

A CONSTITUCIONALIDADE DOS DEPÓSITOS DAS DISPONIBILIDADES DE CAIXA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PRIVADA

Cleber Demetrio Oliveira da Silva

Advogado

Sócio da RZO Consultoria

www.rzoconsultoria.com.br

Pós-graduado em Direito Empresarial pela PUCRS

Mestrando em Direito do Estado pela PUCRS

1. Introdução. 2. Do conceito de disponibilidade de caixa. 3. Do conceito de instituição financeira. 4. Da interpretação tópico-sistemática do § 3º do art. 164 da CF. 4.1 Do princípio constitucional da igualdade. 4.1.1. Da concepção de justiça de John Rawls. 4.1.2. Da interpretação histórica. 4.2. Do princípio constitucional da eficiência. 4.3. Do princípio constitucional da autonomia dos entes federativos. 4.4 Do princípio constitucional da livre iniciativa. 4.5. Do princípio constitucional da livre concorrência. 5. Da inexistência de auto-aplicabilidade da parte final do § 3º do art. 164 da CF. 6. Da jurisprudência. 7. Conclusões.

1. Introdução

É sabido que o direito administrativo, no decorrer dos séculos XIX e XX, passou por um processo evolutivo, tudo tendo em vista a necessidade de adaptá-lo às novas realidades sociais que se apresentavam às atividades da administração pública dos vários países europeus e americanos. Ditas transformações são minuciosamente examinadas pelo jurista italiano Sabino Casese¹, cuja leitura associada ao estudo de consagradas obras da literatura jurídica administrativista brasileira², permitem inferir duas importantes conclusões:

¹ CASSESE, Sabino. *As transformações do direito administrativo do séc. XIX ao XXI*. Interesse Público. Ano 5. nº 24, março/abril de 2004. Porto Alegre: Notadez, 2004, p 13-38.

² Nesse sentido, sugere-se a leitura de *A interpretação sistemática do direito*. 4.ed. rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2004. e *O controle dos atos administrativos*. 3.ed. rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2004, ambos do jurista Juarez Freitas.

- a) o paradigma da legalidade vem sendo gradualmente substituído pelo da constitucionalidade, significando que, hodiernamente, tão ou mais importante do que o exame da legalidade do ato administrativo, é verificar, antes de mais nada, se ele está de acordo com os inafastáveis preceitos constitucionais; e
- b) o direito administrativo deixa de ser norteado apenas por regras estritas, passando a ser orientado também, e com prevalência destes últimos, pelos valores e princípios que compõem um determinado ordenamento jurídico.

Diante dessas duas constatações que alteram significativamente a forma de se compreender o direito administrativo pátrio no alvorecer deste novo século, é que se enfrentará, como forma de colaborar no debate estabelecido, uma questão que restou controvertida na doutrina e jurisprudência brasileira no apagar das luzes do século XX, qual seja, a existência ou não do direito de a Administração Pública depositar suas disponibilidades de caixa em instituições financeiras privadas.

A questão continua suscitando grande polêmica na atualidade na seara do direito administrativo, cuja constatação de ausência de entendimento pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) só faz acirrar a discussão em torno do tema.

Até o presente momento, importa destacar, por relevante, que das cinco demandas propostas naquela Corte Suprema, acerca do assunto, quatro são Ações Diretas de Inconstitucionalidade³ e uma Ação Cautelar⁴, tendo apenas esta última transitado em julgado. Assim, de início, verifica-se a inexistência de qualquer manifestação de entendimento definitivo, em sede de mérito, sobre a questão por parte daquela Corte Constitucional.

E do exame dos julgados das medidas liminares que compõem as referidas ADIns, constata-se que os doutos Ministros membros do STF apresentam decisões díspares, o que reflete a complexidade do tema ora em apreciação.

Por sua vez, no âmbito doutrinário, há quem entenda que as disponibilidades de caixa devam ser depositadas apenas em bancos públicos, assim, como há quem conclua que a referida disponibilidade possa ser, sim, depositada em bancos privados, por entendê-los como integrantes da rede oficial do sistema financeiro, e por essa razão, portanto, tratem-se de bancos oficiais, amoldando-se à norma estabelecida no § 3º do artigo 164 da Constituição

³ São as ADIn n.º 2600 MC/ES, 2661/MA, 2844 QO/PR e 3075 MC-QO/PR.

Federal. Estas colocações iniciais bem delineiam o cenário movediço em que se encontra atualmente o objeto do presente estudo, o que faz redobrar de importância o emprego dos valores e princípios constitucionais no exame do assunto. Assim, através da interpretação tópico-sistemática, buscar-se-á uma solução possível, dentre as tantas realizáveis, que se caracterize por ser a que melhor atenda ao objetivo maior do sistema jurídico pátrio: a realização da justiça, pois o desfecho do debate, seja qual for, refletirá diretamente nas garantias e direitos assegurados constitucionalmente a entidades públicas e privadas como se verá adiante.

2. Do conceito de disponibilidade de caixa

Em primeiro lugar, cabe realizar breve acordo semântico do que seja *disponibilidade de caixa*, um dos principais conceitos do objeto deste ensaio. A doutrina traz muitas definições, das quais vale reproduzir, dada sua percuciência, a desenvolvida por FLÁVIO C. DE TOLEDO JÚNIOR, *verbis*:

“...entende-se por disponibilidade de caixa os valores contabilizados em rubricas do Ativo Financeiro, grupo Disponível, com suas contas Caixa e Bancos, agregado este que incorpora recursos utilizáveis a qualquer momento”⁵.

Também importa trazer à colação a definição de IVES GRANDA DA SILVA MARTINS que conceitua disponibilidade de caixa como *“aqueles recursos cuja destinação deve seguir o rito orçamentário, mas que estão, no momento, em mãos do Poder Público para destinação futura, devendo ser ‘depositados’, pelo princípio da eficiência, em instituições que ofereçam as mesmas garantias das instituições oficiais e melhor rentabilidade para a entidade federativa ou órgão de sua administração direta ou indireta”⁶*. Esta definição já permite entrever que o eminente jurista admite o depósito de tais disponibilidades em bancos *“não-oficiais”*, priorizando a efetivação do princípio constitucional da eficiência na gestão dos recursos públicos.

Ainda, à guisa de enriquecer o presente exame, transcreve-se as considerações sobre *disponibilidade de caixa* formulada por ABRAHÃO ELIAS NETO, em função de sua objetividade, que tomando em conta os preceptivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, pontua

⁴ AC 1 AgR/SC.

⁵ JÚNIOR, Flávio C. de Toledo. *Disponibilidade de caixa*. São Paulo: Informativo Jurídico do Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal (CEPAM), ano VIII, n.º 11, novembro/93, 1993, p. 63.

que ela “*deverá ser apurada através da equação: Ativo Financeiro – Passivo Financeiro = Disponibilidade de Caixa*”⁷.

Também é oportuna a dicção de DIÓGENES GASPARINI, que em termos financeiros, anota que “*disponibilidade de caixa é o numerário (dinheiro, cheques, cartas de crédito) sobejante do encontro do somatório dos recebimentos com a soma dos pagamentos ocorridos num dado espaço de tempo (dia, semana, mês). Juridicamente, é o numerário que pode ser disposto pelo seu proprietário, segundo seu interesse ou, no caso das entidades públicas, nos termos do interesse público e na hipótese das governamentais, consoante suas finalidades*”⁸.

Portanto, observa-se que *disponibilidade de caixa* é, em suma, o numerário disponível em caixa e/ou conta bancária de um ente federativo ou de sua administração indireta.

3. Do conceito de instituição financeira

Também se mostra relevante ao exame da temática definir, em termos doutrinários, o que seja *instituição financeira*. JOSÉ TADEU DE CHIARA a conceitua como sendo “*o ente jurídico dedicado e destinado por seu substrato estrutural a atuar no mercado jurídico precipuamente com o objetivo de realizar operações financeiras, i.e., contratos em que ambas as prestações se cumprem em moedas ou direitos de crédito*”⁹.

Por sua vez, WALDIR VITRAL postula que instituições financeiras “*são as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros*”¹⁰.

Assim, pode-se afirmar que a locução *instituição financeira* é ampla abrangendo, portanto, tanto as instituições financeiras públicas como as privadas. Estabelece-se propositalmente esta assertiva porque esta expressão parece ser um dos pontos de maior controvérsia na doutrina, como se verá adiante, pois há quem defenda que instituição

⁶ MARTINS, Ives Granda da Silva. *Disponibilidades de caixa de entidades governamentais*. Fórum de Contratação e Gestão Pública. ano 3, n. 35, nov. 2004. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 4576.

⁷ NETO, Abrahão Elias Neto. *Algumas considerações acerca dos ‘restos a pagar’ em face das disposições do artigo 42, da lei de responsabilidade fiscal*. Fórum Administrativo, v. 1, n. 4, junho 2001. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2001, p. 518.

⁸ GASPARINI, Diógenes. *Disponibilidade de caixa do poder público*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado Rio de Janeiro, n. 56. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2002, p. 110.

⁹ CHIARA, José Tadeu. *Enciclopédia saraiva de direito. Coordenação de R. Limongi França*. vol. 45. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 45.

¹⁰ VITRAL, Waldir. Apud GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.*, p. 110.

financeira pública e privada são conceitos diferentes, pois apenas a primeira enquadrar-se-ia no conceito de instituição financeira *oficial*, detentora de prerrogativas que não se estenderiam às instituições financeiras privadas.

Estabelecidas estas imprescindíveis premissas conceituais, acerca do que seja *disponibilidade de caixa e instituições financeiras*, passa-se a interpretar o dispositivo constitucional grafado no artigo 164 e seu § 3º, da Constituição Federal (CF)¹¹, atento, como já se afirmou, ao conjunto sistemático de valores, princípios e normas de nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, ressaltando a necessidade de se interpretar corretamente um texto de lei, é a lição de HUMBERTO ÁVILA, ao asseverar que “*a matéria bruta utilizada pelo intérprete – o texto normativo ou dispositivo – constitui uma mera possibilidade de Direito. A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete*”¹².

Portanto, é evidente que a questão em apreciação não se exaure através de simples exegese literal do indigitado dispositivo constitucional, pois é sabido que esta espécie de interpretação é apenas uma das fases da interpretação sistemática. Na verdade, na preciosa lição de JUAREZ FREITAS¹³, trata-se da primeira fase da interpretação sistemática, que se aperfeiçoa através da utilização imbricada de vários critérios interpretativos, como o contextual, histórico, teleológico, entre outros.

Assim, a interpretação do dispositivo constitucional em apreço merecerá esforço redobrado do intérprete no que se refere à devida amplitude a ser concedida ao texto constitucional em estudo, que saiba guardar a necessária coerência axiológica entre a norma interpretanda e a totalidade do sistema jurídico pátrio.

Hodiernamente, como já referido, é corrente o entendimento de que os textos de lei em si não encerram previamente uma norma jurídica. Esta será reconstruída a partir do texto legal pelo intérprete que, alcançando-lhe conteúdo, de acordo com adequada interpretação sistemática, o transformará em norma jurídica. Nesse sentido, HUMBERTO ÁVILA ensina

¹¹ “Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central. (...)”

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

¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 16.

que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”¹⁴.

4. Da interpretação tópico-sistemática do § 3º do art. 164 da CF

Vale ressaltar a atualidade e largueza de amplitude do conceito de *sistema jurídico* formulado por JUAREZ FREITAS, que o define como sendo “*uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição*”¹⁵.

Portanto, quer parecer que a solução da polêmica estabelecida sobre a existência ou não de possibilidade de se depositar as disponibilidades de caixa em instituições financeiras privadas deverá surgir dentro dessa perspectiva, de inafastável obediência aos valores e princípios jurídicos postos em nosso sistema, em especial os de matiz constitucional. Dessa forma, pensa-se ser necessário realizar-se trabalho hermenêutico que possa cotejar a norma em apreciação (§ 3º do artigo 164 da CF) com quatro princípios constitucionais que incidem diretamente no caso, a saber: 1) o da *igualdade* (art. 5º, *caput*, CF); 2) da *autonomia dos entes federativos* (art. 18, CF); 3) da *eficiência* (art. 37, CF); 4) da *livre iniciativa* (art. 1º, inc. IV e art. 170, CF); e 5) da *livre concorrência* (art. 170, IV, CF). O resultado do cotejo desses princípios com o dispositivo constitucional em apreço servirá como verdadeiro farol a apontar porto seguro ao intérprete interessado na obtenção da melhor interpretação possível do texto constitucional objeto da presente análise.

4.1 Do princípio constitucional da igualdade

O *princípio da igualdade*, positivado no *caput* do art. 5º da Carta Magna, em função de seu acento constitucional, permite concluir que sua incidência abrange tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas. Assim, ressalvadas pontuais exceções estabelecidas em outros princípios, como por exemplo, o da Supremacia da Administração Pública, que incide nas relações da Administração com os particulares, pode-se afirmar que todos têm direito a tratamento isonômico diante de uma determinada situação fática ou jurídica. Em outras

¹³ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 78.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 22.

palavras, a ordem jurídica pátria indubitavelmente acolhe o valor jurídico da inexistência de injustificadas prerrogativas a determinadas pessoas em detrimento ao direito de outras. Este, aliás, parece ser um dos principais baluartes do Estado Democrático de Direito.

4.1.1. Da concepção de justiça de John Rawls.

Aliás, neste sentido, também aponta a teoria da justiça formulada por JOHN RAWLS, prestigiado filósofo político norte-americano, falecido aos oitenta e um anos, em 2002, considerado um dos maiores representantes da teoria da democracia liberal dos dias de hoje. Em 1971, escreveu “*Uma Teoria da Justiça*”, importante tratado jurídico-político que o alçou definitivamente à condição de integrante do seleto grupo dos grandes pensadores sociais do Século XX. Segundo RAWLS, o conceito de justiça pode ser explicado pela *equidade*, pois na medida em que são estabelecidas condições iguais entre as pessoas de um determinado grupo social, a justiça tenderá a se realizar naturalmente.

Em sua teoria da justiça como equidade, ao tratar de generalizar e levar a um nível mais alto de abstração o conceito tradicional de *contrato social* proposto por JEAN-JACQUES ROUSSEAU no século XVIII (1762)¹⁶, JOHN RAWLS intencionou apresentar uma alternativa para as concepções clássicas de justiça – utilitarismo e intuicionismo – que há muito dominam a tradição filosófica ocidental¹⁷.

Indubitavelmente, RAWLS é um dos filósofos contemporâneos de mais notoriedade no mundo ocidental na atualidade. Como já referido, desenvolveu uma teoria que enxerga a justiça como equidade¹⁸, que se caracteriza, dentre outros aspectos, por estar perfeitamente contextualizada ao mundo contemporâneo, pelo que tem recebido o devido destaque no mundo acadêmico ocidental.

E é em razão de sua notável atualidade que o presente ensaio centrou-se no exame de sua concepção de justiça, sem que isso signifique qualquer menosprezo às demais teorias de justiça desenvolvidas por outros consagrados filósofos políticos de renome mundial, pois todo

¹⁵ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 56.

¹⁶ Em sua consagrada obra *Du Contrat Social*, Rousseau propugnava, em linhas gerais, a submissão do governo à uma *Volonté Générale*, à vontade geral. Acreditava na idéia de que o súdito obrigado à obediência, tão comum nas monarquias absolutistas daqueles tempos, deveria dar lugar na sociedade do futuro - seguramente republicanas - ao cidadão fiel à pátria, erigindo, assim, a figura do patriota. Assim, a pátria, e não mais o rei, é que seria a única merecedora da fidelidade e da devoção do homem moderno.

¹⁷ RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002 p. 3.

¹⁸ RAWLS, John. *Op. Cit.*, p. 3-49.

o progresso realizado pela humanidade, em qualquer campo do saber, decorre, utilizando-se de uma expressão hegeliana, de *aufhebung*¹⁹, ou seja, do entendimento de que a concepção de uma nova teoria é invariavelmente precedida por um movimento de *superação* e *guarda* dos conceitos até então desenvolvidos naquela matéria.

O célebre filósofo norte-americano parte do pressuposto de que “*cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar*”²⁰. Com essa observação, ele rechaça a teoria de justiça utilitarista clássica, representada por SIDGWICK²¹, que prescreve que “*a sociedade está ordenada de forma correta, e portanto, justa, quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros*”²².

Assim, segundo a concepção de RAWLS, em uma sociedade justa, o tratamento isonômico entre os cidadãos passaria a ser *inviolável*, não sendo mais possível admitir-se a infringência de qualquer direito individual em benefício da maioria, como até hoje tem se admitido. O raciocínio esboçado pelo consagrado filósofo norte-americano merece destaque no presente estudo porque parece indicar que a interpretação do § 3º do artigo 164 da CF até hoje realizada, no sentido de estabelecer monopólio dos bancos estatais no depósito das disponibilidades de caixa das entidades da Administração Pública, restaria ultrapassada, carecendo de urgente revisão, pois representaria violação do direito dos bancos privados à possibilidade de figurarem como depositários das aludidas disponibilidades de caixa.

4.1.2. Da interpretação histórica

Aliás, é consabido que a criação de instituições financeiras públicas é fruto de uma política governamental de incentivo ao desenvolvimento do mercado financeiro nacional, fenômeno que teve grande intensidade nos primeiros oitenta anos do século passado no Brasil. Naquele período histórico, foi crucial à Nação, que o Estado interferisse de forma incisiva no mercado financeiro, dada à falta de interesse ou possibilidade das instituições financeiras

¹⁹ WEBER, Thadeu. *Ètica e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: Edipucrs, 1999, p. 107.

²⁰ RAWLS, John. *Op. Cit.*, p. 4.

²¹ Rawls comenta na nota de rodapé n.º 9 do Capítulo I – Justiça como Equidade – da obra em estudo, que considera “*a obra de Henry Sidgwick, The Method of Ethics, 7ª. Ed. (Londres, 1907), como síntese do desenvolvimento da teoria moral utilitarista*”, ressaltando em seguida que “*aparentemente Hutcheson foi o primeiro a formular claramente o princípio da utilidade*”, ao colocar que o aludido autor, em sua obra *Inquiry Concerning Moral Good and Evil (1725)* na seção III, § 8, assevera que “*melhor é aquela ação que produz a maior felicidade para o maior número [de pessoas]; e pior é aquela que, de igual maneira, ocasiona a miséria*”, p. 659.

²² RAWLS, John. *Op. Cit.*, p. 25.

privadas, nacionais e estrangeiras, em realizar investimentos de grande porte que pudessem assegurar a sustentabilidade dos projetos, sobretudo, sociais e econômicos de macro-envergadura implementados naquele período em nosso País.

O transcurso do tempo demonstrou que a interferência estatal no mercado financeiro estava absolutamente correta, pois, hoje, pode-se afirmar seguramente que existe no Brasil, estabilidade monetária, controle inflacionário e o que é melhor, indicadores econômicos desenhando pujante curva de crescimento de nossa economia. Assim, felizmente, os tempos são outros.

Com efeito, a principal motivação que legitimava a atuação intensa de bancos estatais no sistema financeiro não mais existe na atualidade, tendo-se em vista que os sucessivos resultados positivos da economia brasileira nas últimas décadas, em função de sua crescente diversificação, proporcionou a desejada hígidez ao nosso sistema financeiro. Assim, nos dias atuais, não há falar em necessidade de tutela absoluta do sistema financeiro pelos bancos públicos. Portanto, sob o prisma da interpretação histórica, verifica-se que não existe mais razão que justifique realizar interpretação da norma em exame com o vezo de conceder privilégios aos bancos públicos em detrimento dos privados.

4.2. Do princípio constitucional da eficiência

Atualmente, as principais carências do país são outras, residindo, uma delas, na necessidade premente de se imprimir transparência, eficácia e eficiência na gestão e controle dos recursos públicos, face aos sucessivos escândalos noticiados pela mídia brasileira, fundados em inúmeros desvios de exorbitantes quantias dos cofres públicos e da endêmica corrupção que parece assolar alguns segmentos da Administração Pública, demonstrando a incontestável insuficiência dos sistemas de controle instituídos em nosso País a sugerir sua urgente remodelagem.

E no que toca ao relevante aspecto da eficiência, infelizmente, os bancos públicos não são o melhor exemplo de gestão. De se lembrar, como bem anotado por IVES GRANDA DA SILVA MARTINS “*que, desde de 1988, inúmeras instituições oficiais foram liquidadas ou sofreram intervenção, numa demonstração de que o constituinte, ao falar em instituição oficial, como símbolo de confiança, não contava com tais liquidações extrajudiciais*”²³.

²³ MARTINS, Ives Granda da Silva. *Op. Cit.*, p. 4577.

E aí, nesse aspecto, pensa-se que a atenção dos mecanismos de controle externo necessita ser redirecionada a compelir as instituições financeiras a observarem o **princípio constitucional da eficiência** (art. 37, *caput*). É passado o tempo em que os controles social, interno e externo admitiam o mau gerenciamento das verbas públicas. Com efeito, com o advento da Emenda Constitucional n.º 19, de 04/06/1998, na visão do douto jurista, “*segurança e rentabilidade são, pois, os principais elementos a orientarem os administradores públicos, na destinação dos ‘recursos de caixa’ existentes*”²⁴.

Dessa forma, consoante a boa hermenêutica, a partir da EC n.º 19/98, a seleção da melhor proposta para a prestação de serviços bancários, definitivamente deixou de residir no discricionarismo político da Administração, tornando-se-lhe obrigatória, através da adoção de critérios objetivos previamente estabelecidos pelo competente certame licitatório que contemple todas as instituições financeiras que queiram prestar seus serviços, independentemente de serem públicas ou privadas. E tais regras licitatórias deverão, por imposição do princípio constitucional da eficiência, estabelecer critérios que assegurem segurança e rentabilidade nos depósitos das disponibilidades de caixa.

Aliás, nos dias de hoje, merece ser destacado o afastamento crescente do Poder Público da exploração das atividades econômica e financeira, verificado nos fenômenos das privatizações e da quebra de monopólios estatais, que seguem, ressalte-se, uma tendência mundial voltada para excelência na gestão pública e privada. Portanto, também por essa razão, não há como justificar interpretação da norma em exame que lhe atribua o condão de garantir monopólio ou reserva de mercado para os bancos públicos em prejuízo dos bancos particulares.

Nesse sentido, vale ressaltar que diversos entes federativos brasileiros, como Estado do Mato Grosso, Executivos Municipais de São Paulo-SP, Niterói-RJ, Barra Mansa-RJ, Volta Redonda-RJ, Catanduva-SP, Itajaí-SC, Sorocaba-SP, Belo Horizonte-MG e Santa Maria-RS, entre outros, já estão adotando a utilização de instituições financeiras privadas para o depósito de suas disponibilidades de caixa.

Quer-se colocar que a contratação, mediante o devido processo licitatório, de instituição financeira – não importando se a licitante vencedora tem natureza pública ou privada, mas sim, aquela que melhor atendeu às necessidades da Administração Pública

²⁴ MARTINS, Ives Granda da Silva. *Op. Cit.*, p. 4577.

elencadas no editalício –, indica que o Gestor pautou sua ação política no **princípio da eficiência**, o que, indubitavelmente, representa atendimento dos preceitos constitucionais elencados no presente ensaio.

À guisa de informação, vale mencionar que esta forma de licitação, denominada de “*licitação da conta única*” foi implementada pelo Governo do Estado de Pernambuco²⁵ e, como visto, vem ganhando ampla repercussão em todo o Brasil, por representar forma eficaz, segura e rentável de administrar as disponibilidades de caixa da Administração Pública.

4.3. Do princípio constitucional da autonomia dos entes federativos

No que toca ao **princípio constitucional da autonomia dos entes federativos**, positivado no artigo 18 da CF²⁶, importa destacar que a interpretação do § 3º do artigo 164 da Constituição Federal, que iguala a palavra *oficiais*, contida nesse dispositivo, à palavra *públicas*, parece não ser a mais adequada ao caso. É que a equiparação de tais palavras impõe obrigação aos Municípios de realizarem o depósito de suas disponibilidades de caixas nos bancos da União e/ou dos Estados, o que constituiria violenta afronta ao referido diploma constitucional, pois as municipalidades possuem, face ao aludido princípio, autonomia para depositarem suas disponibilidades de caixa onde melhor lhes aprouver.

Portanto, alcançar à palavra *oficiais*, do § 3º do art. 164 da CF, a significação de *públicas* traduz-se em interpretação mal conduzida, pois colidente com o dito princípio. E no conflito entre regras e princípios, vale lembrar, conforme ensina JUAREZ FREITAS, que “*os princípios devem ocupar lugar de diretrizes harmonizadoras ou solucionadoras, situando-se na base e no ápice do sistema, vale dizer, atuando como fundamento e cúpula do mesmo*”²⁷.

Nesse sentido, cabe referir o lúcido posicionamento de DIÓGENES GASPARINI no sentido de que “*para evitar essa violenta agressão à Constituição Federal, o vocábulo oficiais consignado nesse parágrafo deve ser entendido como indicador do gênero das instituições financeiras, divididas pelos doutrinadores, a exemplo de ADILSON ABREU DALLARI, e pela legislação pertinente (Lei federal n.º 4.595/64) em públicas e privadas. Tal*

²⁵ O periódico Primeira Leitura, edição n.º 39, de maio de 2005, p. 54-56, traz matéria intitulada “O Estado como um ativo da sociedade”, onde retrata a bem sucedida experiência do Estado de Pernambuco de realizar licitação para contratação de instituição financeira para depósito de sua disponibilidade de caixa, que lhe gerará R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) de receita nos próximos cinco anos.

²⁶ Dispõe o caput do artigo 18 da CF: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

²⁷ FREITAS, Juarez. *Op. Cit.*, p. 71.

inteligência dá significado, conteúdo, à palavra oficiais sem turvar a necessária coerência que deve existir entre elas e as demais normas e princípios da Constituição Federal”²⁸.

Portanto, filiando-se ao entendimento acima transcrito, entende-se que o vocábulo *oficiais* do § 3º do art. 164 da CF não pode ser entendido como *públicas*, sob pena de violar o sistema jurídico posto. Assim, adota-se no presente ensaio exegese mais coerente com a ordem jurídica, fruto da interpretação sistemática, que confere à palavra *oficiais* o significado de gênero que compreende tanto as instituições financeiras públicas como as privadas integrantes do sistema financeiro oficial brasileiro.

4.4 Do princípio constitucional da livre iniciativa

Quanto à incidência do **princípio constitucional da livre iniciativa**, positivado em nosso ordenamento nos artigos 1º e 170, *caput*, da Constituição Federal, frente ao exame histórico realizado acima, não subsistem os antigos fundamentos de outrora, já explicitados, que poderiam justificar a não-incidência deste princípio constitucional na contratação de serviços bancários pela Administração Pública.

Oportuno, nesse sentido, comentário de ADILSON ABREU DALLARI assinalando que, na atualidade, “*não há razão alguma para sustentar o monopólio dos bancos públicos, pois eles não são mais seguros ou confiáveis que os bancos privados, dado que estão igualmente sujeitos à liquidação*”²⁹. Portanto, se inexistentes motivos justificadores de concessão de privilégios às instituições financeiras públicas, apresenta-se obrigatório o atendimento do princípio da livre iniciativa na correta interpretação da regra em apreço.

4.5. Do princípio constitucional da livre concorrência

Ademais, o princípio da livre concorrência, estabelecido no artigo 170, inciso IV, da Carta Magna³⁰, traz em seu núcleo a idéia de que a ordem econômica assegura a todos o direito de concorrer no mercado em situações de igualdade.

Dentro dessa linha de raciocínio, parece adequado concluir que as instituições financeiras privadas têm o direito constitucionalmente assegurado a concorrerem com as

²⁸ GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.*, p. 92.

²⁹ Apud GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.*, p. 95.

³⁰ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ...IV - livre concorrência;...

instituições financeiras públicas na disputa pela contratação de seus serviços bancários pelas Administrações Públicas brasileiras.

Trata-se, portanto, de se examinar, no caso presente, a efetivação do **direito de concorrência das instituições financeiras privadas à celebração de contratos para prestação de serviços bancários com a Administração Pública**.

Aliás, deve-se ressaltar que o artigo 173 da Carta Federal³¹, inserto no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, prevê que a exploração da atividade econômica pelo Estado, nela incluída evidentemente a prestação de serviços bancários, deverá ser regulada por lei que, estabelecendo o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, dentre outras coisas, **determinará a sujeição de tais entidades paraestatais ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, equiparando-as, portanto, nesses campos, às empresas privadas** (art. 173, § 2º, II). De se perceber que a norma que se extrai deste dispositivo constitucional guarda estreita relação, inclusive, com o princípio da igualdade, já abordado, no caso em exame.

Com efeito, interpretar o § 3º do art 164 da CF negando a incidência de tal princípio, como leciona DIÓGENES GASPARINI “*seria criar uma reserva de mercado incompatível com o regime da livre concorrência*”³², pois assim agindo, o operador estaria indevidamente atribuindo o direito de contratar com a Administração **apenas** às instituições financeiras de direito público em evidente violação ao direito das de direito privado. Esta assertiva parece

31Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º. A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

³² GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.*, p. 107.

estar absolutamente consentânea com o consagrado princípio constitucional da livre concorrência, positivado no artigo 170, inc. IV, da Carta Federal, apontando para a conclusão de que eventual interpretação do texto constitucional sob exame que esteja divorciada do aludido princípio, mereça imediato afastamento por constituir evidente violação de direitos das instituições financeiras privadas.

5. Da inexistência de auto-aplicabilidade da parte final do § 3º do art. 164 da CF do § 3º do art. 164 da CF

Examinada a questão pelo prisma principiológico, cabe, agora, realizar exame da auto-aplicabilidade do indigitado § 3º do art. 164 da CF, ressaltando-se que renomados juristas, valendo citar entre eles, IVES GRANDA DA SILVA MARTINS, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, PAULO NEVES DE CARVALHO e GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL³³, sustentam tratar-se de norma inaplicável até que seja regulamentada pela lei complementar mencionada na dicção do art.163, comentando que a mesma exigência é realizada pelo art. 192³⁴ da CF.

Não obstante essa respeitável inteligência doutrinária, adota-se neste ensaio a classificação esposada por DIÓGENES GASPARINI, em função do seu maior nível de detalhamento da matéria. O referido jurista, objetivando melhor examinar a eficácia do indigitado parágrafo, dividiu-o em três partes a saber, *verbis*:

“1ª) ‘As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central’, 2ª) ‘as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais’ e 3ª) ‘ressalvados os casos previstos em lei.’”³⁵

Segundo o douto jurista, as duas primeiras seriam auto-aplicáveis, ou de *eficácia plena* na clássica classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA. De fato, nada obsta que se dê imediato cumprimento a tais mandamentos constitucionais, desde que a palavra *oficiais* seja entendida como gênero que contempla as instituições financeiras públicas e privadas, como já aventado.

³³ GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.*, p. 100.

³⁴ Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

³⁵ GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.*, p. 100.

Em seu entender, que parece de todo acertado, apenas a terceira parte do dispositivo constitucional careceria de auto-aplicabilidade, possuindo assim, *eficácia contida*, por exigir a edição de lei complementar superveniente. De se perceber que tal lei complementar irá estipular as restrições de contratação de instituições financeiras públicas e privadas. Assim, enquanto, inexistir dita regulamentação, os entes federativos estão autorizados a contratar toda e qualquer forma de prestação de serviços bancários com tais instituições.

Como bem pontuado por DIÓGENES GASPARINI, “a lei demandada por esse parágrafo não será para ressaltar as hipóteses em que as disponibilidades de caixas das entidades públicas e governamentais poderão ser efetuadas em instituições financeiras privadas, mas para indicar em quais hipóteses os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os órgãos ou entidades do Poder Público e as empresas por ele controladas não poderão depositar essas disponibilidades de caixa em instituições bancárias públicas e privadas”³⁶.

Portanto, também pelo exame da auto-aplicabilidade da norma em comento, conclui-se pela inexistência de qualquer impeditivo constitucional a obstar o depósito das mencionadas disponibilidades de caixa em bancos privados, eis que eventuais restrições deverão ser estabelecidas em lei, cuja competência, no entender do eminente professor, é do ente proprietário das disponibilidades de caixa. Aliás, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao ser chamado para emitir parecer para elucidar a quem competia a edição da lei mencionada no § 3º do art. 164 da Constituição Federal, asseverou: “Por último, e a fim de espancar qualquer dúvida ou entredúvida sobre a lei a que se refere o versículo constitucional, registre-se que, não havendo a Lei Magna qualificado a origem da lei, haver-se-á de entender que será a da pessoa jurídica titular dos recursos, maiormente em consideração ao fato de que quando quis se reportar a lei federal, o fez expressamente. Citem-se os arts. 36, IV, 182, § 4º, 219, 225, § 6º, 236, § 2º e, no ADCT, art. 40, parágrafo único”³⁷.

6. Da jurisprudência

Por fim, vale destacar a existência de jurisprudência existente em nossos tribunais que corrobora o entendimento de que as disponibilidades de caixa da Administração Pública podem ser depositadas em bancos privados. Exemplificativamente, traz-se à colação o julgado do Tribunal de Contas da União nº TC 011.772/94-8, publicado no DOU de 25.02.1997, que

³⁶ GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit.*, p. 102.

decidiu “*determinar à direção da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT que constatada necessidade de contratar serviços bancários proceda ao indispensável certame licitatório de modo a atender o artigo 3º da Lei n.º 8.666/93,...*”, indicando entendimento de que as instituições financeiras de direito privado podem ser utilizadas para depósito das disponibilidades de caixa, vez que a referida empresa pública pertence à Administração Indireta Federal Federal³⁸.

Além disso, muito embora vencido, também é relevante destacar, o voto prolatado pelo eminente Ministro CARLOS AYRES BRITTO, na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.075-2, do Paraná, julgada em 19/12/03, que defendeu a incidência do princípio da autonomia dos entes federativos na matéria, asseverando, *verbis*:

“..- com a devida vênia dos precedentes da Casa -, entendo que a ressalva que a Constituição faz, no artigo 164, dizendo que a regra dos depósitos dessas disponibilidades em instituições oficiais, isso comporta em seção por lei – artigo 164, § 3º: ‘(...) ressaltados os casos previstos em lei’, entendo que essa lei só pode ser estadual. E vejam por quê. É inerente ao princípio federativo a autonomia financeira de cada um dos entes da federação. Isso está explícito em vários dispositivos da Constituição.Ou seja, em várias passagens, a Constituição faz dessa livre disposição dos recursos de cada entidade federada um elemento conceitual de autonomia política e administrativa de cada um desses entes de existência necessária...Parece-me que só pode ser lei de cada um dos entes da federação e não uma lei nacional.”

Dessa forma, a existência de tais decisões no âmbito da jurisprudência parece indicar caminho para uma solução da controvertida questão capaz de harmonizar o comando do § 3º do artigo 164 da CF aos demais princípios constitucionais incidentes à matéria. Demais disso, como já referido na introdução deste trabalho, importa reprisar que até o presente momento, das cinco demandas propostas naquela Corte Suprema, acerca do assunto, quatro são Ações

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apud GASPARINI, Diógenes. *Op. Cit*, p. 104.

³⁸ Nesse sentido, importa reproduzir o art. 4º, inc. II, alínea b, do Decreto-Lei n.º 200/67, *verbis*: “Art. 4º. A Administração Federal compreende:...II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;
b) Empresas Públicas;
c) Sociedades de Economia Mista;
d) Fundações Públicas.

Diretas de Inconstitucionalidade³⁹ e uma Ação Cautelar⁴⁰, tendo apenas esta última transitado em julgado.

Portanto, verifica-se a inexistência de qualquer manifestação de entendimento definitivo, em sede de mérito, sobre a questão por parte daquela Corte Constitucional. Também é oportuno destacar novamente que do exame dos julgados das medidas liminares que compõem as referidas ADIns, constata-se que os doutos Ministros membros do STF apresentam decisões díspares, do que pode-se inferir que a complexidade do tema ora em apreciação impõe seja realizada acurado trabalho hermenêutico sobre o assunto por parte dos julgadores que vierem a se deparar com problemas dessa natureza a exigir-lhes um pronunciamento de mérito.

7. Conclusões

O exame hermenêutico da norma constitucional objeto do presente ensaio implica a necessidade de se interpretar o aludido texto constitucional de forma harmonizada com os demais valores, princípios e regras incidentes à matéria existentes, nos dias de hoje, em nosso ordenamento jurídico, cuja função precípua é a preservação do Estado Democrático de Direito – que se orienta axiologicamente pelo valor *liberdade* – entre nós.

A interpretação histórica indica de forma contundente que o direito administrativo vem sofrendo transformações desde o século XIX, que redundaram em duas conclusões fundamentais para o presente estudo: (a) o paradigma da legalidade cede lugar ao da constitucionalidade; e (b) o papel norteador do direito administrativo, antes conferido ao império das regras estritas, passa agora aos valores e princípios conformadores da ordem jurídica.

Assim, a incidência principiológica deve merecer o devido destaque no debate articulado. Por conseguinte, apresenta-se imprescindível examinar a norma constitucional questionada sob a ótica dos princípios constitucionais da igualdade, da eficiência, da autonomia dos entes federativos, da livre iniciativa e da livre concorrência.

Desse modo, importa realizar operação hermenêutica, que ponderando a incidência dos princípios constitucionais acima elencados, procure harmonizar a significação do texto constitucional expresso no § 3º do artigo 164 da Constituição Federal aos demais valores e

³⁹ São as ADIn n.º 2600 MC/ES, 2661/MA, 2844 QO/PR e 3075 MC-QO/PR.

princípios do ordenamento jurídico. Disso resultará a conclusão de que constitui direito constitucionalmente assegurado às instituições financeiras privadas concorrer em procedimento licitatório instaurado pela Administração Pública que vise à contratação de serviços bancários para, entre outras coisas, guardar os depósitos das disponibilidades de caixa, em igualdade de condições com as instituições financeiras públicas.

Portanto, de acordo com a aplicação da interpretação tópico-sistemática, orientada pelos valores democráticos, quer parecer ser esta a melhor interpretação, entre outras tantas possíveis, do dispositivo constitucional analisado.

Dessa forma, espera-se que o presente ensaio possa contribuir na discussão de tão relevante assunto, cujas graves conseqüências, tanto na seara da excelência de gestão de recursos públicos que toca à Administração Pública, quanto no que pertine aos direitos constitucionalmente assegurados às instituições financeiras privadas, dentre eles, especialmente, o da livre concorrência, exigem posicionamento seguro e fundamentado dos intérpretes envolvidos, em especial, dos julgadores, que denote consonância axiológica com os valores hodiernamente defendidos pela nossa ordem jurídica.

⁴⁰ AC 1 AgR/SC.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CASSESE, Sabino. *As transformações dos direito administrativo do séc. XIX ao XXI*. Interesse Público. Ano 5. nº 24, março/abril de 2004. Porto Alegre: Notadez, 2004.
- CHIARA, José Tadeu. *Enciclopédia saraiva de direito. Coordenação de R. Limongi França*. vol. 45. São Paulo: Saraiva, 1977.
- GASPARINI, Diógenes. *Disponibilidade de caixa do poder público*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado Rio de Janeiro, n. 56. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2002.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- JÚNIOR, Flávio C. de Toledo. *Disponibilidade de caixa*. São Paulo: Informativo Jurídico do Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal (CEPAM), ano VIII, nº 11, novembro/93, 1993.
- MARTINS, Ives Granda da Silva. *Disponibilidades de caixa de entidades governamentais*. Fórum de Contratação e Gestão Pública. ano 3, n. 35, nov. 2004. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- NETO, Abraão Elias Neto. *Algumas considerações acerca dos ‘restos a pagar’ em face das disposições do artigo 42, da lei de responsabilidade fiscal*. Fórum Administrativo, v. 1, n. 4, junho 2001. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2001.
- RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: Edipucrs, 1999.