito da evolução histórica em França e Espanha, além dos livros citados na nota n.º 16, acima, confira-se especialmente Fernando Garrido Falla, *Origen y Evolucion de las Entidades Instrumentales*, in: *Administracion Instrumental*, Civitas, 1994, pp. 27/445.

[57] Em sentido contrário, lembre-se a doutrina de E. R. Grau, acima mencionada, para quem os regulamentos autônomos não derivam de "delegação de poderes", mas de puro exercício da função normativa.

[58] Ob. cit., p. 45.

(Nesse ponto, aliás, as Leis referentes às demais agências administrativas mais se assemelham à legislação pretérita do que à hodierna.)

23.1. Basicamente duas seriam as conseqüências dessa constatação.

Quanto maior a generalidade substancial da legislação de outorga, tanto menor a certeza em relação aos limites dos regulamentos e maior a possibilidade de irregularidades (e conseqüentes restrições emanadas do Poder Judiciário). Ao contrário do que se poderia imaginar, não será o grau máximo da abstração normativa material, mas justamente sua precisão, que conferirá maior agilidade e estabilidade funcional às agências.

Mais do que isso, a definição material da competência regulamentar corresponde à grandeza do prestígio à segurança e estabilidade jurídicas. Serão conhecidas, ao certo, as fronteiras do legítimo exercício do poder regulamentar autônomo.

23.2. Não se imagine que se está a defender precisão minuciosa, abrogatória da concessão do poder regulamentar ou com resultado automatista. A lei não necessita descer a minúcias pontuais, definitórias em absoluto dos lindes de atuação regulamentar das agências. Não se trata disso.

O que se reputa essencial é o estabelecimento de estândares genéricos, mas, ainda assim, inteligíveis e certos, que contemplem o leque de possibilidades materiais atribuídas à pessoa administrativa.

23.3. Porém e na maioria das hipóteses, a averiguação do poder regulamentar, seus conteúdos e limites, dependerá dos casos concretos.

Há enorme dificuldade em se definir, em teoria, como inconstitucional ou ilegal determinada competência regulamentar (ou seu exercício). Uma vez ultrapassado o conflito teórico fundamental (pode ou não haver regulamentos autônomos), a averiguação a respeito dos regulamentos eles mesmos deriva de duas circunstâncias: a gravidade absurda da competência, tal como atribuída, ou seu exercício de forma abusiva. No primeiro caso, incidem as regras acima rapidamente expostas.[59] No segundo, o exame do provimento concreto, verificando o exercício da competência outorgada em face das peculiaridades fáticas que exigiram a prolação do ato.

24. Por fim e acidentalmente, nem se diga que haveria necessidade de suspensão das entidades reguladoras do sistema financeiros nacional, em decorrência do art. 192 da Constituição, que estabeleceu reserva de lei para muitas das atividades desempenhadas administrativamente por CMN, BACEN e CVM.

Ora, o fato de a Constituição prever matéria a ser disciplinada por lei complementar posterior não implica derrogação da legislação vigente ou impossibilidade absoluta de a Administração Pública seguir atuando na regulação

[59] Parágrafo n.º 16.

do setor, ademais em setor econômico de extrema relevância, como o sistema financeiro nacional. Permanecem vigentes as normas que outorgaram competência a tais entidades públicas. Raciocínio inverso, sim, resultaria em verdadeiro caos jurídico e fático.[60]

25. Por fim, merece análise o óbice do art. 25 do ADCT, que estabeleceu o prazo de 180 dias para vigência de "todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional" – depois do qual tais normas estariam revogadas.

Ocorre que o próprio art. 25 estabeleceu a possibilidade de "prorrogação por lei" desse prazo. Depois de sucessão de leis pertinentes à competência do Conselho Monetário Nacional, o art. 73 da Lei 9.069, de 29.6.95 dispôs que o art. 1º da Lei 8.392/91 passaria a dispor sobre a prorrogação "até a data da promulgação da lei complementar de que trata o art. 192 da Constituição Federal o prazo a que se refere o art. 1º das Leis n.º 8.056, de 28 de junho de 1990, n.º 8.201, de 29 de junho de 1991, exceto no que se refere ao disposto nos arts. 4º, inciso I, 6º e 7º, todos da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964."

No que tange a tais entidades, não incide a revogação emanada do ADCT.

VI. **CONCLUSÃO**

26. Em conclusão, podemos afirmar que CMN, BACEN e CVM não são agências administrativas independentes, mas autoridades reguladoras, que detêm poder regulamentar autônomo – ainda que substancialmente diverso daqueles detidos pelas atuais agências.

Na atualidade, o estudo da competência regulamentar autônoma assume especial importância face às rápidas e contínuas alterações impostas ao ordenamento pátrio de Direito Administrativo. Ainda que diga respeito a ponto de especial divergência na doutrina e tribunais, sua análise é imperiosa especialmente para a criação de sistemas de controle da emanação de tais atos, visando, como essencial a um Estado Democrático de Direito, a proteção ao cidadão. (Curitiba, julho de 1999).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. *Poder Regulamentar do Executivo*. Revista de Direito Público 57-58/184-208.

_____.*Delegação Normativa (Limites às competências do CMN e BACEN)*. Revista de Direito Público 98/50-69.

[60] Aliás, a discussão inicial, que girou em torno da auto-aplicabilidade ou não do artigo 192 e seu § 3º, já foi transposta pelo E. STF, ao decidir que "Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do *caput*, dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma." (ADIN 4/DF, Min. Sydney Sanches, RTJ 147/720).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1979.

BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?)*. Revista Trimestral de Direito Público 20/29-49.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Las Administraciones Independientes*. Madri: Tecnos, 1994.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. Estados Unidos da América do Norte: West Publishing Co., 6ª ed., 1990.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania*. Brasília: ENAP e Editora 34, 1998.

CARBONELL PORRAS, Eloísa e MUGA MUÑOZ, José Luis. *Agencias y Procedimiento Administrativo em Estados Unidos de America*. Madri: Marcial Pons, 1996.

CARRAZZA, Roque Antônio. *O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. CARVALHO. São Paulo: Martins Fontes, 3ª ed., 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____.*Lacunas no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 10ª ed., 1999.

FALLA, Fernando Garrido. *Origen y Evolucion de las Entidades Instrumentales*, in: *Administracion Instrumental*, vol. I. Madri: Civitas, 1994.

FERRAZ, Sérgio. *3 Estudos de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1988.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GASPARINI, Diógenes. *Poder Regulamentar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1982.

_____.*Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 1995.

GRAU, Eros Roberto. *Crítica da 'Separação dos Poderes': As Funções Estatais, os Regulamentos e a Legalidade no Direito Brasileiro, as 'Leis-Medida'*, in: *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____.Manifestação no 3º Painel ("Agências Reguladoras") do XII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo e II Congresso Sul-americano de Direito Administrativo (material policopiado, sem revisão do autor, distribuído pelo IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo), 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Competência Normativa do Conselho Monetário Nacional*, in: *Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Econômica*. Curitiba: Juruá, 1988.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LEITE, Luciano Ferreira. *O Regulamento no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 20ª ed., 1995.

OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. *CVM – Comissão de Valores Mobiliários e Mercado de Capitais*. Revista de Direito Público 89/256-262.

SAN TIAGO DANTAS, F. C. de. *Poder Regulamentar das Autarquias*, in: *Problemas de Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*. Estados Unidos da América do Norte: Little, Brown and Company, 3ª ed., 1991.

TÁCITO, Caio. *Comissão de Valores Mobiliários. Poder Regulamentar*, in: *Temas de Direito Público*, vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TALAMINI, Daniele Coutinho. *Regulamento e Ato Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público 21/65-88.

WALD, Arnoldo. *Dos Princípios Constitucionais e da Limitação do Poder Regulamentar na Área Bancária*. Revista de Direito Mercantil 88/5-9.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, agosto/setembro/outubro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Texto originalmente publicado na Revista de Direito Administrativo, n.º 118 e Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n.º 4 (com ligeiras alterações, sob o título *Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários*, na Revista Trimestral de Direito Público, n.º 25; Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais, n.º 6; e Revista de Direito Mercantil, n.º 116).