

DEPÓSITO DAS DISPONIBILIDADES DE CAIXA DO PODER PÚBLICO: ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Carlos Ari Sundfeld

*Professor da Faculdade de Direito da PUC/SP e da Escola de
Direito da FGV-SP. Presidente da Sociedade Brasileira de
Direito Público. Sócio de Sundfeld Advogados.*

Rodrigo Pagani de Souza

*Mestrando em Direito do Estado na Faculdade de Direito da
USP. Professor da Sociedade Brasileira de Direito Público.
Advogado associado de Sundfeld Advogados*

O depósito das disponibilidades de caixa de Estados, Distrito Federal e Municípios pode ser feito em bancos privados? Em caso positivo, quais os requisitos essenciais?

A discussão sobre o tema vem se intensificando nos últimos tempos, especialmente em decorrência da privatização de muitas instituições financeiras outrora controladas pelo Poder Público. Junto à privatização houve a quebra do “monopólio” da atividade de manutenção das contas de depósitos dos Estados, Distrito Federal e Municípios, antes reservada aos bancos estatais. As instituições financeiras privadas, por óbvio, passaram a cobiçar o novo mercado, o que abriu caminho para as indagações apontadas.

O debate tem girado em torno da interpretação do art. 164, § 3.º, da Constituição Federal, que cuida diretamente do tema. Eis o seu teor:

Constituição Federal

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

(...)

§ 3.º 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.

A simples leitura do dispositivo evidencia que, em se tratando do depósito de disponibilidades de caixa da União, ele ficará a cargo do banco central, e, em se tratando do depósito de recursos de caixa do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, ele ficará a cargo, em princípio, de “instituições financeiras oficiais”. Ressalvam-se, apenas, “os casos previstos em lei”, nos termos da parte final do dispositivo.

Bem se vê, portanto, que, segundo o Texto Constitucional, a lei é a grande “chave” do mercado de manutenção de contas de depósitos de Estados e Municípios. É ela que poderá abri-lo, de certa forma, à exploração por instituições financeiras outras que não as chamadas oficiais.

Mas é justamente com relação a esta ressalva constante da parte final do § 3.º do art. 164 da Constituição — a ressalva feita aos “...casos previstos em lei” — que algumas dúvidas relevantes se colocam. Trata-se de lei editada por qual ente da federação? Deve ser lei *complementar* ou *ordinária*?

Atualmente, a ressalva é tratada diretamente por duas disposições constantes de leis federais: o art. 43, *caput*, da lei complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), e o § 1.º do art. 4.º da Medida Provisória n.º 2.192-70.¹ Veja-se o que neles está estabelecido:

Seção 1.01

Seção 1.02 Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000

Art. 43. As disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3º do art. 164 da Constituição.

.....
.....

¹ A Medida Provisória 2.192-70, de 24 de agosto de 2001, continua em vigor por força do disposto no art. 2.º, da Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001, que dispõe: “Art. 2º. As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”.

Registre-se, contudo, que o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do julgamento de questão de ordem em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado do Paraná contra a lei estadual n.º 12.909/2000 — que autorizou o Poder Executivo a incluir no Edital de Venda do Banco do Estado do Paraná (BANESTADO) a manutenção, com exclusividade, das contas dos depósitos das disponibilidades de caixa do tesouro Estadual —, admitiu o aditamento da petição inicial para incluir no pedido a impugnação dos §§ 1.º e 2.º do art. 4.º da Medida Provisória n.º 2.192-70/2001 (STF, ADI (QO) 2.844/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 24.4.2003, cf. Informativo do STF n.º 305). Tem-se, diante disso, que a constitucionalidade do citado preceito da MP 2.192-70/2001 encontra-se, atualmente, em discussão no Supremo Tribunal Federal.

Medida Provisória n.º 2.192-70, de 24 de agosto de 2001

Art. 4º. (...).

§ 1º. As disponibilidades de caixa dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou das entidades do poder público e empresas por eles controladas poderão ser depositadas em instituição financeira submetida a processo de privatização ou na instituição financeira adquirente do seu controle acionário, até o final do exercício de 2010.

Como se pode observar, o art. 43 da Lei de Responsabilidade Fiscal apenas se limita a fazer remissão à cláusula constitucional. Já o art. 4º, § 1º, da MP n.º 2.192-70/2001 permite que as disponibilidades de caixa de Estados, Distrito Federal, Municípios, órgãos e entidades do poder público e empresas por ele controladas sejam depositadas em dois tipos de instituição financeira: nas “submetidas a processo de privatização” e nas “adquirentes do seu controle acionário”, desde que não ultrapasse o final do exercício de 2010.

Embora a União já tenha, por intermédio desta medida provisória, exercido certa competência na matéria, as dúvidas apontadas acima ainda estão longe de encontrarem uma resposta pacífica. De fato, instaurou-se um debate, que permanece vivo, acerca de *qual o ente federado competente para disciplinar a exceção prevista na parte final do § 3º do art. 164 da Constituição* — se efetivamente a União, por intermédio de lei de caráter nacional (lei esta que, na atualidade, seria a MP 2.192-70/2001), ou, então, se os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por intermédio de leis de alcance restrito às respectivas esferas locais. Outro debate, também instaurado, diz respeito a *qual a espécie da lei* que haverá de disciplinar tal exceção — se uma lei complementar, ou, então, uma lei ordinária.

São estas as duas questões que pretendemos enfrentar no presente estudo, que consiste numa simples análise de decisões do Supremo Tribunal Federal que chegaram, de certa maneira, a enfrentá-las. Adiantamos que nossa visão é divergente daquela que vem se delineando na corte constitucional. Procuraremos explicitar o teor das decisões e as razões pelas quais divergimos do entendimento nelas consubstanciado.

O Supremo Tribunal Federal, em duas ocasiões — primeiramente, na ADIn-MC n.º 2.600-3/ES (rel. Min. Ellen Gracie, j. 24.4.2002. v.u.) e, depois, na ADIn-MC n.º 2.661-5/MA (rel. Min. Celso de Mello, j. 5.6.2002. v.u.) —, manifestou o entendimento de que a lei a que a Constituição se refere na parte final do dispositivo transcrito é *lei ordinária de caráter nacional*.

É necessário, contudo, atentar para os fundamentos adotados pela Corte para esposar tal entendimento. Foram três os fundamentos invocados no primeiro julgado (ADIn-MC 2.600-3/ES) e, posteriormente, apenas reafirmados, em parte, no segundo (ADIn-MC 2.661-5/MA). A importância do exame detido de cada um

desses fundamentos reside em que, conforme se procurará demonstrar, eles se afiguram absolutamente improcedentes.

O primeiro deles depreende-se diretamente do seguinte trecho do voto da relatora Ministra Ellen Gracie, proferido na ADIn-MC 2.600-3/ES:

Voto da rel. Min. Ellen Gracie, na ADIn-MC 2.600-3/ES

Essa lei exceptiva, no meu entendimento, é lei federal de caráter nacional, pois a expressão ‘ressalvados os casos previstos em lei’, além de fazer referência às disponibilidades financeiras de Estados, Distrito Federal e Municípios, o faz também em relação às disponibilidades de órgãos e entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, estando incluídos, portanto, os órgãos, entidades e empresas pertencentes à União.

Ao que parece, o voto da Ministra sensibilizou-se com o fato de que uma norma estadual, ao regulamentar a exceção do art. 164, § 3.º, não poderia acabar tendo efeitos impositivos também sobre órgãos, entidades e empresas da União. Seria como que permitir ao Estado-membro que passasse a ditar normas para a União.

Trata-se de fundamento absolutamente inapropriado ao caso que estava sob julgamento, já que se verificava, a toda evidência, que o dispositivo questionado naquela oportunidade — introduzido por emenda à Constituição do Estado do Espírito Santo — não impunha deveres à União. Ele se limitava a tratar das disponibilidades de caixa do Estado, assim como de seus órgãos e entidades. Não tinha qualquer relação com recursos da União, nem com quaisquer órgãos ou entidades federais.² Não havia motivo, portanto, para que fosse reputado inconstitucional por suposta usurpação, pelo Estado, de competência legislativa da União.

O segundo fundamento para se afirmar que a exceção do § 3.º do art. 164 só poderia ser tratada pela União era o de que, na realidade, ela já teria sido disciplinada pelo art. 43, *caput*, da Lei de Responsabilidade Fiscal.³ É evidente que tal fundamento também se afigura insustentável, bastando lembrar, neste sentido, que o citado preceito legal se limita a dispor que “as disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3.º do art. 164 da Constituição.” Ora, não há nesta disposição legal qualquer inovação

² Deveras, cuidava-se da análise de pedido de medida cautelar para suspender a eficácia de dispositivo da Emenda Constitucional n.º 37, do Estado do Espírito Santo, que conferia nova redação ao art. 148 da Constituição Estadual, determinando que as disponibilidades de caixa do Estado, bem como as dos órgãos ou entidades do Poder Público estadual e das empresas por ele controladas, fossem depositadas na instituição financeira que viesse a possuir a maioria do capital social do BANESTES, decorrente de sua privatização, na forma definida em lei.

³ Eis as considerações a respeito desse fundamento encontráveis no voto da relatora Min. Ellen Gracie, no julgamento da ADIn-MC 2.600-3/ES: “Observo, ademais, que a Lei Complementar federal n.º 101/2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, dispõe, no seu art. 43, *caput*, que as disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3.º do art. 164 da Constituição.”

perante o Texto Constitucional. É mera remissão à Constituição, que não encerra, por óbvio, uma proibição a que leis estaduais, distritais ou municipais disciplinem a exceção constitucionalmente prevista.

Finalmente, o terceiro fundamento que tem sido adotado pela Corte para encampar a tese de que tal exceção só poderia ser disciplinada por *lei ordinária federal, de caráter nacional*, é o de que, não fosse assim, restaria violado o princípio da moralidade administrativa. Deveras, tem-se sustentado que leis locais pelas quais os Estados decidam confiar seus recursos de caixa a instituições financeiras privadas afrontam a moralidade administrativa, na medida em que significam indevido favorecimento destas instituições, sem qualquer causa legítima.⁴

⁴ Confirmam-se, nesse sentido, mais estas colocações do voto da relatora Min. Ellen Gracie, proferido na ADIn 2.600-3/ES: “Vejo, também, que essa regra salutar de depósito em bancos oficiais, imposta pela Constituição, vai ao encontro do princípio da moralidade previsto no art. 37, *caput* do seu texto, ao qual deve obediência a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Celso Ribeiro Bastos e Ivez Gandra Martins, comentando o dispositivo, não obstante exponham críticas ao modelo de monopólio estatal nele inserto, após considerarem que as exceções a essa regra são de alçada de lei ordinária federal, transcrevem comentário de Wolgran Junqueira Ferrreira acerca das conseqüências desse dispositivo na esfera municipal, no sentido de que *‘o fato de obrigar o depósito em instituições financeiras oficiais é medida saneadora, pois evita que o Prefeito faça como seu o ‘saldo médio’ com o depósito da Prefeitura para obter empréstimos pessoais’*.”

O argumento é reiterado no âmbito da ADIn 2.661-5, desta feita no voto do relator Min. Celso de Mello, merecendo destaque o seguinte trecho: “**Tenho por inegável**, desse modo, que a **ratio** subjacente à cláusula de depósito compulsório, em instituições financeiras **oficiais**, das disponibilidades de caixa do Poder Público em geral (CF, art. 164, § 3.º) **reflete**, na concreção do seu alcance, **uma exigência** fundada no **valor essencial** da moralidade administrativa, **que representa**, como precedentemente enfatizado, **verdadeiro pressuposto da legitimação constitucional** dos atos emanados do Estado. **Isso significa**, portanto, **que também as exceções à regra** constante do art. 164, § 3.º da Carta Política — exclusivamente definíveis pela União Federal — **hão de respeitar** esse postulado básico, **em ordem a impedir** que eventuais desvios ético-jurídicos do **improbis administrator** possam instituir situações de **indevido** favorecimento, **destituído** de causa legítima, outorgado a **determinadas** instituições financeiras **de caráter privado**.” (os grifos já constam do próprio texto original).

Finalmente, no âmbito da Ação Cautelar n.º 1/SC (ajuizada pelo Estado de Santa Catarina em face da União e do Banco Central do Brasil, para suspensão do edital de alienação do Banco do Estado de Santa Catarina S.A. – BESC e da BESC S.A. Crédito Imobiliário – BESCRI), a relatora Min. Ellen Gracie proferiu despacho em que voltou ao tema da suposta violação do princípio da moralidade administrativa pela atribuição de disponibilidades de caixa estaduais a bancos privados. Confira-se um trecho do seu despacho: “Quanto à questão do princípio da moralidade pública que deve nortear os atos administrativos, entendo que da mesma forma que a manutenção da gerência da Conta Única em entidade bancária privatizada pode configurar situação de privilégio e favorecimento, conforme suscitou-se nas citadas ações diretas que trataram deste tema, a exclusão da possibilidade de que a Conta Única do Estado possa permanecer com o banco estadual a ser privatizado, para efeitos de avaliação de seu preço mínimo em leilão, poderia também gerar, em tese, afronta àquele princípio.” (STF, AC n.º 1/SC, rel. Min. Ellen Gracie, j. 7.11.2002). É curioso observar que, desta feita, sua argumentação parece ter caminhado no sentido de não admitir que bancos privatizados fiquem encarregados de manter as disponibilidades de caixa de entes federados, mas exigir, ao mesmo tempo, que a privatização de um banco estatal leve em conta, para efeito de avaliação de seu preço mínimo em leilão, o valor das disponibilidades de caixa de ente federado em seu poder. O raciocínio parece contraditório. Afinal, se uma vez privatizado o banco não poderá manter as disponibilidades do caixa estatal em suas mãos, por que considerá-las na estipulação do seu valor de venda?

Novamente, trata-se de uma visão que carece de qualquer respaldo jurídico. Tal visão parte da premissa de que a contratação do serviço de manutenção dos depósitos das disponibilidades de caixa de um ente federado seria feita a este ou àquele banco sem prévia licitação pública; a premissa, contudo, não se sustenta. É evidente que não se pode atribuir tal serviço a um banco não oficial sem prévio certame.⁵ Mesmo nos casos de trespasse do serviço, por certo período, à instituição privada adquirente do controle acionário de um banco estatal submetido a processo de privatização, não se pode perder de vista que deve existir, aí, prévia licitação pública (e geralmente há, na forma de “leilão” de privatização). Obviamente, seria ilícita eventual atribuição do serviço a banco privado sem prévia licitação; aí, sim, poder-se-ia afirmar a existência de violação à moralidade administrativa, de favorecimento ilícito ou de algo do gênero. Mas como afirmá-lo quando o serviço é contratado por meio de um prévio processo administrativo de competição, franqueado a todos os interessados?

Pelas razões apontadas, caem por terra os três fundamentos encontráveis nos julgamentos do STF em que aquela Corte posicionou-se no sentido de que a lei apta a disciplinar a exceção constante da parte final do § 3.º do art. 164 da Constituição seria uma lei federal.

Vale uma referência ao fato de que a questão voltou a ser abordada pela Corte, uma terceira vez, na ADIn-MC n.º 3.075-2/PR (rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19.12.2003). Só que desta feita o foco central do julgamento não foi nem tanto decidir se uma norma estadual poderia regulamentar a exceção contida na parte final do art. 164, § 3.º, mas, isto sim, decidir se *uma lei poderia determinar a imediata revogação de atos e contratos* por meio dos quais, num dado Estado da federação, as disponibilidades de caixa do Tesouro estadual haviam sido transferidas a bancos privados.⁶ Prevaleceu o entendimento, quanto a este segundo ponto (e, verdadeiramente, o principal) de que a revogação contratual promovida pela norma legal estaria a ferir o princípio da segurança jurídica, na medida em que violaria atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos (nesse sentido, os votos do relator Min. Gilmar Mendes e da Min. Ellen Gracie); estaria a ferir, outrossim, o princípio da reserva de Administração, uma vez que a emanação de normas com efeitos concretos seria de competência exclusiva do

⁵ A necessidade de prévio certame decorre da regra básica, extraída da Constituição, segundo a qual, toda vez que o Poder Público pretenda criar um benefício pessoal direto que não possa ser concedido a todos os interessados aptos, ele deve realizar um procedimento administrativo de competição para a escolha de um deles. Esse procedimento, nos termos da lei n.º 8.666/93, é a licitação. Não há dúvida de que, ao decidir a quem confiar seus depósitos e aplicações, o ente federado estará criando um benefício pessoal direto a determinada instituição financeira, que não poderá ser estendido a todas as outras. Afinal, apenas uma instituição auferirá as vantagens de gerir as disponibilidades de caixa do ente em questão, falecendo o mesmo privilégio às demais. Incide sobre a hipótese, portanto, o dever constitucional de licitar.

⁶ Aliás, cumpre salientar que, nesse caso, houve grande dissenso na deliberação dos Ministros, não só entre os próprios votos que compuseram a maioria — que divergiam quanto aos seus fundamentos —, mas também entre os votos da minoria, que foram vencidos em diferente extensão (votaram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence). A própria margem pela qual se alcançou a maioria de votos foi estreita: seis votos a quatro, com uma ausência (do Min. Celso de Mello).

Executivo (nesse sentido, os votos dos Mins. Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence).

Quanto ao primeiro ponto (o de qual seria a lei apta a disciplinar a ressalva do § 3.º do art. 164), o único voto que o enfrentou direta e explicitamente, dentre os que compuseram a maioria, foi o do relator Min. Gilmar Mendes, que, no entanto, limitou-se a afirmar que seriam aplicáveis ao caso os precedentes supracitados (ADIn-MC 2.600-3/ES e ADIn-MC 2.661-5/MA).⁷ Os outros Ministros que votaram com o relator e, desta forma, compuseram a maioria, não tocaram diretamente neste ponto⁸. Aliás, merece destaque o voto da Ministra Ellen Gracie, que, embora acompanhando o voto do relator, chegou a sustentar a inaplicabilidade ao caso dos dois precedentes por ele invocados.⁹

De outro lado, pelo bloco vencido, o único voto a enfrentar diretamente o ponto foi o do Min. Carlos Ayres Britto, que teceu argumentação que, esta sim, parece condizente com o Texto Constitucional. Vejam-se as suas palavras:

Voto do Min. Carlos Ayres Britto, na ADIn-MC 3.075-2/PR

...tenho uma dificuldade inicial — 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 exceção por lei — artigo 164, § 3.º: ‘(...) ressalvados 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. Isto está explícito em vários dispositivos da Constituição.

Por exemplo, o artigo 160 da Constituição Federal dispõe que: ‘Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega — mas não só a entrega — e ao emprego dos recursos atribuídos,

⁷ Neste sentido, salientou o relator Ministro Gilmar Mendes: “Parece plausível, aqui, numa primeira análise, a tese segundo a qual a lei estadual, na espécie, acaba por incidir sobre espaço reservado à lei nacional”.

⁸ É o que se depreende da leitura dos votos dos Mins. Cezar Peluso e Ellen Gracie, que seguiram o relator e cuja íntegra está disponível na internet (www.stf.gov.br); no entanto, não se teve acesso à íntegra dos votos dos demais Ministros que compuseram a maioria, a saber, Mins. Carlos Velloso, Nelson Jobim e Maurício Corrêa.

⁹ Nesse sentido, eis as palavra da Ministra Ellen Gracie:

“Este dispositivo [art. 164, § 3.º, da CF] abre a possibilidade que tem a lei de dispor de forma adversa. Mas a lei, no meu entendimento, e que foi acolhido pelo Plenário, naquela ocasião, deve necessariamente ser uma lei federal, de caráter nacional, porque a expressão ‘ressalvados os casos previstos em lei’ faz referência não apenas às disponibilidades de caixa de Estados, Distrito Federal e Municípios, mas, também, às disponibilidades de caixa dos órgãos e entidades do Poder Público e, inclusive, da União.

Esta foi a fundamentação pela qual o Plenário entendeu que, para abranger toda essa gama de depósitos, necessariamente teríamos que contar com uma exceção prevista em lei federal.

Mas, quanto ao tema agora posto, também esclarecendo que não vejo como possamos utilizar os mesmos precedentes para o caso — que é diverso — estou acompanhando integralmente o relator.” (não há grifos no original).

nesta Seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.’

O artigo 30, em relação aos Municípios, confirma que a livre disponibilidade das rendas municipais é da competência também dos municípios.

‘Art. 30. Compete aos Municípios:

III – instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas (...);

No art. 34, inciso V, alínea ‘b’, a Constituição Federal estabelece que é pressuposto de intervenção da União nos Estados a falta de entrega aos Municípios de receitas tributárias a eles devidas. Ou seja, em várias passagens, a Constituição faz essa livre disposição dos recursos de cada entidade federada um elemento conceitual da autonomia política e administrativa de um desses entes de existência necessária. (Não há grifos no original).

Esta, a nosso ver, é a linha de raciocínio adequada para a correta interpretação do Texto Constitucional.

Particularmente, interpretamo-lo partindo da premissa de que a ressalva feita no dispositivo diz respeito aos casos previstos em leis *ordinárias*, posto que, fossem leis complementares, deveria haver previsão expressa neste sentido. Deveras, toda vez que o Texto Constitucional reporta-se a uma lei complementar, ele o faz de modo expreso, e não implícito. Aqui, a mera referência aos casos previstos em *lei* só pode ser uma remissão à lei ordinária, que é a regra, e não à exceção, que é a lei complementar.

Assentada esta premissa, atentamos para o fato de que a lei de que trata o art. 164, § 3.º, da Constituição é lei que versa sobre *manutenção das disponibilidades de caixa dos entes federados*. É uma lei, em outras palavras, que trata de *finanças públicas*. Afinal, ela deve dispor acerca do tipo de entidade a que poderão ser confiadas tais finanças.

Constatado, dessa maneira, que o art. 164, § 3.º diz respeito aos casos ressalvados em *lei ordinária sobre finanças públicas*, chegamos à conclusão de que tal lei não pode ser uma lei nacional editada pela União, vez que, para esse fim, a União só legisla por intermédio de lei complementar, consoante expressa previsão do art. 163, I, da Constituição. Deveras, esse dispositivo diz: “Art. 163. Lei complementar disporá sobre: I – finanças públicas”.¹⁰

A competência para legislar sobre direito financeiro é concorrente (CF, art. 24, I). À União cabe fazer normas gerais, que têm caráter nacional e regulam a

¹⁰ Lembre-se, de passagem, que os principais diplomas que fazem as vezes desta lei complementar sobre finanças públicas são, atualmente, a lei n.º 4.320/64 (que se reputa ter sido recepcionada pela Constituição de 1988 com *status* de lei complementar) e a lei complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

gestão financeira federal, estadual, distrital e municipal (art. 24, § 1.º). Mas cada ente da federação tem autonomia para, obedecidas as normas gerais, fazer suas normas específicas, no uso da competência legislativa suplementar, que é reconhecida expressamente pela Constituição (arts. 24, § 2.º e 30, II).

A competência da União para produzir normas financeiras gerais é, nos termos do art. 163, exercida necessariamente por lei complementar. Assim, se o § 3.º do art. 164 não previu a exigência de lei complementar, é porque a lei ali mencionada não será nacional, não constituindo norma geral, mas norma específica de cada ente da federação.

Do exposto, extraímos o seguinte entendimento: a ressalva constante do art. 164, § 3.º, da Constituição só pode ser disciplinada *por lei ordinária de cada ente federado*, cada um tomando decisões específicas sobre sua administração financeira, no uso da autonomia que lhes confere a Constituição (art. 18, *caput*).

Esta interpretação, além de conformar-se com o raciocínio apontado, encontra forte arrimo no princípio da autonomia político-administrativa dos entes federados, adotado seja no seu art. 18, *caput*, já mencionado, seja em diversas outras normas dele decorrentes (que foram bem lembradas pelo voto vencido do Min. Ayres Britto no julgamento da ADIn-MC 3.075-2/PR). Deveras, faz sentido reconhecer a cada ente federado esse poder autônomo de decisão, atinente à definição de quais instituições poderão ficar responsáveis pela guarda e aplicação dos seus recursos financeiros. Decisão dessa ordem — “a quem confiar os recursos financeiros públicos” — só poderia caber mesmo, em última análise, ao ente federado titular dos recursos.

Diante de todas as considerações efetuadas, resulta, em suma, que, de acordo com a interpretação que fazemos do art. 164, § 3.º, da Constituição Federal — diversa, no entanto, da que tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal com base em fundamentos, a nosso ver, completamente equivocados —, Estados, Distrito Federal e Municípios, para contratar serviços de manutenção de contas de depósitos e aplicações com instituições financeiras outras que não as oficiais, precisam ter leis ordinárias próprias que prevejam a hipótese. Na ausência de legislação do gênero, presume-se que a instituição financeira não oficial não está habilitada a contratar com o Poder Público. Eventual contratação com instituição inapta será, por óbvio, inválida.

Apenas para reforçar nosso ponto de vista — o qual, aliás, parece ser também compartilhado com Ives Gandra da Silva MARTINS¹¹ —, gostaríamos de tecer ainda uma última consideração sobre o tema.

¹¹ Em trabalho publicado após a edição da Emenda Constitucional n.º 40/2003 — portanto, já considerando uma das “mais recentes inovações” em matéria financeira introduzidas na Constituição Federal —, o Professor Ives Gandra faz a seguinte ponderação sobre o art. 164, §

Note-se que, ao raciocínio que expusemos anteriormente, alguém poderia fazer a seguinte oposição: na verdade, a lei que disciplina a exceção contida na parte final do art. 164, § 3.º não cuida da matéria “finanças públicas”; muito diversamente, ela trata da “organização das instituições financeiras” (afinal, diria o possível interlocutor, ela cuida de definir quais destas instituições poderão ficar responsáveis pela manutenção dos recursos de caixa dos entes federados). Diante disso — ele prosseguiria —, a exceção contida na parte final do art. 164, § 3.º só poderia ser disciplinada por *leis complementares federais*, conforme se depreende dos arts. 48, XIII e 192 da mesma Constituição (este último na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n.º 40/2003).

Mas a premissa deste raciocínio é equivocada; desde logo porque o preceito se encontra justamente em capítulo da Constituição denominado “Das Finanças Públicas”. Ademais, embora se possa reconhecer que a questão da manutenção das disponibilidades de caixa dos entes federados guarda alguma interface com o tema da estruturação do sistema financeiro, não é propriamente deste temário que ele trata. O que se almeja definir é a quem confiar as finanças públicas, e não como se organizarão as instituições financeiras responsáveis por mantê-las. Trata-se de decisão que melhor se coaduna com a competência para legislar sobre finanças públicas. Aliás, o próprio fato de o art. 164, 3.º, remeter à lei ordinária o tratamento do assunto é a demonstração de que não se trata de legislação sobre instituições financeiras, pois esta é sempre federal (art. 48, XIII) e editada por lei complementar (art. 192).

Como resposta às questões que inauguram estes breves comentários, entendemos, em suma, que o depósito das disponibilidades de caixa dos Estados, Distrito Federal e Municípios pode ser feito em bancos privados, desde que haja, primeiramente, lei ordinária — estadual, distrital ou municipal, conforme o caso — na qual se preveja esta possibilidade, e, ainda, desde que seja observado o dever de licitar.

Esta necessidade de lei ordinária decorre, a nosso ver, do disposto no § 3.º do art. 164 da Constituição Federal. O dispositivo, que versa sobre finanças

3.º: “Por fim, o § 3º mereceu críticas, no que concerne à intromissão financeira na autonomia federativa de Estados e Municípios, embora, de um lado, fosse correto, no que diz respeito à União, e previsse casos de ressalva em lei a amenizar o rigor da disposição. Omitiu-se se o instrumento legislativo adequado seria lei ordinária ou complementar, a resposta da maioria concluindo pela necessidade de lei complementar, no que diz respeito à política monetária e cambial, em face de todo o artigo 192 dever ser regulamentado por leis complementares, no que concerne, exclusivamente, ao sistema financeiro. Acresce-se o fato de que lei complementar é necessária para a definição de inúmeros aspectos relacionados à disciplina jurídica da moeda e do crédito, como determina o art. 163 da lei suprema. **No caso, todavia, de mera aplicação de recursos orçamentários, poderia ser lei ordinária de cada entidade federativa.**” (não há grifos no original). “Disponibilidades de caixa de entidades governamentais”, em *Fórum de Contratação e Gestão Pública — FCGP*, n.º 35, Belo Horizonte, Ed. Fórum, nov. 2004, p. 4574.

públicas, prevê que as disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central do Brasil, ao passo que as dos demais entes federados serão depositadas "...em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei". Como não há menção expressa a *lei complementar*, esta parte final do preceito remete-se a *lei ordinária*; em se tratando de lei ordinária, só pode ser uma *lei estadual, distrital municipal*, e não uma lei nacional editada pela União, pois, em matéria de finanças públicas, a União só legisla por meio de lei complementar (CF, art. 163, I). Com a ressalva feita no § 3.º do art. 164, portanto, a Constituição quer preservar a autonomia político-administrativa de cada ente federado para decidir qual o tipo de instituição financeira a que poderá confiar os seus recursos financeiros.

Registre-se, contudo, o posicionamento diverso que vem se delineando no Supremo Tribunal Federal — expressamente adotado em dois julgados (ADIn-MC n.º 2.600-3/ES, rel. Min. Ellen Gracie, j. 24.4.2002, v.u.; e ADIn-MC n.º 2.661-5/MA, rel. Min. Celso de Mello, j. 5.6.2002, v.u.) e referido, um tanto lateralmente, num terceiro (ADIn-MC n.º 3.075-2/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17 e 19.12.2003, por maioria de votos) —, no sentido de que a exceção constante da parte final do art. 164, § 3.º, da Constituição só pode ser disciplinada por *lei ordinária de caráter nacional*. No entanto, a motivação destes julgados é muito frágil, limitando-se cada qual a reproduzir os equivocados fundamentos aduzidos na primeira decisão (ADIn-MC 2.600-3/ES).

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

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

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Depósito das Disponibilidades de Caixa do Poder Público: Análise de Julgados do Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 20, novembro/dezembro/janeiro, 2009/2010. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-20-NOVEMBRO-2009-CARLOS-ARI-SUNDFELD-RODRIGO-PAGANI.pdf>>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

- 1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
- 2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
- 3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
- 4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas

devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

- 5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: <http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323>
- 6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: <http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico>

Publicação Impressa / Informações adicionais:

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Depósito das Disponibilidades de Caixa do Poder Público: Análise de Julgados do Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 131-141, jul./set. 2005