

DISPONIBILIDADE DE CAIXA DO PODER PÚBLICO

Diogenes Gasparini*

1- Prescreve o art. 43 da Lei federal complementar, de caráter nacional, n.º 101, de 04.05.2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, que as *“disponibilidades de caixa dos entes da federação serão depositadas conforme estabelece o § 3.º do art. 164 da Constituição”*. Esse dispositivo não menciona, mas certamente está se referindo à Constituição Federal de 1988. O *caput* dessa disposição constitucional estatui que *“A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central”*, enquanto seu § 3.º estabelece que *“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”*.

Portanto, para o preciso conhecimento do que estatui aquele dispositivo legal, o art. 43 da Lei de Responsabilidade Fiscal, é indispensável saber o que determina esse preceptivo constitucional, ou seja, qual o significado das expressões *disponibilidade de caixa, instituições financeiras oficiais e ressalvados os casos previstos em lei*. Ainda deve ser debatida a necessidade de licitação para os Estados, Distrito Federal, Municípios, órgãos e entidades do Poder Público e empresas por ele controladas, quando da contratação de instituição financeira para receber em depósito suas *disponibilidades de caixa* e promover, quando for o caso, outras operações de natureza bancária. Por fim, com o mesmo objetivo, há de ser discutida a aplicabilidade desse dispositivo da Lei Maior. De outro modo, todo o trabalho de interpretação dessa disposição legal restará prejudicado, senão impossível.

Não se diga que esse estudo perdeu sua oportunidade, pois a Medida Provisória n.º 2.139-64, de 27 de março de 2001, na atual versão n.º 2.192-70, de 24.08.2001, já deu a devida atenção ao assunto, posto que seria um lamentável engano. Com efeito, esse diploma legal apenas possibilitou que as disponibilidades de caixa dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou das entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, fossem depositadas ou mantidas na instituição financeira submetida a processo de privatização ou na instituição financeira adquirente do seu controle acionário, até o final do exercício de 2010, conforme prescrito no § 1.º do seu art. 4.º. O § 2.º desse dispositivo, de seu lado, prescreve como serão as transferências dessas disponibilidades para as instituições financeiras públicas ao fim desse prazo. Portanto, as preocupações mencionadas na abertura deste trabalho ainda prevalecem e estão a exigir nossa atenção e análise.

* Advogado. Mestre e doutor pela PUC-SP. Professor da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

2- Começamos por examinar a constitucionalidade do § 3.º do art. 164 da Lei Maior. Essa norma é constitucional? Quando assim se pergunta, o que se quer saber é qual das possíveis interpretações que essa norma enseja é constitucional. A palavra *oficiais*, consignada em seu texto, é sinônimo de *públicas*, ou significa o gênero do qual as instituições financeiras públicas e privadas são espécies? Deseja-se, pois, estabelecer a compatibilidade das determinações constantes desse parágrafo, que integra o sistema normativo jurídico-constitucional, frente às demais normas dessa natureza e aos princípios jurídicos, expressos ou implícitos, encontráveis na Lei das Leis e à vista do processo lógico-sistemático de interpretação das regras jurídicas. Tal desejo, por certo, leva-nos às regras de interpretação da lei e, assim, de interpretação da Constituição Federal e ao que esta exegese tem de particular.

3- Interpretar, de modo amplo, significa compreender o significado das palavras ou, como ensina EROS ROBERTO GRAU (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988 - Interpretação e Crítica*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 170), interpretar, "*em sentido amplo, é compreender signos lingüísticos*". Em sentido estrito, interpretar significa buscar o juízo preciso das palavras e expressões colocadas num dado texto, por exemplo, jurídico (regulamento, lei, constituição), quando nelas não há clareza ou quando geram dúvidas. É exatamente o que ocorre com as locuções *instituições financeiras oficiais* e *ressalvados os casos previstos em lei*, consignadas no § 3.º do art. 164 da Lei Maior, que estão a gerar dúvidas.

4- Na interpretação em sentido estrito pode ocorrer uma situação de *isomorfia*, onde as palavras ou locuções são suficientemente claras, ou, ao contrário, uma situação de *não-isomorfia*, na qual as palavras e as expressões não têm a necessária clareza, causando, por isso, dúvidas quanto ao preciso significado que encerram. De qualquer modo, impõe-se, sempre, uma interpretação em sentido amplo se o objeto da exegese é a linguagem jurídica. Por isso o preciso magistério de EROS ROBERTO GRAU (ob. cit., p. 171), segundo o qual "*No uso da linguagem jurídica afloram tanto situações de isomorfia quanto situações nas quais se reclama interpretação em sentido estrito. Ambigüidade e imprecisão das palavras e expressões da linguagem jurídica encaminham, inexoravelmente, à instalação de situações de interpretação (em sentido estrito). Ainda quando se trate de situações de isomorfia, no entanto, no mínimo a prática de exercício de interpretação em sentido amplo se impõe, na medida em que será sempre necessária a compreensão dos signos lingüísticos*". Advertindo, logo adiante, que por isso "*se há de tomar sob reserva a afirmação de que in claris cessat interpretatio*".

5- Seguindo as bem postas lições desse preciso professor (ob. cit., p. 172), a interpretação em sentido estrito pode ser necessária nos contextos *lingüístico, sistêmico e funcional*.

5.1- No contexto lingüístico as dúvidas surgem em razão da ambigüidade, das zonas cinzentas, da imprecisão e do conteúdo vago das palavras e expressões, onde é

exemplo dessa situação a locução *instituições financeiras oficiais*, que pode ser tomada, pelos menos avisados, como *instituições financeiras públicas*.

5.2- No contexto sistêmico as preocupações surgem da inconsistência ou incoerência da norma examinanda, frente a outras regras e princípios do sistema jurídico onde está alojada, como é o caso do § 3.º do art. 164 da Constituição Federal. Essa disposição afronta, entre outros, o princípio da livre iniciativa, ao determinar que as disponibilidades financeiras dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, sejam depositadas em *instituições financeiras oficiais* se entendidas como *instituições financeiras públicas*, alijadas, assim, as *instituições financeiras privadas*.

5.3- No contexto funcional as situações de dúvidas ocorrem em razão das variações das funções, conflitivas e até excludentes entre si, atribuíveis à norma interpretanda, como acontece com a palavra *lei*, também grafada no referido parágrafo, pois se pode entendê-la como lei federal nacional ou como diploma legal de cada uma das entidades federadas.

6- A par dessas noções não se pode esquecer, ao interpretar dada norma constitucional, que a Constituição do País onde essa norma está inserida é o seu estatuto político-jurídico, abrangendo, assim, valores políticos transmutados em princípios jurídicos que submetem a interpretação das normas legais e constitucionais. É o que ocorre com a adoção do regime capitalista pela Constituição Brasileira, onde esse princípio orienta a interpretação do ordenamento jurídico-constitucional. Nesse mister exegético não se pode diminuir ou, muito menos, desprezá-lo. Nessa linha, EROS ROBERTO GRAU (ob. cit., p. 172) averbou: "*O que peculiariza a interpretação das normas da Constituição, de modo mais marcado, é o fato de ser ela o estatuto jurídico do político, o que prontamente nos remete à ponderação de 'valores políticos'*". Como, no entanto, esses '*valores*' penetram o nível do jurídico, na Constituição, quando contemplados em princípios - seja em *princípios positivos do Direito*, seja em *princípios gerais do Direito*, ainda não positivados -, desde logo se antevê a necessidade de os tomarmos, tais princípios, como conformadores da interpretação das regras constitucionais".

7- A importância de estar a interpretação constitucional, informada pelos princípios expressos ou implícitos na Constituição e por eles conformada, é realçada pelos estudiosos. Com efeito, ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (RDP 15:284) que "*Não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios consagrados na Constituição e não se pode tolerar uma lei que fira um princípio adotado pela Lei Magna*". A superioridade dos princípios, em relação às normas ordinárias e constitucionais, e sua relevância na interpretação das regras jurídicas foram proficientemente destacadas por AUGUSTIN GORDILLO (*Introducción al Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966, vol. I, p. 176) na seguinte e precisa lição: "*Diremos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso; mientras que*

la norma es un marco dentro del cual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es ejecutada; el principio, en cambio, determina en forma integral cual ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta. La norma es límite, el principio es límite e contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla en más de un sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de un sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio, exige que tanto la ley como el acto administrativo respecten sus límites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu. Pero aún más, esos contenidos básicos de la Constitución rigen toda la vida comunitaria y no sólo los actos a que más directamente se refieren o a las situaciones que más expresamente contemplan”.

8- Nunca é demais, neste passo, trazer à colação lição bem produzida por GERALDO ATALIBA (*República e Constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 13) e assim proferida: “O aplicador judicial da lei” e qualquer outro, agregamos, “deve maior, mais especial e mais reverente fidelidade e acatamento aos princípios constitucionais. Por isso, deve interpretar, as demais regras - mesmo constitucionais - em harmonia com eles. Com mais razão, há de atribuir às simples leis - ainda que complementares - exegese que revele, ressalte, desvende e prestigie a eficácia dos princípios. Se, em dada situação, surge aparência de divergência entre uma regra e um princípio - antes de qualquer coisa - o intérprete deve dar à regra interpretação harmoniosa e coerente com as exigências do princípio. O que se não consente é que este seja, por qualquer forma, negado, diminuído, contrariado ou esvaziado, por força de simples regra” ou de mera interpretação, aditamos.

Em suma, não se pode ter por corretamente compreendida uma norma, qualquer que seja sua natureza e hierarquia, sem considerar os princípios acolhidos pela Constituição Federal, tanto quanto não se pode aceitar uma lei ou tolerar certa interpretação que os ofenda, que os agrida. Daí a inatacável advertência de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (RDP 15:284), segundo a qual “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

9- Por todas essas razões e, sobretudo, pela relevante importância que a interpretação das normas jurídicas tem para todo operador do Direito, não podemos, nesta altura, senão esclarecer que nossas considerações, feitas em função dos vários problemas que colocamos na abertura deste estudo, estão *informadas e conformadas*

pelos princípios jurídico-constitucionais encontráveis no ordenamento jurídico. Ademais, estão apoiadas, como não podia deixar de ser, pelas regras da interpretação lógico-sistemática, pois “*não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços*”, averba EROS ROBERTO GRAU (ob. cit., p. 181), nem se interpretam as normas jurídicas senão inteligentemente, de modo que a ordem legal não envolva um “*absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis*”, tal qual ensina CARLOS MAXIMILIANO (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 6.ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957, p. 210).

10- Para a solução das preocupações levantadas no início deste trabalho impõe-se, ainda que de forma sumulada, explicitar o conteúdo dos princípios: federativo, da igualdade, da autonomia dos entes federados, da livre iniciativa e da obrigatoriedade de licitar.

11- O princípio federativo está indicado no art. 1.º combinado com o art. 18, ambos da Constituição Federal. Com efeito, nesses dispositivos, de forma conjugada, está dito que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, todos autônomos nos termos constitucionais. A relevância desse princípio está na sua intangibilidade, pois nos termos do § 4.º do art. 60 da Constituição Federal o Congresso Nacional não deliberação sobre proposta de emenda à Lei Maior, tendente a abolir a forma federativa do Estado Brasileiro. Sendo desse modo, resta notório que qualquer preceptivo, até mesmo constitucional, que, por esta ou aquela maneira, o desconsidere, será indubitavelmente inconstitucional. Para ser assim, não é necessário que proponha, às escâncaras, a abolição da Federação Brasileira, basta que a norma constitucional prestigie um em detrimento de outro dos entes federados ou que sua interpretação leve a isso. Em razão desse princípio convivem harmoniosamente a *ordem jurídica global* e as *ordens jurídicas parciais*, correspondendo aquela ao Estado Brasileiro e estas à União, aos Estados Federados, ao Distrito Federal e aos Municípios, podendo-se, em complemento, afirmar que entre as leis federais, estaduais, distritais e municipais não há qualquer hierarquia, dado os respectivos e bem delineados campos de atuação, consagrados pela Constituição Federal.

11.1- Destarte, não se pode imaginar válida interpretação mal conduzida do § 3.º do art. 164 da Constituição Federal, que iguala a palavra *oficiais*, contida nesse dispositivo, à palavra *públicas*, instaurando, assim, uma discriminação que viola, de frente, o princípio federativo. Com efeito, prestigiar a União e os Estados, mesmo que seja por intermédio de suas instituições financeiras, com sacrifício, por exemplo, do Município e dos órgãos e entidades por ele criadas ou controladas, impondo-lhe a obrigação de realizar negócios de natureza bancária e a depositar suas disponibilidades de caixa nas instituições financeiras federais (Banco do Brasil S/A, Caixa Econômica Federal S/A) ou estaduais (bancos e caixas econômicas estaduais), é afrontar, a toda força, esse princípio; é quebrar a Federação Brasileira, intangível *ex vi* do art. 60, § 4.º, I, da Lei Suprema, para não dizer, desde logo, que é, também, desconsiderar o princípio da autonomia dos entes federados.

11.2 – Tal interpretação, como se vê, não se mantém ante a mais simples análise lógico-sistemática, que leva diretamente à conclusão segundo a qual a locução *instituições financeiras oficiais* não é sinônimo perfeito de *instituições financeiras públicas* e que a permanecer inteligência contrária será inexorável a inconstitucionalidade do mencionado § 3.º do art. 164 da Lei Suprema. É de todo inadequada a aproximação das palavras *oficiais* e *públicas* como se fossem idênticas. 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 inteligência dá significado, conteúdo, à palavra *oficiais*, sem turvar a necessária coerência que deve existir entre ela e as demais normas e princípios da Constituição Federal.

12 – A Constituição Federal estabelece no art. 5.º, sem distinção de qualquer natureza, que todos são iguais perante a lei. É o princípio da *igualdade* ou da *isonomia*. Assim, todos os iguais em face da lei também o são perante a Administração Pública. Todos, portanto, têm o direito de receber da Administração Pública o mesmo tratamento, porque iguais. Se iguais, nada pode discriminá-los. Impõe-se aos iguais, por esse princípio, um tratamento impessoal, igualitário ou isonômico. É princípio que norteia, sob pena de ilegalidade, os atos e comportamentos da Administração Pública direta (União, Estado, Município) e indireta (empresa pública, sociedade de economia mista, quando prestadoras de serviço público). É, assim, um dos direitos individuais consagrados tanto à proteção dos brasileiros como dos estrangeiros submetidos à nossa ordem jurídica. Por fim, cabe afirmar que é princípio aplicável às pessoas físicas e jurídicas e estas públicas, governamentais ou privadas, embora seja encimado, na Constituição Federal, juntamente com outros direitos, pelo título “*Dos Direitos e Garantias Individuais*”.

12.1 – No entanto, é pacífico o entendimento segundo o qual em certas hipóteses podem ser impostas condições e feitas determinadas exigências em função do interesse público que as desiguale. O que não se pode é favorecer alguém, excluindo outros de um dado benefício; discriminar por discriminar. É exatamente essa odiosa discriminação que alguns pretendem, por trás de uma exegese que iguala as locuções *instituições financeiras oficiais* a *instituições financeiras públicas*, que se deve evitar a todo custo. O § 3.º do art. 164 da Lei Maior há de ser interpretado coerentemente com as demais regras do sistema positivo e com o princípio da igualdade, uma vez que as *instituições financeiras públicas* e *privadas* são, substancialmente, iguais. Tirante alguma particularidade decorrente da criação, nada as diferencia; ambas estão submetidas à mesma legislação e princípios. Até no infortúnio são iguais, pois ambas sujeitam-se à liquidação do Banco Central do Brasil. Logo, não podem ser discriminadas, não cabendo, então, atribuir à expressão *oficiais* o significado de *públicas*.

12.2 – No caso do favorecimento que vem sendo dado às instituições financeiras públicas, a exemplo do Banco do Brasil S/A e do Banco do Estado de Santa Catarina S/A, em detrimento das instituições financeiras privadas, como é o caso do Banco

Bradesco S/A e do Banco Santander Central Hispano S/A, a afronta ao princípio da igualdade é maior. Com efeito, estatui a Constituição Federal que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica sujeitar-se-ão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias (art. 173, § 2.º, II). Se isso não bastasse, cabe trazer à colação que a Constituição Federal garante às “*instituições financeiras oficiais e privadas, acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário*”, conforme estatui o inc. I do art. 192, que assim reza: “*a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo ...*”.

Em suma: são iguais, não podendo, em tese, ser discriminadas.

13 – O princípio da *autonomia* dos entes federados, compreendido no princípio federativo e explicitado no art. 18 da Lei das Leis, também não pode ser, certamente, ignorado, diminuído, afastado. Destarte, a norma jurídica, seja qual for, venha de onde vier, somente será constitucional se respeitar essa autonomia. Não pode, portanto, haver qualquer ingerência de uma entidade federada em outra, pois todas estão no mesmo nível constitucional, tanto quanto não cabe falar de submissão do Estado ou do Distrito Federal à União ou do Município ao Estado ou à União. Essa é a precisa lição de HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Municipal Brasileiro*, 6.ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 82) proferida em relação ao Município, com aplicação, no entanto, ao Estado e ao Distrito Federal, guardadas as indispensáveis adaptações. De fato, acentua esse saudoso municipalista de primeira água que: “*Se a União ou o Estado-membro, extravasando os limites de sua competência, invadir a órbita privativa da Administração municipal, pode o Município recorrer ao Judiciário, para compelir o poder federal ou estadual a recolher-se aos lindes que a Constituição lhes assinala (CF, art. 34, VII, ‘c’)*”. Portanto, eventuais leis, assim editadas, são inconstitucionais.

13.1 – Sendo assim no âmbito da legislação, com mais razão há de ser na esfera da interpretação, pois a violação do princípio da autonomia decorrerá de interpretação errônea, proposta para certo preceptivo constitucional. É o que se passa com a exegese que considera *públicas* as instituições financeiras chamadas de *oficiais* pelo § 3.º do art. 164 da Lei Magna. Dar a esse parágrafo tal entendimento, como fazem alguns, é ignorar o atrito que se instaura, de imediato, com o princípio da autonomia dos entes federados; é ignorar, abusivamente, o quanto de relevância tem esse princípio para a harmonia do ordenamento jurídico-constitucional. Em suma, a interpretação das regras jurídico-constitucionais, por ditas razões, há de prestigiar o princípio da autonomia dos entes federados, sempre que a norma interpretanda, constitucional ou não, oferecer alguma dúvida ou, *prima facie*, aparentar inconstitucionalidade.

13.2 – A interpretação em descompasso com tal princípio torna esse parágrafo inconstitucional. Ademais, não é de boa técnica interpretar um dado dispositivo de compreensão duvidosa, como é o caso do § 3.º do art. 164 da Lei Magna, de modo a

violam basilares princípios norteadores do sistema jurídico-constitucional, consoante ensina o sempre preciso CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Para aceitar a locução *instituições financeiras oficiais*, consignada nesse parágrafo, como instituidora de regra capaz de acomodar-se ao sistema jurídico-constitucional do País, seria indispensável que sua dicção abrigasse sentido incontroverso, possuísse uma acepção absolutamente tranqüila, pacífica, no sentido de ser igual a *públicas*. Vale afirmar: as palavras *oficiais* e *públicas* haveriam de induzir o intérprete a uma única noção, reconhecível de pronto e assim compatibilizada com os princípios que informam a Constituição Federal. Não basta, por conseguinte, apenas seu entendimento vulgar.

13.3— Por todas essas razões, a interpretação de qualquer norma, inclusive a constitucional, há de ser promovida com a atenção voltada ao *prestigiamento* do princípio da autonomia dos entes federados sempre que a regra interpretanda portar dúvida. Assim, certamente, não se apresenta a interpretação da locução *instituições financeiras oficiais*, feita por alguns, que atribuem à palavra *oficiais* o mesmo significado de *públicas*, pois ao tentar espantar a ambigüidade que esse vocábulo encerra não levam em conta dito princípio. Impedem com tal inteligência que o Município possa, consoante sua autonomia, escolher uma das instituições financeiras, *pública* ou *privada*, que melhor atenda ao interesse público a que está obrigado a perseguir. A locução *instituições financeiras oficiais*, para dar ao § 3.º do art. 164 da Lei Maior sua verdadeira dimensão e não seja acoimada de inconstitucional, deve ser entendida como indicadora dessas duas espécies de entidades que atuam no setor financeiro da economia brasileira.

14— “A livre iniciativa”, afirma DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*Curso de Direito Administrativo*, 11.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 368), “é o princípio geral da atividade econômica, como tal enunciada no art. 170, *caput*, da Constituição”. Em tal preceptivo está explicitado o *prestigiamento* da livre iniciativa, como elemento estrutural da nossa economia. Sua finalidade, portanto, é a busca do desenvolvimento do País pela via da iniciativa privada, sendo para esse escopo secundária a atividade estatal, conforme se deduz, sem qualquer esforço, do art. 173 da Lei Maior. A atividade estatal interventora da economia acaba, segundo esse autor, restrita à apenas três hipóteses: “a) nos casos previstos na própria Constituição, como para a prestação de serviços públicos e atividades monopolizadas; b) nos casos em que a exploração direta da atividade econômica do Estado for necessária aos imperativos de segurança nacional, definidos em lei; c) nos casos em que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado for necessária à satisfação de relevante interesse coletivo” (ob. e loc. cit.).

14.1— O entendimento da primeira hipótese não oferece qualquer dúvida, nem de perto interessa ao nosso trabalho, não se podendo falar o mesmo das duas outras que exigem a compreensão do que sejam os *imperativos da segurança nacional* e os relevantes interesses coletivos.

Imperativos da segurança nacional são as atividades diretamente ligadas à fabricação de bens e à produção de serviços indispensáveis ao normal aparelhamento e

funcionamento das forças armadas, como ensinam CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS (*Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1990, vol. 7.º, p. 73) e, entre outros, PINTO FERREIRA (*Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1994, 6.º vol., p. 308). São razões que se caracterizadas justificam a intervenção estatal na economia. Devem ser definidos por lei federal, pois só à União é dado cuidar da segurança nacional, mesmo que o art. 173, *caput*, só se referira a lei, conforme lição de TOSHIO MUKAI (*Administração Pública na Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 130).

Relevante interesse coletivo é outra causa que permite, quando configurada, a intervenção do Poder Público na economia ou, substancialmente, nos setores da produção, do transporte, do comércio, da indústria e do consumo. No desenvolvimento normal e perene e na oferta de bens e serviços a custos justos, a coletividade tem interesse, por certo, relevante. Tal interesse, assim qualificado pela lei, é o que exige a intervenção estatal no domínio econômico, por estarem sua prestação e desenvolvimento aquém do desejado pela comunidade. Essa lei será federal, estadual, distrital ou municipal conforme seja o relevante interesse coletivo da responsabilidade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município. Não é, desse modo, qualquer interesse coletivo, mas tão-só o considerado relevante pela lei que autoriza essa esporádica atuação estatal. Assim, não cabe em condições comuns de prestação e desenvolvimento dessas atividades econômicas qualquer intervenção estatal.

14.2— Não há dúvida que a prestação dos serviços bancários por estabelecimentos públicos não encontra, na atualidade, qualquer conforto nessas causas permissivas da intervenção estatal na economia. Não se vislumbra na exploração do setor financeiro da economia qualquer risco aos imperativos da segurança nacional, senão um duvidoso apelo à intervenção estatal nesse particular aspecto da economia. Assim, só a comprovada segurança e confiabilidade do sistema bancário público, ante a inexistência desses atributos na rede bancária privada, poderiam caracterizar imperativos da segurança nacional e justificar esse privilégio. Mas nada disso ocorre. A rede bancária privada é suficientemente larga e confiável, não havendo qualquer perigo aos imperativos da segurança nacional. Por ditos motivos, em parecer inédito, ADILSON ABREU DALLARI assinalou que “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”. Destarte, fora das referidas hipóteses, qualquer dúvida que envolva a interpretação de regras reguladoras da ordem econômica, inclusive do setor financeiro, deve ser dirimida prestigiando-se o princípio da livre iniciativa.

14.3— Portanto, salvo com violenta agressão ao princípio da livre iniciativa, não se pode imaginar que a Constituição Federal ao grafar no § 3.º do art. 164 a locução *instituições financeiras oficiais* desejou conceder um privilégio, um monopólio, uma reserva de mercado às instituições financeiras criadas pelo Poder Público, na captação das disponibilidades de caixa dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, dos órgãos ou entidades e das empresas por ele controladas. Também não se pode supor que a Constituição Federal, em tais condições, desejou eliminar a concorrência das

instituições financeiras privadas, na realização de outras operações bancárias com essas pessoas públicas e governamentais. A interpretação que outorga esse privilégio, monopólio, ou reserva de mercado às instituições financeiras públicas está atri- tando, sem *dúvida ou entredúvida*, como diria CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, com outro importante princípio do regime capitalista, o da *livre concorrência*, segundo o qual as atividades comerciais, industriais e de serviços desenvolvem-se, naturalmente, pela força das leis econômicas.

Destarte, só a inteligência que consagra a locução *instituições financeiras oficiais* como gênero das espécies *públicas* e *privadas* é a que autoriza o entendimento de que tanto aquelas como estas podem realizar operações financeiras com os Estados, Distrito Federal, Municípios, órgãos e entidades do Poder Público e empresas por ele controladas e receber as correspondentes disponibilidades de caixa, para depósito ou, como parece estar embutido nessa palavra, investimento. Dita expressão não pode ser havida como sinônimo perfeito de *públicas* por impedir a participação de instituições financeiras privadas nesse particular compartimento da economia. De fato, não se pode, para excluir dessa atividade econômica as instituições financeiras privadas, igualar as palavras *oficiais* e *públicas* como absolutamente equivalentes e como se fosse essa a melhor interpretação do malfadado dispositivo constitucional.

15 – Não se diga que esse entendimento tornará inócua a ressalva consignada na última parte desse parágrafo, na medida em que ao legislador ordinário só restaria permitir depósitos em *bancos irregulares*. Esse argumento, *ad terroren*, só impressiona à primeira vista. A expressão “ressalvados os casos previstos em lei”, consignada na parte final desse parágrafo, presta-se unicamente para indicar que lei superveniente poderá arrolar as hipóteses em que a Administração Pública não poderá depositar suas disponibilidades de caixa em estabelecimentos públicos ou privados. Com tal sentido, o único que a nosso ver se compatibiliza plenamente com o texto constitucional, é evidente que dito dispositivo não perde sua utilidade. Assim, a competente lei poderá estabelecer as hipóteses em que a Administração Pública não poderá depositar suas disponibilidades em instituições bancárias públicas ou privadas dotadas de capital inferior a um certo valor, ou que não atendam determinados objetivos governamentais (empréstimos à indústria e ao comércio, dentro de certos limites e a juros menores que a taxa média de mercado; empréstimos à pequena e média empresa urbana ou rural, conforme a vocação municipal). Portanto, ao se reconhecer na palavra *oficiais* o duplo significado de instituições financeiras *públicas* e *privadas*, como é o certo, nenhuma inocuidade é levada à ressalva da parte final desse parágrafo do art. 164 da Lei das Leis, uma vez que esse vidoiro diploma legal deteria amplo poder para prever e regulamentar as hipóteses que vedariam o depósito de disponibilidades nessas instituições bancárias. A inocuidade seria patente se outra fosse a interpretação dada a essa ressalva, ou seja, como se ela estivesse a indicar que a lei prescreveria quais as hipóteses em que a Administração Pública poderia depositar suas disponibilidades de caixa em instituições bancárias particulares.

15.1 – Ainda, não se deve contraditar a tese sustentada com base na redação do inciso I do art. 192 da Constituição Federal, que menciona *instituições bancárias oficiais* e

privadas. Nesse dispositivo, é evidente que a palavra *oficiais* está aí empregada como sinônimo de *públicas*, pois precede à palavra *privadas*. Essa, no caso, é a única inteligência coerente para as prescrições desse preceptivo constitucional. Destarte, se aqui a palavra *oficiais* tem o mesmo sentido e conteúdo da palavra *públicas*, há de se entender, continuam os defensores da tese contrária, que essa expressão no texto do § 3.º do art. 164 da Lei Magna tenha o mesmo sentido e idêntico conteúdo, isto é, de *públicas*, pois conceitos iguais reportam-se a idênticos conteúdos e iguais definições. Sem dúvida o raciocínio impressiona, mas só aos menos atentos. O intérprete preocupado em extrair do sistema a melhor exegese certamente não se incomodará, pois sabe que os longos textos legais não ostentam linguagem uniforme e precisa. Ademais, a linguagem utilizada nem sempre é criteriosa em sua terminologia, conforme se vê no inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal, que menciona *concorrência pública*, quando é notório que não há concorrência sigilosa. O adjetivo era absolutamente desnecessário e só serviu para confundir. Ademais, é evidente o caráter didático das expressões *oficiais* e *privadas*, consignadas no inciso I do art. 192 do Texto Maior. Quis o legislador constituinte, nessa passagem, mesmo sem necessidade, reforçar, em relação a tais entidades bancárias, a igualdade de tratamento, na medida em que assegurou acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro, que por razão de ofício sabe-se ser titular. Se assim não fosse, só as instituições bancárias públicas teriam esse acesso, o que seria, outra vez, deliberada violação ao princípio da igualdade.

15.2 – Não se desconhece, também, que as leis, especialmente a Constituição, são o resultado de muita pressão sofrida pelo legislador e da composição dos mais variados interesses. Seus dispositivos, muitas vezes, são redigidos e aprovados sob o impacto do momento, sem observar qualquer técnica legislativa. Por todas essas razões, não se deve estranhar que a mesma palavra tenha sentido diverso, conforme utilizada na construção desta ou daquela disposição jurídica. Portanto, a mesma expressão verbal pode ter significado diverso, como ocorre com a palavra *oficiais*, consignada no § 3.º do art. 164, no inc. VII do art. 163 e no inc. I do art. 192, todos da Constituição Federal. No primeiro não significa instituições financeiras públicas, enquanto nos últimos têm tal significado.

15.3 – Ainda, não se pode ignorar que a interpretação deve ser evolutiva, isto é, estar de acordo com os fatos e acontecimentos jurídicos ocorrentes no momento da interpretação da norma legal ou constitucional. Na dúvida não é correto interpretar estando distante dessas ocorrências, como é o caso das privatizações e da quebra de monopólios que vêm se verificando na ordem econômica brasileira, seguindo uma tendência mundial. Se tudo caminha para o afastamento do Poder Público da exploração da atividade econômica, não há como justificar interpretação que lhe atribua monopólio ou reserva de mercado ou que, por qualquer meio, exclua o particular da prestação dos serviços financeiros por ele desejados, como ocorre com a interpretação defendida, por alguns, para o § 3.º do art. 164 da Lei Magna.

16 – Nesta altura, sem prejuízo de tudo quanto já se afirmou, uma vez que foi assentado que se deve entender a locução *instituições financeiras oficiais* como gênero das espécies: *instituição financeira pública* e *instituição financeira privada* e que essa é a melhor interpretação do § 3.º do art. 164 da Constituição Federal; que

dito entendimento é informado e conformado por outras disposições e princípios constitucionais; que a exegese que iguala essa locução a instituições financeiras públicas coloca o § 3.º do art. 164 da Lei Maior em frontal antinomia com as regras e princípios do ordenamento jurídico-constitucional, cabe analisar a aplicabilidade desse preceptivo da Constituição Federal às situações fáticas ou concretas e, por conseguinte, dar ao art. 43 da Lei de Responsabilidade Fiscal plena eficácia. Resta saber, portanto, se esse parágrafo é ou não auto-executável.

17 – Para JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3.ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 82) as normas constitucionais no concernente à eficácia e aplicabilidade são de três categorias: “I – normas constitucionais de eficácia plena; II – normas constitucionais de eficácia contida; III – normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida”.

17.1 – As normas constitucionais de eficácia plena são, segundo esse autor (ob. cit., p. 101) “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”. São, normalmente, qualificadas como normas constitucionais auto-executáveis. Entre outros exemplos dessa espécie de normas constitucionais, JOSÉ AFONSO DA SILVA cita o § 1.º do art. 46 da Constituição Federal, que estatui: “Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos”. Também tem tal natureza a primeira parte do § 3.º do art. 164 dessa Lei Maior, assim redigida: “As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central”. A beneficiária desta norma, a União, nada mais precisa senão ter as disponibilidades de caixa para depósito nesse banco.

17.2 – São normas constitucionais de eficácia contida, segundo esse autor (ob. cit., p. 116), “aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”. São comumente denominadas de normas constitucionais não auto-executáveis. Exemplo dessa espécie de norma constitucional encontra-se no inc. VII do art. 37 da Lei Magna, que prescreve: “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

A greve, como direito dos servidores públicos, está garantida constitucionalmente. A lei específica a que esse dispositivo se refere servirá para restringir esse direito dos servidores públicos. Observe-se que, sem essa lei aprovada, sancionada, promulgada e publicada, a greve pode ser praticada por tais agentes públicos, sob pena de ser negado o que a Constituição Federal lhes concedeu. Esse direito, na ausência da mencionada lei, não é, no entanto, absoluto e deve guardar compatibilidade com as necessidades do serviço público, com os interesses primários a serem defendidos pela Administração Pública, afirma LUCIA VALLE FIGUEIREDO (*Curso de Direito Admi-*

nistrativo, 4.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 563). Essa também é a ensinança de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Regime Constitucional dos Servidores Públicos da Administração Direta e Indireta*, São Paulo, Malheiros, 1990, p.77).

17.3 – Finalmente, ainda nos termos das lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA (ob. cit., p. 82), são normas constitucionais de eficácia limitada aquelas “que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”. Ordinariamente são chamadas de normas constitucionais não auto-executáveis. Sem distinguir entre essas normas, as constitucionais de princípio institutivo e as constitucionais de princípio programático, pode-se dar como exemplo de norma constitucional de eficácia limitada a revelada pelo art. 88 da Constituição Federal, portador da seguinte dicção: “A lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios”.

18 – Em razão dessa doutrina cabe indicar em qual categoria se aloca a norma consignada no § 3.º do art. 164 da Lei Suprema, que, como vimos, estabelece: “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”. Não há qualquer dúvida, afirmam alguns, de que essa prescrição aloja-se entre as normas constitucionais de eficácia contida ou, como é costumeiro dizer-se, encarta-se entre as normas constitucionais não auto-executáveis. De fato, esse parágrafo, juntamente com outros, compõe o art. 164, que integra a Seção I (Noções Gerais) do Capítulo II (Das Finanças Públicas) do Título VI (Da Tributação e do Orçamento) da Constituição Federal, devendo, pois, ser examinado, quanto à sua aplicabilidade, nesse contexto, dizem. Atente-se, continuam, que essa Seção é aberta pelo art. 163, que exige lei complementar para dispor sobre: “I – finanças públicas; II – dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público; III – concessão de garantias pelas entidades públicas; IV – emissão e resgate de títulos da dívida pública; V – fiscalização das instituições financeiras; VI – operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. A exigência dessa lei, asseguram os mais doutos autores, torna inexecutável o § 3.º do mencionado art. 164 da Lei Maior, uma vez que cuida de aspectos particulares de finanças públicas e sistema financeiro nacional, temas mais amplos.

Essa é a inteligência de CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS (ob. e vol. cit., p. 426) ao dissertarem sobre as três razões que inviabilizam a eficácia do § 3.º do art. 164 da Constituição Federal, cabendo, no entanto, transcrever apenas a primeira delas, pois é a única de interesse deste trabalho. Assim: “Em primeiro lugar porque este parágrafo cuida de um aspecto específico de dois temas mais amplos, quais sejam, as finanças públicas e o sistema financeiro nacional. Com efeito, o art. 163, I, afirma que Lei Complementar disporá sobre finanças públicas

em simetria com a norma contida no artigo 192, que fala: o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir os interesses da coletividade, será regulado em lei complementar. Essa lei disporá sobre diversos assuntos, dentre os quais nos interessa chamar a atenção para o contido no inciso I, qual seja, a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurando às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro e bancário”.

Cabe apontar que ilustres e conceituados juspublicistas também aplaudem essa tese, ou seja, a natureza de norma constitucional não auto-aplicável de que é dotado o referido e malfadado parágrafo. Com efeito, vê-se esse entendimento nos pareceres dos ilustres professores IVES GANDRADA SILVAMARTINS, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, PAULO NEVES DE CARVALHO, GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL e no parecer do ilustre Procurador da Fazenda Nacional, Dr. OBIDAMASCENO FERREIRA, todos, ao que se sabe, inéditos, versando aspectos específicos relacionados com os temas que ora nos preocupam. Em todos, por estas ou aquelas razões, o § 3.º do art. 164 da Constituição Federal foi considerado norma inaplicável, sem que antes seja regulamentado pela lei complementar reclamada na dicção do art. 163, sem olvidarem que a mesma exigência é feita pelo art. 192, ambos da Lei Magna.

19 – Preferimos, não obstante essa respeitável inteligência doutrinária, desdobrar o indigitado § 3.º do art. 164, da Constituição Federal, para melhor compreender o que nele é ou não auto-executável, em três partes: 1.ª) “As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central”, 2.ª) “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 3.ª) “ressalvados os casos previstos em lei”. Somente desse modo é possível compreender como vêm ocorrendo as operações bancárias e os depósitos das disponibilidades de caixa dessas entidades públicas (Estado, Município, autarquia) e governamentais (sociedade de economia mista, empresa pública) em instituições financeiras públicas e privadas. Ademais, entendemos que a aplicabilidade desse parágrafo independe das leis complementares reclamadas pelos referidos arts. 163 e 192, ambos da Constituição Federal, pois não versa ele sobre finanças públicas ou sistema financeiro, mas disciplina o depósito de dinheiro público em instituição financeira, ou seja, dispõe sobre a guarda e utilização de bens públicos, especificamente dinheiro, e isso é matéria administrativa, regulada, pois, pelo Direito Administrativo.

19.1 – Não há qualquer dúvida quanto à plena eficácia da primeira parte. Com efeito, a União está autorizada, e desse modo deve proceder, a depositar suas disponibilidades de caixa no Banco Central do Brasil. Para o cumprimento dessa determinação é desnecessária qualquer legislação suplementar ou regulamentar. A União, constata das disponibilidades de caixa, tem af tudo de que necessita para dar o devido acatamento a essa ordem, ainda que se pudesse pôr em xeque sua constitucionalidade. Ademais, não precisa qualquer procedimento licitatório, pois a indicação do Banco Central do Brasil como depositário de suas disponibilidades de caixa torna-o único, impedindo, em termos absolutos, a licitação.

19.2 – Também não se põe a menor dúvida, nem preocupação de qualquer natureza, quanto à plena aplicabilidade da 2.ª parte do parágrafo em apreço. Com efeito, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os órgãos ou entidades do Poder Público e as empresas por ele controladas poderão depositar suas disponibilidades em qualquer das instituições financeiras *públicas* ou *privadas*, sem qualquer delonga. De fato, dito parágrafo, ao exigir lei para regular as hipóteses em que essas pessoas, públicas ou governamentais, poderão depositar suas disponibilidades de caixa em instituição financeira privada, acabou por autorizar essas operações, ou seja, o depósito das disponibilidades de caixa em instituição financeira privada. Destarte, há de vir uma lei para restringir essa ampla liberdade. Por conseguinte, enquanto essa lei não vier, tais entidades poderão realizar as mais variadas operações financeiras, inclusive as de depósito de disponibilidade de caixa, com instituições financeiras privadas, desde que regularmente contratadas. Nada há de estranho, ilegal ou inconstitucional, pois se está dando a esse dispositivo eficácia igual à que foi dada ao inc. VII do art. 37 da Constituição Federal, que exige lei disciplinadora do direito de greve. Assim, o direito de greve, enquanto inexistir essa lei, pode ser exercido pelos servidores públicos, conforme afirmam, entre outros, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Regime Constitucional cit.*, p. 77) e LÚCIA VALE FIGUEIREDO (*Curso cit.*, p. 563) desde que tal exercício seja compatibilizado com a natureza e os princípios do serviço público e as necessidades do interesse público.

O § 3.º do art. 164 da Lei Maior, nesse particular, é *bastante em si*, pois portador dos elementos *vigência* e *eficácia* que o qualificam como norma aplicável. Em tais termos e para ditas operações, esse parágrafo não necessita de qualquer regulamentação. É norma constitucional auto-executável, portanto. Desse modo, enquanto não vigorar a lei estabelecendo as hipóteses em que os Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos ou entidades do Poder Público e empresas por ele controladas estão proibidos de depositar suas disponibilidades em instituição financeira pública ou privada, observadas as exigências legais e as cautelas próprias desse tipo de negócio bancário, essas operações podem ser celebradas com qualquer estabelecimento financeiro. Essa inteligência, ademais, vem sendo observada, entre outros, pelos Municípios de Ouro Preto, de Poços de Caldas e de Belo Horizonte, onde leis locais permitem o depósito das disponibilidades de caixa, municipais e governamentais, em instituições bancárias autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Não fosse assim, tais depósitos e outras operações bancárias que vêm ocorrendo, entre essas entidades públicas e governamentais e as instituições financeiras públicas ou privadas, sequer poderiam acontecer. Desta maneira, até pela prática resta confirmado o entendimento segundo o qual a palavra *oficiais*, registrada no § 3.º do art. 164 da Constituição Federal, é gênero que abrange as instituições financeiras *públicas* e *privadas*.

19.3 – O vazo que se criou, aceitando a tese, sem respaldo no ordenamento jurídico-constitucional, segundo a qual só as instituições financeiras criadas pelo Poder Público estão habilitadas a captar as disponibilidades de caixa dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, não significa, em absoluto, que instituições financeiras privadas

não possam promover idênticas captações entre essas entidades públicas (Estado, Município, autarquia) e governamentais (sociedade de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias) e celebrar outras operações financeiras. Essa acomodação, ainda que antiga, não impede a participação, nessas operações bancárias, das instituições financeiras privadas. Não há nada a impedir a contratação, pelas entidades públicas e governamentais, de instituição financeira privada e com ela realizar os mais diversos negócios bancários (recebimento, cobrança, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, custódia de valor de propriedade de terceiros, concessão de aval, fiança), inclusive depósito e aplicação de suas disponibilidades de caixa, tomadas certas cautelas, a exemplo da licitação.

19.4 – Na parte final desse parágrafo ou 3.^a parte, como a designamos, o legislador constituinte prescreveu que a regra geral, que determina sejam os depósitos das disponibilidades de caixa feitos nas instituições financeiras *oficiais*, poderá ser ressalvada. Há, desse modo, necessidade de lei para especificar em que hipóteses os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os órgãos ou entidades do Poder Público e as empresas por ele controladas estão proibidos de depositar suas disponibilidades de caixa em instituição financeira pública ou privada. Não obstante seja desse modo, é evidente que o preceito é auto-aplicável, pois inaplicáveis são apenas as restrições, já que para essas exige-se lei. Sem essa lei não se têm as hipóteses que restringem essa ampla liberdade de escolha das instituições financeiras. Nesse particular o § 3.^o do art. 164, que vimos analisando, é norma constitucional de eficácia contida na classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, ou, como preferem alguns, norma constitucional não auto-executável, demandando, para sua plena eficácia, lei regulamentadora, o que não veda a aplicação do preceito constitucional pelas razões já mencionadas. Não se diga que tal inteligência acaba por atribuir à palavra *oficiais* o mesmo significado de *públicas*, dado que as restrições a esse amplo poder de escolha incidirão tanto sobre as instituições financeiras públicas como privadas. A lei demandada por esse parágrafo não será para ressaltar as hipóteses em que as disponibilidades de caixa 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.

Tampouco se diga que essa interpretação torna inútil a frase: “*ressalvados os casos previstos em lei*”, contida na última parte desse parágrafo, dado que o legislador ordinário poderá, largamente, restringir a possibilidade de livre escolha das instituições financeiras públicas e privadas, que hoje se verifica. Sendo assim, é fácil perceber que até a vigência dessa lei, o depósito das disponibilidades de caixa e outras operações de natureza bancária de interesse dessas entidades poderão ser feitas com instituições financeiras públicas ou privadas, dado que subsumidas à regra geral contida na segunda parte dessa disposição da Lei Magna. Não sendo desse modo, haverá, por certo, negação do direito de realizar essas operações financeiras com bancos privados, o que, no caso, não é permitido à lei e muito menos ao intérprete. Para essas operações, inclusive as de depósito das disponibilidades de caixa, enquanto não exis-

tir essa regulamentação, nada é exigido, salvo, como dissemos, o procedimento licitatório e as cautelas que todas as operações financeiras exigem, ou seja, segurança e rentabilidade. Por outro lado, não há prazo para essa lei, como para outras tantas, estar em vigor.

Sendo assim, é notório que não há qualquer necessidade de encerramento das contas bancárias movimentadas pelos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos ou entidades criadas pelo Poder Público ou empresas por ele controladas, em instituições financeiras privadas, nem de pôr fim a outros negócios financeiros com elas eventualmente celebrados. No entanto, por força dos princípios da igualdade e da não perpetuidade de relações administrativas, a pessoa pública ou governamental titular desses interesses deve promover desde logo a competente licitação, para a escolha da instituição financeira pública ou privada, para com ela realizar, durante certo tempo, esses negócios bancários. Desse certame, por óbvio, participará, se o desejar, a instituição financeira que mantém com a entidade licitante negócios bancários, sem, por óbvio, valer-se de qualquer preferência. No caso das privatizações dos bancos a matéria está regulada na Medida Provisória n.º 2.139-64, de 27 de março de 2001, cuja versão final está consubstanciada na Medida Provisória n.º 2.192-70, de 24.08.2001.

20 – Mas, qual a natureza dessa lei: ordinária, delegada ou complementar? Ordinária, certamente, pois sempre que o constituinte entendeu necessário imprimir mais rigidez à disciplina legal proposta em relação a uma dada matéria, tornando, assim, mais difícil, no futuro, sua modificação ou revogação, prescreveu, expressa e claramente, a lei complementar. Lei complementar é a que vem assim indicada na Constituição Federal e que exige para sua aprovação um *quorum* qualificado de votos favoráveis, como ensina a clássica lição de GERALDO ATALIBA (*Lei Complementar na Constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, p. 30).

Destarte, no texto constitucional onde a palavra lei aparece desacompanhada de qualquer adjetivo (delegada, complementar) deve ser havida como lei ordinária. Por isso CELSO RIBEIRO BASTOS (*Curso de Direito Constitucional*, 18.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 357), ao versar sobre a lei ordinária, asseverou: “*Lei ordinária, ou simplesmente lei, é ato normativo que edita normas gerais e abstratas, ou seja, é o ato legislativo típico. É toda aquela que não traz o adjetivo complementar ou delegada*” e da qual não se exige a maioria absoluta de votos favoráveis à sua aprovação. A contrário senso, lei complementar é a que vem assim adjetivada e impõe esse número de votos favoráveis à sua aprovação. Este, seguramente, não é o caso do § 3.^o do art. 164 da Constituição Federal, onde a palavra lei encontra-se despida de qualquer adjetivo. Cuida-se, pois, de lei ordinária.

21 – Entendido que se trata, nesse dispositivo constitucional, de lei ordinária, surge a imperiosa necessidade de se desvendar a competência para editá-la. Seria lei da União ou de cada um dos entes federados? Seria uma lei federal de natureza nacional, prescrevendo normas gerais para todos os entes federados sobre as hipóteses em que as disponibilidades de caixa dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e

dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas não poderiam ser depositadas em certas instituições financeiras públicas ou privadas? Seria desse modo, se se tratasse de matéria financeira, onde, nos termos do § 1.º do art. 24 da Lei Magna, cabe à União editar apenas as normas gerais. Assim, no entanto, não o é. A matéria é de natureza administrativa, condizente com a utilização genérica dos bens públicos e da aplicação específica das disponibilidades de caixa de cada uma dessas entidades públicas ou governamentais.

Que a matéria é administrativa não há dúvida, conforme pode ser verificado em qualquer compêndio de Direito Administrativo, que, inexoravelmente, apresenta um capítulo dedicado aos bens públicos. Por ser desse modo, diz-se que a utilização dos bens públicos é inerente à autonomia dos entes federados, que sobre eles, tomadas as devidas cautelas, podem dispor livremente. Daí dizer-se que a precisa lição de ADILSON ABREU DALLARI (*Informativo Municipalista*, n.º 4, março de 1990, p. 9), segundo a qual “É absolutamente elementar que entre os atributos inerentes à autonomia do Município está a capacidade para dispor livremente sobre os bens que integram o seu patrimônio”, aplica-se às demais entidades federadas.

Ao ser chamado a dar parecer, ainda inédito, de interesse de certo fundo de previdência municipal, para elucidar a quem competia a edição da lei mencionada no § 3.º do art. 164 da Constituição Federal, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO assentou: “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, § 4.º, 219, 225, § 6.º, 236, § 2.º e, no ADCT, art. 40, parágrafo único”.

Em síntese: a lei prevista no § 3.º do art. 164 da Lei Suprema, essa é a única interpretação possível sem ferir relevantes princípios abrigados no ordenamento jurídico-constitucional, é a lei da entidade federada proprietária das disponibilidades de caixa. Portanto, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal podem editar, para regular essa matéria, as correspondentes leis, aplicáveis aos seus órgãos e às empresas por eles criadas ou controladas. Destarte, indicando a palavra *oficiais*, consignada no § 3.º do art. 164 da Lei Maior, instituições financeiras públicas e privadas, esses entes federados têm competência para editar as respectivas leis, ressalvando as hipóteses em que suas respectivas disponibilidades de caixa não podem ser depositadas em instituições financeiras públicas ou privadas.

Por cuidar-se de matéria administrativa e de interesse do Poder Executivo, a iniciativa legislativa dessa lei cabe, com exclusividade, ao Chefe desse Poder (Prefeito, Governador), não podendo ser disciplinada pela Lei Orgânica Municipal ou pela Constituição Estadual, dado que violaria o princípio da exclusividade da iniciativa legislativa. Seu veículo, por conseguinte, é a lei ordinária da entidade interessada no estabe-

lecimento dessas restrições. Ainda que seja desse modo, não pode essa lei excluir todas as instituições financeiras, públicas ou privadas, nominando apenas uma para realizar todos os negócios financeiros ou bancários de seus respectivos interesses, pois seria quebrar os princípios da igualdade e da obrigatoriedade da licitação. Seria editar lei, por isso, inconstitucional. Essa lei, com as restrições que impuser, deverá autorizar as negociações financeiras e a manutenção de contas bancárias com instituições financeiras habilitadas pelo Banco Central do Brasil, sejam públicas ou privadas, selecionadas mediante licitação ou, quando for o caso, diretamente, observados os requisitos de segurança e rentabilidade, inerentes a essas operações.

22 – A procura da melhor proposta para um certo negócio que se quer realizar é procedimento utilizado por todas as pessoas. Essa busca é, para umas, facultativa, e, para outras, obrigatória. Para as pessoas particulares é facultativa. Para, por exemplo, as públicas (União, Estado, Distrito Federal, Município, autarquia) e governamentais (empresa pública, sociedade de economia mista) é quase sempre obrigatória, já que essas entidades algumas vezes estão dispensadas de licitar e em outras tantas a licitação é para elas inexigível ou vedada. A seleção dessa melhor proposta, feita segundo critérios objetivos previamente estabelecidos, ocorre entre as apresentadas por interessados desejosos em contratar com a entidade obrigada a licitar e que atenderam ao seu chamamento. É promovida mediante instrumento convocatório (edital, carta-convide), disciplinador de todo o procedimento, denominado, por alguns, de *lei interna da licitação e do contrato*.

22.1 – Esse procedimento levado a efeito para encontrar a melhor proposta, chamado de *licitação*, embora não seja o mesmo para os grupos obrigados a licitar (pessoas públicas, pessoas governamentais) é regulado pelo Direito Administrativo. Sujeitam-se a esse procedimento tão-só as pessoas jurídicas de Direito Público, as governamentais e outros entes (fundos especiais, Câmara de Vereadores, Poder Judiciário, Tribunais de Contas) que, por lei, a isto estejam obrigados. Anote-se que essa obrigatoriedade é uma decorrência *genérica* do princípio da igualdade (art. 5.º, *caput*) ou *específica* (arts. 37, XXI, e 175) da Constituição Federal. De sorte que a licitação seria exigida, como, aliás, sempre foi, ainda que a Constituição Federal não mencionasse essa palavra ou prescrevesse esse obrigatório procedimento.

22.2 – De outro lado, a necessidade de sua realização pode estar ligada a um contrato (alienação, aquisição e locação de bens, execução de serviços e obras) ou a um ato (permissão de uso de bem público) que se quer celebrar. Em suma, a promoção desse procedimento pode estar vinculada a qualquer negócio desejado pela entidade obrigada a buscar dita melhor proposta, desde que possa ser atendida por mais de um interessado. É, desse modo, a lavratura de escritura pública de compra de bem imóvel pelo Poder Público, a contratação de companhia telefônica e de instituição financeira para a realização das mais diversas operações bancárias, inclusive as de depósito e investimento das disponibilidades de caixa. Por tudo o que afirmamos, a licitação pode ser conceituada como *o procedimento administrativo através do qual a pessoa ou*

ente a isso juridicamente obrigado seleciona, em razão de critérios previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse. Assim definida, a licitação está regulada pela Lei federal n.º 8.666/93 e pelas leis estaduais e municipais.

22.3 – Tudo o que as pessoas públicas (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias), governamentais (sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações) e suas subsidiárias, obrigadas a licitar, puderem obter de mais de um ofertante, ou que, se por elas oferecido, interessar a mais de um dos administrados, há de ser, pelo menos em tese, por proposta escolhida em processo licitatório como a mais vantajosa. Sendo assim, não se pode sequer imaginar que só os objetos mencionados no art. 1.º do Estatuto Licitatório federal são suscetíveis de certame dessa natureza. Essa enunciação é meramente exemplificativa, pois outros tantos negócios desejados pela entidade obrigada a licitar também devem ser objeto de licitação, como são as hipóteses de arrendamento, de empréstimo, de permissão de uso de bem público, de enfiteuse de bens públicos e as de operações e serviços bancários.

22.4 – Pode ser objeto da licitação, por exemplo, uma obra pública (construção de uma cadeia), um serviço (manutenção de máquinas e equipamentos), uma compra (material de consumo), uma alienação (de bem público), uma locação, um arrendamento, uma concessão ou permissão de uso de bem público ou de serviço público cuja contratação é desejada pela entidade obrigada a licitar, desde que, como dissemos, possam ser obtidos de mais de um ofertante ou se, por ela oferecidos, possam interessar a mais de um administrado. De sorte que não será objeto de licitação a obra, o serviço, a compra, a alienação, a concessão, a permissão e o arrendamento quando não puder existir disputa, certame ou concorrência entre os interessados em contratar com a entidade obrigada a licitar. A licitação só tem sentido lógico, jurídico e prático, na presença de vários interessados na realização de um dado negócio com a entidade obrigada a licitar. Assim, se existir, por exemplo, *um só ofertante*, porque detentor do único ou de todos os bens existentes, não cabe falar em licitação para sua aquisição, que deve ser direta, tomadas, no entanto, as cautelas de estilo, especialmente quanto ao preço.

22.5 – A regra é a obrigatoriedade da licitação para as entidades da Administração Pública direta (União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios) e para as da Administração Pública indireta (autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista, fundações). Também é obrigatória para as Casas Legislativas (Câmara de Vereadores, Assembleias Estaduais, Câmara Distrital, Câmara dos Deputados Federais, Senado Federal) bem como para o Poder Judiciário e os Tribunais de Contas. Não obstante essa seja a regra, a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, em três passagens, indica as hipóteses, ora taxativas, ora exemplificativas, em que essas entidades são ou podem ser excluídas dessa obrigação. São as hipóteses de *licitação dispensada*, previstas no art. 17, as hipóteses de *licitação dispensável*, arroladas no art. 24, e as hipóteses de *licitação inexigível*, elencadas no art. 25, todos dessa lei federal. Em todos esses casos exclui-se a Administração Pública da responsabilidade de licitar, se os fatos se subsumirem exatamente a uma dessas situações.

22.6 – Os serviços prestados pelas instituições financeiras, públicas ou privadas, são, em tese, os mesmos e de natureza bancária comum, nada têm, pois, de especial ou singular para justificar, em termos de contratação, um tratamento diferenciado ou propiciador da exclusão da licitação. Logo, quando desejados pelos Estados, Distrito Federal, Municípios, órgãos ou entidades do Poder Público e empresas por ele controladas, devem ser contratados mediante licitação, salvo alguma particular situação em que podem ser contratados com base em dada hipótese de licitação dispensável ou inexigível. Em tese, os serviços bancários nada têm de especial ou singular para subtraí-los da exigência da licitação. Sempre que desejados por aqueles que, em princípio, estão obrigados a licitar, devem ser licitados, sob pena de ilegalidade e cometimento de crime, conforme prevê o art. 89 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, portador da seguinte dicção: “*Art. 89 – Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade. Pena – detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa*”.

Em suma: mesmo quando as pessoas públicas e governamentais pretendem contratar os serviços bancários prestados por instituição financeira pública - bancos criados pelo Poder Público - a licitação é indispensável, pois somente a característica pública não é suficiente para liberá-las do regime licitatório. Sobre tal obrigatoriedade em relação à instituição financeira, o e. Plenário do c. Tribunal de Contas da União decidiu “*determinar à direção da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT que, constatada a necessidade de contratar serviços bancários proceda ao indispensável certame licitatório de modo a atender o artigo 3.º da Lei n.º 8.666/93, ...*” (TC 011.772/94-8, in DOU de 25.02.97, p. 3.449).

22.7 – A contratação, pelos entes públicos (União, Estado, Município, autarquia) ou governamentais (sociedade de economia mista, empresa pública), de serviços prestados por instituições financeiras públicas, a exemplo do Banco do Brasil S/A, deve ser mediante prévia licitação, permitida a participação de instituições financeiras privadas. Não se cuida, assim, de licitação em que os proponentes são somente as instituições financeiras públicas. Ao contrário, dela podem participar todos os prestadores de serviços bancários que satisfaçam as exigências legais e editalícias. De outro modo, seria criar uma reserva de mercado incompatível com o regime de livre concorrência. Essa contratação, ademais, não se enquadra nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, nem mesmo na prevista no inciso VIII, do art. 24, que estabelece: “*para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado*”. Seria ilegal e poderia ser contestada em juízo mediante ação popular, sem prejuízo de representação ao Ministério Público e ao competente Tribunal de Contas, a contratação direta de instituição financeira pública com fulcro nesse preceptivo legal.

O Banco do Brasil S/A, criado antes da Lei federal n.º 8.666/93, mesmo integrando a Administração Pública Federal, não foi concebido para prestar-lhe serviços *específicos*.

cos de natureza financeira, e, se o foi, essa razão não mais perdura, revogada que foi pelos arts. 170 e 173 da Constituição Federal. Foi instituído, e assim vem se comportando, para intervir no setor financeiro da economia, agindo como um particular, tendo o lucro como seu objetivo principal. Destarte, nem a União pode contratá-lo diretamente com base no referido inciso do art. 24 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, ainda que ignorássemos a clara determinação do § 3.º do art. 164 da Lei Maior para que suas disponibilidades de caixa sejam depositadas no Banco Central do Brasil. Igualmente não pode o Estado contratar sem licitação o banco por ele criado, tanto quanto sem esse procedimento o Município não pode contratar bancos públicos. PAULO NEVES DE CARVALHO, em parecer inédito, ao debater problemas semelhantes aos aqui examinados, entre outras conclusões, asseverou que: "... g) toda instituição financeira, oficial ou não, se obriga às regras de licitação, na prestação de seus serviços à entidade pública ou administrativa; não procede, data venia, em favor da instituição financeira oficial, a invocação do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93".

22.8 – Admitida essa contratação direta, o que só se diz *ad argumentandum tantum*, estaria caracterizada uma indisfarçável violação do princípio da igualdade, na medida em que a instituição financeira pública, por explorar atividade tipicamente econômica, deve conduzir-se nos termos do inc. II do § 1.º do art. 173 da Lei Maior, isto é, em igualdade com as empresas privadas do setor. MARÇAL JUSTEN FILHO (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 7.ª ed., São Paulo, Dialética, 2000, p. 249), ao comentar essa hipótese de dispensa de licitação, averbou, e bem, que: "A regra não dá guarida a contratações da Administração Pública com entidades administrativas que desempenham atividades econômicas em sentido estrito. Se o inc. VIII pretendesse autorizar contratação direta no âmbito de atividades econômicas, estaria caracterizada inconstitucionalidade. É que as entidades exercentes de atividade econômica estão subordinadas ao disposto no art. 173, § 1.º, da CF/88. Daí decorre a submissão ao mesmo regime reservado para os particulares. Não é permitido qualquer privilégio nas contratações dessas entidades. Logo, não poderiam ter a garantia de contratar direta e preferencialmente com as pessoas de direito público. Isso seria assegurar-lhes regime incompatível com o princípio da isonomia".

22.9 – Essas precisas lições podem e devem ser levadas em conta quando os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, órgãos ou entidades do Poder Público e empresas por ele controladas, desejarem contratar diretamente uma instituição financeira pública para nela promover o depósito de suas disponibilidades de caixa ou obter a prestação de seus serviços bancários. A contratação dessa instituição financeira somente será legítima se for vencedora de licitação aberta às entidades financeiras, sem qualquer distinção entre públicas e privadas, julgada pelo critério do menor preço, desde que compatível com o de mercado. Quando admitida a contratação direta, esse menor preço, também compatível com o de mercado e devidamente justificado (art. 26 da LLCAP), deverá corresponder à média dos preços para os serviços similares prestados pelos bancos públicos e privados. É com tal preço médio que o preço do contratado deverá ser compatível.

23 – Demonstrado que a regra do § 3.º do art. 164 da Constituição Federal é parcialmente auto-executável, podendo os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, os órgãos ou entidades do Poder Público e as empresas por ele controladas, depositarem suas disponibilidades de caixa em qualquer instituição financeira pública ou privada, observadas certas exigências, como é o caso da licitação, cabe definir *disponibilidade de caixa* e conceituar *instituição financeira*.

23.1 – A noção de *disponibilidade de caixa* há de partir dos fatos que a caracterizam e do conceito de caixa. Com efeito, caixa, em termos mercantis, é sinônimo de tesouraria, lugar onde diariamente são feitos os recebimentos e os pagamentos de uma entidade pública (Estado, Município), governamental (sociedade de economia mista, empresa pública) ou privada (sociedade comercial, industrial). Diariamente, *fecha-se o caixa*, isto é, promove-se o balanço entre os recebimentos ou entradas e os pagamentos ou saídas. Esse balanço pode demonstrar que o montante dos recebimentos foi maior que o dos pagamentos, havendo, portanto, uma sobra de dinheiro ou, como comumente se diz, uma sobra de caixa ou, ainda, que nesse dia houve um *superávit*. Essa sobra é a disponibilidade de caixa do dia ou simplesmente disponibilidade de caixa. Também pode evidenciar que o montante dos recebimentos é igual ao dos pagamentos, inexistindo, por conseguinte, sobra de dinheiro ou de caixa no movimento financeiro desse dia, ou diz-se que não houve disponibilidade de caixa. Na segunda hipótese não se verificou sobra de numerário ou disponibilidade de caixa, resultado que só ocorreu na primeira. Essas disponibilidades de caixa são as que devem ser depositadas, conforme querem alguns, em instituições financeiras públicas e pelo tempo que ficarem disponíveis podem e devem ser aplicadas nessas instituições. Tais noções afeiçoam-se com as encontradas nos dicionários especializados.

23.2 – Disponibilidade, no aspecto econômico e financeiro, segundo DE PLÁCIDO E SILVA (*Vocabulário Jurídico*, 10.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, vol. II, letras D a I, p. 101), é o vocábulo que exprime a "soma de bens de que se pode dispor, sem qualquer ofensa à normalidade dos negócios de uma pessoa", física ou jurídica, acrescentamos com a devida vênia. Por essa palavra são indicados os recursos, sejam em bens móveis ou imóveis, em títulos ou em dinheiro, que possam ser usados (vendidos, trocados, alienados), sem acarretar dificuldades de qualquer espécie a quem deles dispõe, completa esse dicionarista (ob. vol. e loc. cit.). Sendo assim, é certa a afirmação de que numerário vinculado a determinada utilização não integra o conceito de disponibilidade de caixa, tal qual não o integram bens de outra natureza (imóveis, créditos).

Embora a expressão disponibilidade possa compreender bens da mais variada natureza (imóveis, semoventes, créditos), pela dicção do § 3.º do art. 164 da Lei Magna, o único bem submetido a esse regime é o *dinheiro*, pois disponibilidade de caixa, como referido por essa disposição, somente pode ser o dinheiro, o numerário, disponível. Essas noções também se compatibilizam com o conceito de disponibilidade de caixa para fins contábeis. Com efeito, disponibilidades de caixa são "valores contabilizados em rubricas do Ativo Financeiro, grupo Disponível, com suas contas caixa e

banco, agregado este que incorpora recursos utilizáveis a qualquer momento", ensina LAIS DE ALMEIDA MOURÃO, respeitada advogada do Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal - CEPAM - (BDM n.º 11, novembro de 2000, p. 692). Destarte, disponibilidade de caixa é todo o dinheiro cuja utilização não compromete os disponentes, ou seja, o Estado, o Distrito Federal, o Município, os órgãos ou entidades do Poder Público e as empresas por ele controladas, seus proprietários.

23.3 - Pode-se, então, afirmar, em termos financeiros, 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. Essa disponibilidade de caixa assim determinada é o objeto, para alguns, da vedação contida no § 3.º do art. 164 da Constituição Federal. Segundo o rigor dessa interpretação, a disponibilidade de caixa não pode ser depositada em instituições financeiras privadas. Quando os recebimentos são feitos via instituição financeira particular, como são os bancos privados, o montante verificado ao fim do dia ou em data ajustada deve, segundo esse rigoroso entendimento, que não acolhemos, ser transferido para o banco estatal em que essas pessoas públicas ou governamentais mantêm conta movimento, permanecendo nessa instituição até ulterior utilização, que pode ser o investimento em Fundo de Aplicação com Renda Diária, garantido por títulos públicos, ou o saque para outras finalidades, também de interesse público.

23.4 - "*Instituição financeira*", diz JOSÉ TADEU DE CHIARA (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, Coordenação de R. Limongi França, São Paulo, Saraiva, 1977, vol. 45, p. 45), "*é 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*". Esse conceito é amplo, abrangendo, portanto, tanto as instituições financeiras públicas como as privadas, tal qual, aliás, é definida por WALDIR VITRAL (*Vocabulário Jurídico*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, vol. V, A-Z, p. 364) nestes termos: "*São as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividades 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*". Duas, portanto, são as espécies de instituições financeiras: de um lado, as públicas; de outro, as privadas.

A Lei federal n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, recepcionada pela Constituição Federal em tudo o que não a contraria, ao se referir à composição do Sistema Financeiro Nacional, no inciso V do art. 1.º, mencionou ser esse sistema integrado pelas "*den.ais instituições financeiras*

públicas e privadas". Igualmente dispõe o Manual de Normas e Instruções do Banco Central do Brasil. Ambas estão submetidas ao mesmo regime jurídico instituído por essa lei, tirante, por óbvio, eventual exceção decorrente da natureza institucional de cada uma. A mesma lei submete uma e outra, tal como a Constituição Federal não as distingue nos arts. 170, § 1.º, II, e 192, I. Se ditas instituições financeiras são componentes desse sistema, é natural que se entenda o § 3.º do art. 164 da Lei Suprema, ao mencionar a locução *instituições financeiras oficiais*, como regra indicadora do gênero dessas entidades, onde as públicas e as privadas são as espécies, até porque tal entendimento é respaldado pelo seu próprio enunciado. Outra inteligência, por notório, se enredaria em tantos equívocos que a tornariam imprestável para a desejada compreensão do seu conteúdo e assim também seria em relação ao art. 43 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Ao fim, como conclusão, pode-se afirmar que as disponibilidades de caixa dos entes da federação podem ser depositadas tanto em banco público como privado, desde que escolhido mediante licitação, pois esse é o entendimento que deve ser dado ao indigitado § 3.º do art. 164 da Constituição Federal.

SBC.10.06.02