

Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito



**Regime jurídico bancário das empresas públicas. O caso das sociedades de economia mista em regime concorrencial e a problemática do Art. 164 § 3º da Constituição.**

João Felipe Amaral Bobroff

Brasília,  
2021

João Felipe Amaral Bobroff

**Regime jurídico bancário das empresas públicas. O caso das sociedades de economia mista em regime concorrencial e a problemática do Art. 164 § 3º da Constituição.**

Monografia de final de curso apresentada como requisito para conclusão do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientadora: Professora doutora Ana Frazão

Brasília

2021

João Felipe Amaral Bobroff

**Regime jurídico bancário das empresas públicas. O caso das sociedades de economia mista em regime concorrencial e a problemática do Art. 164 § 3º da Constituição.**

Monografia de final de curso apresentada como requisito para conclusão do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Monografia defendida e aprovada em.

BANCA EXAMINADORA

Doutora Ana Frazão (Orientadora)

Mestre Angelo Gamba Prata de Carvalho

Doutora Lilian Manoela Monteiro Cintra de Melo

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

## Sumário

1. Introdução.....	5
2. Capítulo 1. <b>Do Estado Social ao Estado Democrático de Direito.....</b>	9
3. Capítulo 2. <b>O regime jurídico das empresas estatais e da gestão das disponibilidades de caixa da administração pública.....</b>	18
4. Capítulo 3. <b>Da necessidade de elaboração da regra de exceção ao Art. 164 § 3º da CF em observância aos princípios da livre concorrência, eficiência e supremacia do interesse público e os possíveis impactos ocasionados por essa conduta.....</b>	32
5. Conclusão.....	44
6. Referências .....	47

## Introdução

Com o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social, a administração pública passou a realizar papéis que antes pertenciam à esfera do indivíduo. O Estado começou a organizar atividades vitais para o desenvolvimento da sociedade, como saúde, educação e infraestrutura, e, mais do que isso, tornou-se empresário. Esse novo cenário exigiu do ordenamento jurídico o desenvolvimento de um arcabouço regulatório que orientasse a administração nessa atividade, em razão da alocação de grandes volumes de recursos públicos em tais funções. No Brasil, um dos períodos de maior expressão histórica desse fenômeno foi a Era Vargas, marcada pela criação de importantes companhias, como a Vale do Rio Doce, a Petrobrás e a Companhia Siderúrgica Nacional<sup>1</sup>.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, um dos marcos conformadores desse complexo ecossistema passou a ser o artigo 164 § 3º da Carta Magna, que disciplina, de forma geral, a gestão das disponibilidades de caixa das empresas públicas e das sociedades de economia mista sob o controle da União, dos Estados e dos Municípios. O texto estabelece que:

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

[...]

§ 3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.<sup>2</sup>

Pensado para o Brasil do final dos anos 80, o comando constitucional vem sendo interpretado pelos Tribunais no sentido de estabelecer a primazia dos bancos públicos em detrimento dos bancos privados no tocante à gestão desses recursos financeiros. Até os anos 2000, não só a União, mas também os Estados eram proprietários de importantes bancos públicos responsáveis por administrar esses recursos. Em um contexto político no qual o Estado era responsável por planejar os rumos econômicos do país de forma intervencionista

---

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/>>. Acesso em: 21 out. 2021. p. 23.

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 164 § 3º. Brasília - DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 16 out. 2021.

via planos econômicos, controle cambial e restrição às importações, o princípio da livre concorrência não possuía papel de destaque no desenvolvimento econômico do país. Não era, portanto, do *zeitgeist* da época observar o regime jurídico da gestão das disponibilidades de caixa das empresas públicas e das sociedades de economia mista através das lentes da livre concorrência. O cenário atual, todavia, é outro.<sup>3</sup>

É inegável a importância que o princípio da livre concorrência possui na conjuntura constitucional atual, corroborada pelo desenvolvimento, nos últimos 20 anos, do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, prestigiando a efetivação desse direito. Ao observar tal fenômeno por essa nova perspectiva, surge um ponto de tensão entre a hermenêutica constitucional tradicional sobre o parágrafo em questão e a nova leitura do mesmo dispositivo, exigida em prestígio ao princípio da livre concorrência, em razão dos diversos prejuízos que a interpretação primeira causa às empresas públicas, ao sistema bancário e ao cidadão. Tal contexto evidencia a proximidade existente atualmente entre a livre concorrência e importantes princípios orientadores da administração pública, mais notadamente a supremacia do interesse público primário, a eficiência e a moralidade, deixando claro que, na ordem Constitucional de 88, tais princípios não podem estar dissociados.

O atual regramento do artigo 164 § 3º submete as empresas públicas e as sociedades de economia mista a um oligopólio bancário que paga um baixo valor como rendimento das divisas depositadas. Esse fato geraria baixas receitas financeiras para essas empresas, dificultando o exercício de suas atividades e a competição em igualdade com suas concorrentes do setor privado, que fazem uso de um amplo portfólio de investimentos para constituir suas reservas de caixa e mitigar riscos oriundos de quedas nas receitas operacionais. Tal cenário, como hoje desenhado, acaba por privilegiar os bancos públicos em detrimento das demais empresas controladas pelo Estado, desrespeitando o interesse público primário, já que a baixa rentabilidade permite aos bancos elevar seu *spread*, ao passo que as empresas estatais, muitas vezes prestadoras de serviço público, são prejudicadas. Um bom exemplo desse problema pode ser visualizado no setor elétrico, no caso das distribuidoras de energia, muitas vezes ligadas aos governos dos estados ou ao grupo Eletrobras. Em um outro giro, também é possível observar a temática em questão pela ótica dos bancos, já que a quebra do referido oligopólio promoveria o aumento da concorrência também no setor bancário, possibilitando aos bancos privados prestarem serviços para grandes empresas públicas.

---

<sup>3</sup> TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. History and competition policy in Brazil: 1930-2010. *The Antitrust Bulletin*. V. 57, nº 2, p. 207-257, 2012. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0003603X1205700202>>. Acesso em 21 out. 2021, p. 221 - 222.

O presente trabalho tem como objetivo analisar esse complexo cenário, visando averiguar se seria adequado afirmar que as sociedades de economia mista em regime concorrencial necessitam de um regime jurídico bancário especial, excepcionando-as do cumprimento do regramento geral disposto na redação do artigo 164 § 3º, em face dos princípios da livre concorrência e da primazia do interesse público primário.

No primeiro capítulo será examinada a mudança no papel da administração pública brasileira na economia com a edição da CF/88. A nova ordem constitucional inaugurou a atuação estatal fundada nos princípios da livre concorrência, da subsidiariedade e da supremacia do interesse público, evidenciando que a condução econômica do país deve levar em consideração o impacto das medidas da administração no mercado e no benefício gerado pela regulação. O objetivo é evidenciar, com base na doutrina, que a atuação do Estado na economia, em especial na função regulatória, deve obrigatoriamente observar tais princípios, sob pena de ofender a Constituição, devendo eventuais dissonâncias serem adequadas ao texto constitucional.

No capítulo seguinte, será apresentado o complexo regime jurídico das empresas estatais, conforme definido pela jurisprudência. Será dado destaque aos motivos que embasam a existência de diversos modelos regulatórios à luz dos princípios presentes na Constituição, em especial a preocupação na manutenção do equilíbrio e da competitividade entre empresas públicas e privadas, por causa das distorções causadas por algumas prerrogativas da administração. Será dado enfoque também aos bens jurídicos que o regime jurídico das estatais visa proteger, com destaque para o patrimônio público e o interesse público. Dentro do contexto regulatório, será aprofundada a análise sobre a relação entre o regime jurídico da gestão das disponibilidades de caixa da administração pública e as empresas estatais.

No terceiro capítulo, visa-se demonstrar o distanciamento entre o atual regime do Art. 164 § 3º da CF e os princípios da livre concorrência, da eficiência e da supremacia do interesse público. Em seguida, serão evidenciadas as razões que justificam a aproximação da regra do Art. 164 § 3º da CF a tais princípios. Ultrapassado tal ponto, o presente capítulo descreverá os benefícios da alteração do regime jurídico da gestão das disponibilidades de caixa da administração pública. Ao final, serão apresentadas duas propostas: (i) edição de lei, excepcionando as sociedades de economia mista em regime concorrencial do regramento geral do artigo, e (ii) aprimoramento regulatório por parte do TCU, visando realizar uma ampla análise contábil e atuarial da relação entre os bancos públicos e as estatais, com o objetivo de indicar o cenário de desequilíbrio nessa relação e construir soluções.

## Capítulo 1 - Do Estado Social ao Estado Democrático de Direito

O Direito Administrativo passou por significativa expansão na mudança do paradigma do Estado liberal para o Estado de Bem-Estar Social. Campos que tradicionalmente pertenciam à esfera particular dos indivíduos e eram tutelados por institutos de Direito privado passaram a se sujeitar às normas de Direito Administrativo. O papel do Estado não estava mais restrito à manutenção da lei e da ordem, mas seria marcado por uma atuação ativa da administração na concretização dos direitos constitucionais de segunda geração. Além de se tornar um prestador de serviços públicos, o Estado se tornou empreendedor, criando empresas com o objetivo de conduzir, de forma direta, a atividade econômica em setores considerados estratégicos para o desenvolvimento nacional<sup>4</sup>.

Esse novo cenário impôs ao Direito Administrativo um desafio: limitar o poder estatal em prestígio aos direitos individuais e, ao mesmo tempo, criar as bases para a expansão do papel do Estado na sociedade. A solução foi o desenvolvimento de diversos diplomas normativos que regulamentassem a atividade estatal, impondo limites e condicionando a atuação da administração ao estabelecido em lei. No que tange especialmente à atividade empresarial do Estado, surge um novo campo do Direito responsável por tutelar essas relações: o Direito Econômico<sup>5</sup>.

Tradicionalmente, a doutrina administrativista analisa a tensão entre o alcance da atuação do Estado e os limites impostos a ela a partir do paradoxo existente no Direito Administrativo entre as prerrogativas e as sujeições da administração. As prerrogativas têm como objetivo proteger a administração em suas condutas, enquanto as sujeições se destinam à proteção dos direitos individuais dos cidadãos em face de eventual abuso de poder do Estado. De acordo com Marçal Justen Filho, as prerrogativas estatais guardam ligação com uma fase mais autoritária e hierarquizada do Direito Administrativo, na qual a possibilidade de controle dos atos da administração era pequena.<sup>6</sup> Nessa linha, Hauriou afirma que, no contexto administrativo, há uma desigualdade entre a administração e o cidadão em razão das prerrogativas do Estado.<sup>7</sup> De forma oposta, as sujeições da administração estão ligadas à ideia de que o Direito Administrativo possui íntima conexão com o fenômeno da constitucionalização, não sendo possível visualizar um Direito Administrativo fora da

---

<sup>4</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 2.

<sup>5</sup> DI PIETRO, loc. cit.

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 67.

<sup>7</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 3.

Constituição na atualidade. Lucas Furtado, no mesmo sentido, entende que não é possível falar na existência de um Direito Administrativo no que parte da doutrina chama de período autoritário, classificado pelo autor como sendo a era das monarquias nacionais. Nessa época, as prerrogativas da administração eram quase absolutas, já que se encontravam embasadas na vontade do monarca.<sup>8</sup> Sob essa perspectiva, leciona Di Pietro:

[...] não é possível concordar com os autores que apontam a origem autoritária do Direito, negam a sua constitucionalização e afirmam a sua imutabilidade no decurso do tempo. Não há dúvida de que a doutrina e, em grande parte, a jurisprudência, muito avançaram e continuam avançando, no que diz respeito à constitucionalização do Direito Administrativo. Tal ramo do Direito vem passando por profundas modificações, das quais se realça precisamente a sua constitucionalização, hoje defendida pela doutrina e aplicada pela jurisprudência, com reflexos sensíveis sobre conceitos como legalidade, discricionariedade administrativa e o controle judicial.<sup>9</sup>

Com a elaboração da Constituição de 1988, muitos princípios e normas criados no Estado de Bem-Estar Social para possibilitar a atuação da administração de forma incisiva precisaram ser revisitados, uma vez que tornou-se necessário harmonizá-los aos demais princípios previstos na Constituição<sup>10</sup>. É necessário, portanto, averiguar quais são os princípios e as tendências do Direito Administrativo pós-1988 insculpidos no texto constitucional que orientam a regência do Estado empreendedor, além de como eles se relacionam à livre concorrência, com foco específico na crise da noção de serviço público, no princípio da subsidiariedade e no princípio da supremacia do interesse público.

O princípio da livre concorrência está inscrito no artigo 170, inciso IV da Constituição Federal e é um dos princípios integradores da ordem econômica<sup>11</sup> e financeira nacional, guardando especial relação com o direito à livre iniciativa previsto no *caput* do artigo 170 da Constituição. A primeira vez na qual o princípio da livre concorrência foi tratado de forma expressa em um diploma Constitucional brasileiro foi em 1988, havendo, nas Constituições anteriores, apenas dispositivos relativos à livre iniciativa e à repressão do abuso de poder econômico. Foi em 1988 que esse princípio ganhou destaque como fundante da ordem econômica como um todo, encontrando suas balizas na realização do disposto no *caput* do

<sup>8</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 34.

<sup>9</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 6.

<sup>10</sup> FURTADO, op. cit., p. 171.

<sup>11</sup> BARROSO, Luis Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617562/>. Acesso em: 16 out. 2021, p. 312-313.

artigo<sup>12</sup>. Destacar a importância do princípio da livre concorrência não implica afirmar que a CF/88 tenha inaugurado uma “Constituição econômica” de espírito liberal, já que há, na lei maior, diversas diretrizes a serem realizadas pelo Estado em matéria social. Não é possível pensar na livre concorrência como um fim em si mesmo, dissociado do comando do *caput*, qual seja: “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”<sup>13</sup>. Logo, esse princípio é um meio para um fim, e a extensão da aplicabilidade dele será distinta a depender do contexto envolvido e dos demais princípios constitucionais integrantes da ordem econômica a serem harmonizados, como a defesa do consumidor, do meio ambiente e das empresas de pequeno porte<sup>14</sup>, delimitando até onde é lícita a intervenção fundamentada do Estado. Assim como na União Europeia (UE), a Constituição Federal acolheu o princípio da livre concorrência como um dos pilares do desenvolvimento da ordem econômica nacional. Portanto, é possível afirmar, a partir de uma leitura sistêmica do texto constitucional, que o Direito Administrativo deve ser adequado ao disposto neste artigo.

Sob influência do direito comunitário europeu, o Direito Administrativo brasileiro adotou um importante princípio oriundo desse sistema: a necessidade de competição na prestação dos serviços públicos. Isso pode ser visto em setores como os de telecomunicações, energia, portos e aeroportos, contribuindo em parte para a compreensão do fenômeno da privatização ocorrida nesses segmentos da economia, antes dominados pelo Estado<sup>15</sup>. A promoção da concorrência na prestação dos serviços públicos é de extrema importância no Brasil, já que, segundo a doutrina, uma das características marcantes do desenvolvimento do Direito Administrativo no país é o excesso de formalismo, o que, em alguns casos, prejudica a eficiência na gestão.<sup>16</sup>

A crise da noção de serviço público, termo utilizado por parte da doutrina para descrever esse contexto de transição, foi desenvolvida na UE inicialmente por meio de decisões da Corte de Justiça do bloco. O Tribunal passou a acolher a ideia de que a exclusividade na prestação de alguns serviços públicos seria contrária à livre concorrência, levando os países membros a modificarem o conceito tradicional de serviço público, antes atrelado à noção de exclusividade de prestação pelo Estado, para a ideia de serviços de

---

<sup>12</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Coord.). *Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377/>. Acesso em: 16 out. 2021, p. 1893.

<sup>13</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília - DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 out. 2021.

<sup>14</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 1898-1899.

<sup>15</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 29.

<sup>16</sup> DI PIETRO, loc. cit.

interesse econômico geral. Assim como no Brasil, esse fenômeno acarretou a privatização de diversas empresas públicas e a abertura desses mercados à iniciativa privada.

Todavia, algum tempo depois, uma vez que o caráter social dos serviços públicos voltou a ganhar importância, a Corte de Justiça reviu o conceito de serviços de interesse econômico em geral para destacar o papel social dessas atividades econômicas, afirmando que elas não poderiam deixar de ser universais e contínuas pelo simples fato de serem exercidas por empresas privadas. No Brasil, não é possível afirmar que houve essa construção jurisprudencial, já que a Constituição aborda, nos artigos 21, XI e XII e 175, as atividades cuja competência são de exclusividade do Estado, preservando a noção de serviço público como um dever a ser cumprido<sup>17</sup>. Portanto, não é possível retirar essas atividades completamente do âmbito da administração pública, mas isso não significa que a forma como elas serão prestadas não é passível de modificação, em prestígio à livre concorrência. Exemplo disso é a Emenda Constitucional nº8/1995, que alterou a redação original do inciso XI do artigo 21 para retirar do texto a exclusividade que a CF concedia às empresas estatais para a exploração dos serviços de telecomunicações<sup>18</sup>.

A partir da comparação entre os incisos, é possível constatar a mudança no papel do Estado na economia para possibilitar a concorrência na prestação de serviços públicos, assim como na União Europeia. Além disso, é possível perceber a influência de um outro princípio que marcou esse período de transição: a subsidiariedade.

Concebido sob forte influência da doutrina social da igreja no final do século XIX e no começo do século XX, esse princípio é marcado por duas ideias centrais: o respeito aos direitos fundamentais, limitando a intervenção estatal no domínio econômico, favorecendo o desenvolvimento de atividades empresariais pela iniciativa privada, ao mesmo tempo em que determina que o Estado deve fomentar, coordenar e fiscalizar<sup>19</sup> a atividade econômica exercida pelos particulares<sup>20</sup>. Vale destacar que, em alguns setores específicos, esse fenômeno foi marcado pelo surgimento das agências reguladoras, destacando um outro evento desse

---

<sup>17</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 35.

<sup>18</sup> “Art. 21. Compete à União:

[...]

XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União. (Redação original).

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Nova redação trazida pela EC 8/95)”

<sup>19</sup> FURTADO, op. cit., p. 34-35.

<sup>20</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 37.

período: a agencificação de influência norte-americana.<sup>21</sup> Na Constituição de 1988, o princípio da subsidiariedade está em parte insculpido nos artigos 173 e 174, *caput*.<sup>22</sup>

Da aplicação desse princípio, Di Pietro destaca algumas consequências:

(a) a privatização de empresas estatais, para que as atividades assumidas pelo Estado sejam devolvidas à iniciativa privada; (b) a ampliação da atividade de fomento, seja na área econômica, seja na área social, com o ressurgimento de fórmulas não tão novas, como a concessão de serviços públicos (agora sob nova versão – concessão patrocinada, como uma das formas de parceria público-privada instituída na Lei nº 11.079/04), o surgimento de novas formas de parceria com a iniciativa privada, os contratos de gestão com as organizações sociais, os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público (oscip); ainda como consequência, há um crescimento considerável do chamado terceiro setor, que abrange entidades que ficam a meio caminho entre o público e o privado, por desempenharem atividades de interesse público, muitas delas com incentivos do Estado; nova concepção do interesse público, já que a sua tutela deixa de ser vista como de titularidade do Estado, para ser assumida também pelo particular; diminuição do aparelhamento administrativo do Estado, como resultado da diminuição de suas atividades.<sup>23</sup>

Como demonstrado, tanto a ideia de crise da noção de serviço público quanto o princípio da subsidiariedade guardam conexão com o princípio da livre concorrência e a importância desse princípio, resultando na modificação do papel do Estado na promoção da atividade econômica. No que antes havia um forte dirigismo, por meio de regimes de monopólio e exclusividade estatal, com a Constituição, passou a presenciar-se um maior papel da iniciativa privada, sendo de competência do Estado regulamentar, fomentar e fiscalizar a atividade econômica. É possível verificar que o caráter subsidiário do Estado não está restrito apenas às atividades administrativas, devendo também orientar a atividade legislativa<sup>24</sup>. Seria inadequado, porém, observar essa mudança paradigmática e seus reflexos no papel do Estado empreendedor sem levar em consideração um dos princípios primeiros do Direito Administrativo, qual seja a supremacia do interesse público.

Erroneamente, esse princípio é visto por parte da doutrina como sendo uma determinação de que, em uma situação de conflito entre o privado e a administração pública, a posição defendida pela segunda deve sempre prevalecer. Se esse pressuposto fosse verídico, não haveria como harmonizar os demais princípios previstos na Constituição com a

<sup>21</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 35-36.

<sup>22</sup> “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

<sup>23</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 37.

<sup>24</sup> FURTADO, op. cit., p. 36.

supremacia do interesse público, o que seria incompatível com o Estado Democrático de Direito<sup>25</sup>. A supremacia do interesse público permeia o Direito Administrativo como um todo, estando presente nas quatro funções administrativas definidas pela doutrina: serviço público, poder de polícia, fomento e intervenção, assumindo feições distintas em razão da função administrativa à qual está ligado. No que tange às duas últimas funções, o princípio da supremacia do interesse público autoriza o Estado a incentivar determinadas atividades econômicas de forma discricionária, por entender que essas atendem ao interesse da coletividade, sendo benéfico utilizar recursos públicos para promovê-las. O mesmo ocorre quando o Estado intervém no domínio econômico, impondo restrições em benefício da sociedade. Para estar em conformidade com a Constituição, a aplicação desse princípio não pode se dar de forma isolada, mas de maneira harmoniosa com os demais comandos constitucionais, tais como: legalidade, eficiência, razoabilidade, segurança jurídica, impessoalidade e livre concorrência, garantindo que a esfera dos direitos individuais não terá seu núcleo duro vulnerado pela ação do Estado.

A noção de interesse público busca resguardar diferentes interesses em diferentes camadas sociais. Essa dinâmica é bem exemplificada pelo binômio autoridade/liberdade, no qual são garantidos, ao Estado, os meios necessários para resguardar o interesse público e, ao particular, os meios para se proteger de eventuais abusos. Logo, a concretização do interesse público deve observar não só os meios adequados para tanto, mas perseguir a finalidade adequada<sup>26</sup>. Ao afirmar que a ação do Estado deve possuir um fim adequado, torna-se necessário adentrar em uma divisão doutrinária do princípio da supremacia do interesse público em primário e secundário, já que nem sempre a ação do Estado tem como objetivo atender a coletividade diretamente.

Diante disso, a doutrina pátria segue, em sua maioria, a lição de Renato Alessi, para quem o interesse público estaria dividido nessas duas categorias<sup>27</sup>. Para o autor italiano, o interesse público primário corresponde ao cumprimento do disposto em lei, enquanto o secundário seria entendido como a necessidade da administração de obter vantagens para si<sup>28</sup>. Essa diferenciação é de suma importância para a compreensão do agir da administração, destacando que o administrador não pode buscar vantagens para a administração a qualquer custo, desrespeitando os limites estabelecidos na lei e na Constituição. Segundo Lucas

---

<sup>25</sup> FURTADO, op. cit., p. 76.

<sup>26</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 41-42.

<sup>27</sup> ALESSI, Renato apud MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996. 8ª ed., p. 57.

<sup>28</sup> FURTADO, op. cit., p. 73.

Furtado, o processo de realização do interesse público possui três planos sequenciais que devem ser observados para garantir que não ocorra desvio na ação da administração. São eles:

1. *Plano constitucional* - ou dos direitos humanos;
2. *Plano legal*;
3. *Plano econômico* - ou da economicidade.<sup>29</sup>

O plano constitucional tem como base assegurar que as ações do Estado devem ter como objetivo realizar o disposto na Constituição no que diz respeito aos direitos humanos. Adotando esse parâmetro, tem pouca valia o mero cumprimento da lei ou a simples obtenção de vantagem para a administração pública se os direitos humanos são deixados em segundo plano. Como esses estão incorporados à Constituição, não é possível fazer uma leitura isolada do texto sem levar em consideração os demais princípios constitucionais que dialogam com os direitos humanos. Essa superestrutura deve ser observada tanto pelo legislador quanto pelo administrador no exercício de suas funções e na elaboração de leis e de atos administrativos.

O segundo plano, o legal, possui importante papel na garantia de que o previsto no plano constitucional será seguido pela administração. É por meio da lei que as prerrogativas previstas na Constituição ganham contornos e limites operacionais, orientando a criação de normas infralegais para que essas estejam em conformidade com o sistema como um todo.

O terceiro plano para a realização do interesse público consiste na análise da economicidade na atuação da administração pública. A ação estatal não tem como finalidade principal a obtenção do lucro, mas isso não significa que o gestor público não deva pautar suas ações com base na eficiência, eficácia e efetividade da conduta praticada. A atuação estatal necessita analisar qual o custo-benefício de determinada política pública antes de adotá-la, já que os recursos públicos são finitos. A aferição do resultado da ação do agente público também precisa ser averiguada, visando garantir que a política pública foi efetiva.

Dessa forma, a busca pela economicidade obriga o administrador a buscar o caminho mais eficiente para a realização da atividade estatal, ponderando os diversos elementos necessários para tanto<sup>30</sup>. O princípio da eficiência ganhou significativa importância nos anos 90, com a constatação, por muitos países, de que a capacidade de arrecadação estava atingindo níveis intransponíveis, colocando em risco a higidez fiscal do Estado. Não seria possível, portanto, aumentar a carga tributária para fazer frente à demanda por recursos públicos para atender às exigências da sociedade, em razão da necessidade de se observar a capacidade contributiva e a vedação à instituição de impostos confiscatórios. A solução encontrada foi gerir melhor os recursos públicos, planejando os gastos e estabelecendo

---

<sup>29</sup> FURTADO, op cit, p. 74.

<sup>30</sup> Ibid., p. 74-76.

metas<sup>31</sup>. É evidente que a eficiência não possui fim em si mesma, encontrando seu limite na lei e na realização do interesse público. Logo, deve o administrador observar esses limites, não podendo buscar uma solução eficiente que não esteja adequada às necessidades da sociedade. Com base nesse pensamento, fica evidente que a busca pela concretização do interesse público secundário encontra limites claros na lei e principalmente na Constituição. Não pode a administração pautar suas ações e nem construir políticas públicas colocando em primeiro plano a mera obtenção de vantagens para o Estado se o contexto exige o cumprimento de um direito previsto em lei com base na Constituição.

A indisponibilidade do interesse público pode ser entendida, portanto, como a obrigação que possui a administração em exercer as prerrogativas criadas pela lei ou pela Constituição em conformidade com os três níveis de realização do interesse público.<sup>32</sup> O arcabouço jurídico a ser construído em torno de determinada situação reputada relevante pelo constituinte, a ponto de ser submetida ao regime jurídico de direito público, deve observar sempre a realização do interesse público tutelado. Em vista disso, a indisponibilidade do interesse público remonta à ideia de que a construção dos regramentos jurídicos não pode se distanciar dos objetivos previstos na Constituição, sob pena de desvirtuar o interesse público primário para fazer uso das prerrogativas previstas em benefício do interesse público secundário.

O exposto neste capítulo demonstrou que a CF/88 e suas emendas trouxeram modificações no papel da administração na promoção do desenvolvimento econômico. O Estado Social foi marcado por uma atuação direta deste na economia, por meio de empresas estatais, regimes de monopólios e planos econômicos, sustentados por um significativo aumento da carga tributária. O arcabouço jurídico de Direito Administrativo da época regulamentava essa atuação, sendo o meio pelo qual o Estado conduzia sua gradativa expansão sobre as esferas jurídicas antes pertencentes ao indivíduo. No Brasil, princípios como a livre concorrência eram de pouca valia para os administrados que desejassem se opor à política econômica governamental, já que competia ao Estado conduzir setores chave da economia.

Com a Constituição de 1988, esse cenário foi modificado. Apesar do texto constitucional ainda reservar à administração papel importante no campo social e na prestação

---

<sup>31</sup> FURTADO, op. cit., p. 97.

<sup>32</sup> Ibid., p. 77-78.

de serviços públicos, é possível perceber uma significativa abertura, à iniciativa privada<sup>33</sup>, de setores como os de infraestrutura, telecomunicações, petróleo e gás, antes dominados por estatais. Nesse contexto, o princípio da livre concorrência foi ganhando força dentro e fora do Direito Administrativo, como evidencia o aprimoramento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a harmonização dos princípios de Direito Administrativo com os demais previstos na Constituição.

Nesse novo contexto, a compreensão do princípio da supremacia do interesse público ganha novos contornos. Não é mais possível pensar no interesse público dissociado da Constituição como um todo, de modo que a ação da administração deve estar alinhada aos demais princípios previstos na lei maior. A mudança no papel do Estado demonstrou que a participação da iniciativa privada no desenvolvimento dos serviços públicos, antes prestados pelo Estado, está ligada à importância que o princípio da livre concorrência ganhou na seara do Direito Administrativo, sendo razoável pressupor que esse processo continua em marcha.

---

<sup>33</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Linha doutrina: as empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97.

## Capítulo 2 - O regime jurídico das empresas estatais e da gestão das disponibilidades de caixa da administração pública

Primeiramente, antes de ingressar na análise do regime jurídico das empresas estatais e suas particularidades existentes no ordenamento jurídico, é necessário realizar um pequeno apontamento. No presente trabalho, a expressão “empresas estatais” será utilizada para se referir tanto às empresas públicas quanto às sociedades de economia mista, subgrupos cujas distinções dizem respeito à composição do capital social, à forma de organização societária, e, no plano federal, à prerrogativa de foro das empresas públicas na Justiça Federal.

As empresas estatais são entes integrantes da administração pública indireta e são dotadas de personalidade jurídica de Direito Privado (Decreto-Lei nº 200/67), por isso, estão sujeitas ao regime jurídico de direito privado, salvo nas exceções previstas na Constituição e na lei. Essa é a redação do já citado Art. 173, §1º, II da CF<sup>34</sup> disposta nesses termos<sup>35</sup>. Tais empresas somente podem ser criadas mediante lei específica e se destinam a exercer atividades econômicas de natureza empresarial ou prestar serviços públicos, estando a empresa vinculada ao texto normativo que a criou no que diz respeito ao seu escopo de atuação.

Por fazerem parte da administração, é evidente que elas devem observar os princípios gerais do Direito Administrativo<sup>36</sup> (moralidade, publicidade, eficiência, entre outros), por força do Art. 37 da CF, além de estarem sujeitas ao controle externo por parte dos Tribunais de Contas. Mesmo integrando a administração pública, os bens que compõem o patrimônio das empresas estatais não se confundem com o patrimônio público pertencente ao Estado, já que, no momento da integralização do capital, esses bens passam a ser privados e, via de regra, penhoráveis. Não é por outra razão que, a princípio, as empresas estatais estão excluídas do previsto no Art. 100 da CF, que estabelece o regime de precatório como modalidade de pagamento das dívidas da administração reconhecidas em juízo. Todavia, há

---

<sup>34</sup> FURTADO, op. cit., p. 161.

<sup>35</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília - DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 out. 2021. “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

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

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

<sup>36</sup> FURTADO, op. cit., p. 162.

casos em que tais empresas se submetem ao referido regime, o que será explorado mais a frente.

Como exemplifica a questão dos precatórios, o ponto central do debate jurídico acerca das empresas estatais reside no complexo regime jurídico que as tutela, criando regras específicas que ora as aproximam de uma autarquia pública, integrante da administração direta, ora de uma empresa privada<sup>37</sup>. Lucas Furtado identifica bem esse peculiar contexto no caso do cabimento de mandado de segurança contra decisão de empresa pública:

A discussão acerca do regime jurídico a ser observado pelas empresas estatais se torna evidente quando se examina a possibilidade de os atos dos dirigentes serem questionados por meio de mandado de segurança. No caso de concurso público realizado por órgão público integrante da estrutura de pessoa de direito Público, por exemplo, não há dúvida de que é cabível a segurança. Se o concurso público é realizado por empresa pública, a jurisprudência do STJ entende igualmente cabível; se se trata de concurso público realizado por sociedade de economia mista exploradora de atividade empresarial, sob o argumento de que se trata de ato de gestão, o STJ não admite o cabimento da ação. Em relação aos atos praticados por empresas estatais na condução de licitação, o entendimento do STJ é pacífico no sentido de que se tratam de atos de império passíveis de serem atacados por meio de mandado de segurança.<sup>38</sup>

A jurisprudência do STF procurou, ao longo do tempo, construir balizas que conferissem um pouco mais de segurança jurídica ao tema. A Corte, ao julgar os primeiros casos, condicionou a incidência das prerrogativas de direito público às empresas que prestassem serviço público em regime não concorrencial em razão da necessidade de observância do princípio da livre concorrência<sup>39</sup>, já que não seria legítimo conferir vantagem a uma estatal se essa concorresse com empresas privadas<sup>40</sup>.

As repercussões da aplicação de um regime jurídico de Direito público ou privado são significativas para as empresas estatais. Conforme orienta a doutrina clássica administrativista, o Estado responderá de forma objetiva pelos danos causados ao particular em caso de falha na prestação de serviço público. Todavia, mesmo integrando a administração indireta, isso não ocorrerá com a empresa estatal que não preste serviços públicos, obrigando o demandante a comprovar a culpa da empresa, já que o regime jurídico em questão será de Direito privado, salvo exceções. Outro ponto de extrema importância nessa discussão diz respeito ao pagamento das dívidas das estatais, como já abordado anteriormente. A Constituição, no Art. 100, determina que o pagamento dos débitos da administração ocorrerá por meio de precatório, sendo necessário ao credor observar os procedimentos específicos

---

<sup>37</sup> SCHIRATO, op. cit., p. 98.

<sup>38</sup> FURTADO, op. cit., p. 162.

<sup>39</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 1897.

<sup>40</sup> SCHIRATO, op. cit., p. 100-102.

para obter os recursos pleiteados. Esse instrumento permite à administração prorrogar o pagamento de suas dívidas e, por essa razão, é uma das prerrogativas mais importantes conferidas ao Estado, tendo em vista a necessidade de previsão orçamentária. Considerando a complexidade em torno do regime jurídico das estatais, algumas empresas pleitearam na justiça o direito de adimplir seus débitos por meio desse mecanismo, sob a alegação de que a satisfação dos créditos privados não poderia colocar em risco a continuidade da prestação dos serviços públicos<sup>41</sup>.

Julgando alguns casos envolvendo a Empresa Brasileira de Correio e Telégrafos (ECT), distribuidoras de energia elétrica e companhias de saneamento, o STF decidiu que a prerrogativa de pagamento por precatório só é extensível às empresas públicas e sociedades de economia mista com participação estatal no capital social próxima à totalidade, e que prestem serviços públicos em regime não concorrencial, prerrogativa esta que pode ser utilizada apenas em relação aos bens que estejam diretamente ligados à prestação de serviço público. Uma ressalva deve ser feita em relação à ECT, cuja totalidade dos bens é impenhorável, independente de estarem ligados à prestação de serviço público<sup>42</sup>.

Não obstante os critérios definidos pela jurisprudência, na prática surgem muitas dúvidas acerca do regime jurídico incidente, em especial para as empresas estatais que exploram atividade econômica. Não é possível afirmar que existe uma dicotomia clara entre serviços públicos e atividade empresarial, por essa razão, não é contrário ao ordenamento jurídico uma empresa privada prestar um serviço público com a finalidade de lucro. Isso ocorre em setores como o de telecomunicações, transportes e energia, nos quais a Constituição permite que esses serviços públicos sejam transferidos à iniciativa privada. Segundo a posição de Lucas Furtado, para definir se uma empresa faz jus ou não às prerrogativas da administração pública, é fundamental definir se há concorrência com a iniciativa privada em prestígio ao princípio da livre concorrência. Se não houver concorrentes, a lei pode prever a incidência das prerrogativas da administração pública para além daquelas já previstas na Constituição. Caso haja concorrência, isso não é possível<sup>43</sup>. Como já destacado acima, esse não é o entendimento do STF, que afirma ser necessária a prestação de um serviço público pela empresa para que as prerrogativas sejam concedidas.

No tocante ao dever de licitar, mais uma vez é possível observar as peculiaridades do regime jurídico das estatais com base na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Sob

---

<sup>41</sup> FURTADO, op cit, p. 166.

<sup>42</sup> FURTADO, loc. cit..

<sup>43</sup> Ibid., p. 169.

o regime da então vigente Lei nº 8.666/1993, aplicada por analogia para o procedimento licitatório no âmbito das empresas estatais, o TCU construiu o entendimento de que as estatais que exploram atividade empresarial não necessitam seguir o disposto na lei quando celebrarem contrato referente à atividade-fim da empresa, devendo apenas seguir os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência nesse processo. Nos demais casos, o disposto na Lei nº 8.666/1993 deve ser obedecido<sup>44</sup>. Uma vez que o funcionamento de uma empresa é distinto do de uma autarquia, se a Lei nº 8.666/1993 fosse seguida à risca, as estatais seriam afetadas, já que algumas regras da lei atravancariam o funcionamento dessas empresas. Portanto, era necessário que fossem criadas hipóteses de não incidência da regra geral, visando ao bom funcionamento das estatais e à manutenção da sua competitividade. Não é por outra razão que a Lei das estatais (nº 13.303/2016) impõe ao administrador, expressamente nos artigos 31 e 32, a busca por maiores eficiência e competitividade na realização de certames licitatórios<sup>45</sup>.

Em linhas gerais, é possível afirmar que o complexo regime jurídico das estatais harmoniza três contextos fáticos: a proteção ao patrimônio público e ao interesse público primário; a garantia de que as regras de direito público não serão obstáculos à competitividade da empresa, em especial se houver concorrência com a iniciativa privada; e a garantia de que as prerrogativas de Direito público não poderão ser utilizadas pelas estatais para criar vantagens injustas face à concorrência e aos credores. Como demonstrado, o equilíbrio desses três elementos está sempre em constante mudança, principalmente em razão do papel da jurisprudência na definição dos limites dos dispositivos previstos na Constituição e nas leis que regulam as estatais. Nesse sentido, os reflexos da mudança do papel do Estado na economia podem ser observados em especial no tocante à proteção do princípio da livre concorrência e da proteção do interesse público primário. Todavia, independentemente das diversas alterações que o regime jurídico das Estatais vem sofrendo, um importante ponto

---

<sup>44</sup> FURTADO, op cit, p. 173.

<sup>45</sup> BRASIL. Lei Federal nº 13.303, de 30 de julho de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm). Acesso em: 16 out. 2021.

“Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

II - busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;”

permaneceu inalterado desde os anos 80: a gestão da disponibilidade de caixa dessas empresas nos termos do artigo 164 § 3º da CF/88.

Inicialmente, é preciso destacar que o presente trabalho apenas analisará o comando constitucional em referência a partir da ótica das empresas públicas, logo, questões atinentes aos demais entes integrantes da administração não serão abordadas. O artigo 164 § 3º da Constituição determina no que a administração pública direta e indireta deve obrigatoriamente depositar seus recursos. O comando é claro, as empresas controladas pelo poder público deverão depositar suas disponibilidades de caixa nas denominadas instituições financeiras oficiais<sup>46</sup>. De caráter eminentemente regulatório, Canotilho afirma que o status constitucional dessa norma se deu em razão de *lobbies* setoriais e pressões políticas<sup>47</sup>. O motivo para isso é muito simples, essas poucas linhas são responsáveis por direcionar centenas de bilhões de reais em recursos para alguns bancos de forma obrigatória, mitigando preocupações com questões comerciais e concorrenciais para angariar esses valores. Para além do seu conteúdo normativo, a presente norma pode ser classificada pela doutrina como de reprodução obrigatória pelo poder constituinte decorrente<sup>48</sup>. Dessa forma, é possível encontrar nas Constituições estaduais dispositivos semelhantes. Um exemplo é o artigo 144 § 2º da Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF), que submete as disponibilidades de caixa<sup>49</sup> da administração pública do DF ao Banco de Brasília S.A. (BRB). Apesar do comando do § 3º ser direto, três pontos merecem uma análise mais detalhada. O primeiro diz respeito ao conceito de “disponibilidades de caixa”, o segundo às “instituições financeiras oficiais” e o terceiro às exceções ao regramento principal que podem ser criadas por lei.

Recentemente, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, por meio da Consulta 881648/16, formulada<sup>50</sup> pelo Município de Guarapuava, foi instado a se pronunciar acerca da extensão do conceito de disponibilidades de caixa. A prefeitura procurava aumentar suas receitas financeiras e, para isso, cogitou licitar suas movimentações para bancos privados que, em razão da concorrência, pagariam melhores taxas de retorno em comparação às instituições

---

<sup>46</sup> CANOTILHO, op cit, p. 1861.

<sup>47</sup> Ibid., p. 1862.

<sup>48</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1555. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618088/>. Acesso em 19 out. 2021.

<sup>49</sup> DISTRITO FEDERAL. *Lei Orgânica do Distrito Federal*, 1993. Disponível em: <http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=0&txtAno=0&txtTipo=290&txtParte=>>. Acesso em 19 out. 2021.

<sup>50</sup> PARANÁ, Tribunal de Contas Estadual. Processo nº 881648/16. Acórdão nº 1811/18 - Tribunal Pleno. Relator: Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Guarapuava, 5 de julho de 2018. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2018/7/pdf/00329933.pdf>. Acesso em 19 out. 2021.

financeiras oficiais. Por causa da jurisprudência do STF<sup>51</sup> acerca da matéria, seria necessário definir quais tipos de divisas deveriam seguir obrigatoriamente o regramento do artigo 164 § 3º e quais estariam dispensados de tal regulamentação. No acórdão, o TCE, com base em julgados do STF, destacou que o conceito do § 3º não abrange todos os numerários da administração. Dessa forma, valores relativos ao salário do funcionalismo e ao pagamento de faturas já empenhadas estão excluídos da obrigatoriedade de depósito em instituições financeiras oficiais, podendo ser licitados à iniciativa privada. Já valores referentes a ativos de maneira geral, aplicações e poupança só podem ser depositados nos bancos públicos. Feito esse esclarecimento acerca do primeiro conceito chave do artigo 164 § 3º, a próxima etapa passa a ser a construção do conceito de instituições financeiras oficiais.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a se pronunciar acerca do significado desse termo em razão das privatizações dos bancos públicos estaduais no final dos anos 1990. Tradicionalmente, essas instituições, em conjunto com a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil, eram responsáveis por gerir as contas da administração pública direta e indireta. Com a privatização de alguns bancos públicos estaduais e a posterior compra das operações por grandes bancos privados, surgiu um dilema. O controle acionário estatal seria condição obrigatória para que um banco fosse uma instituição financeira oficial? Ou seja, poderia um banco privado realizar a gestão da disponibilidade de caixa da administração pública direta e indireta? O Supremo entendeu que não. A Corte, ao julgar uma série de casos<sup>52</sup> sobre o assunto, destacou que somente os bancos públicos seriam instituições financeiras oficiais,

---

<sup>51</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR AI: 837677 MA - MARANHÃO, Relatora: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 03/04/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-089 08-05-2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864461850/agreg-no-agravo-de-instrumento-agr-ai-837677-ma-maranhao/inteiro-teor-864461860?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 out.2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE: 444056 MG, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 03/10/2005, Data de Publicação: DJ 17/10/2005 PP-00104. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14786982/recurso-extraordinario-re-444056-mg-stf>>. Acesso em: 21 out. 2021.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 3075 PR, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 24/09/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25308840/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3075-pr-stf/inteiro-teor-150388283>>. Acesso em 21 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC: 3578 DF, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 14/09/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 24-02-2006 PP-00006 EMENT VOL-02222-01 PP-00182. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763185/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-3578-df/inteiro-teor-100479346>>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL: 3.872 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 14/12/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12-05-2006 PP-00005 EMENT VOL-02232-02 PP-00242 LEXSTF v.28, n.330, 2006, p. 138-160. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14734826/agregna-reclamacao-rcl-3872-df/inteiro-teor-103120727>>. Acesso em: 23 out. 2021.

nesse sentido estão as Medidas Cautelares deferidas nos autos da ADI 2.600<sup>53</sup> e da ADI 2.661<sup>54</sup>. Em ambos os casos, discutia-se a inconstitucionalidade de dois diplomas normativos: uma Emenda Constitucional à Constituição Estadual do Espírito Santo no primeiro caso, e uma lei estadual do Maranhão no segundo, em que ambas autorizavam a realização do depósito do caixa da administração na instituição adquirente dos bancos estaduais privatizados.

O versado nos processos em questão nos permite um gancho com o terceiro ponto a ser analisado, a possibilidade de exceção ao regramento principal mediante lei. Conforme os julgados citados, o STF entendeu que seria possível editar um regramento criando as hipóteses de exceção ao regramento principal, desde que tal diploma fosse lei federal. Dessa forma, leis estaduais e emendas às Constituições Estaduais não seriam os mecanismos adequados para que o legislador editasse tais hipóteses. O pano de fundo desses debates que ocorreram na Suprema Corte, como já citado, foi o processo de privatização dos bancos estaduais. Em razão da interpretação restritiva do conceito de entidades financeiras oficiais, surgiu a necessidade de editar o regramento de exceção ao comando do § 3º, em razão de os principais interessados na compra dos bancos públicos serem grandes instituições financeiras privadas. A edição da Medida Provisória nº 2.192-70/2001<sup>55</sup> procurou balizar esse cenário, estipulando as regras que deveriam ser obedecidas para que as aquisições das operações fossem possíveis. Nos seus artigos 4, § § 1º e 2º, a MP estabeleceu que:

---

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 2600 ES, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 24/04/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 25-10-2002 PP-00024 EMENT VOL-02088-01 PP-00197. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14748438/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2600-es/inteiro-teor-103133869>>. Acesso em 21 out. 2021.

“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Cautelar. Artigo 3º da Emenda Constitucional nº 37, do Estado do Espírito Santo. Nova redação conferida 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, sejam depositadas na instituição financeira que vier a possuir a maioria do capital social do BANESTES, decorrente de sua privatização, na forma definida em lei. Aparente ofensa ao disposto no art. 164, § 3º da Constituição, segundo o qual as disponibilidades financeiras de Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como as dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, devem ser depositadas em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei. Tal lei exceptiva há que ser a lei ordinária federal, de caráter nacional. Existência, na Lei Complementar federal nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), de previsão segundo a qual as disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3º do art. 164 da Constituição (art. 43, *caput*). Ofensa, ademais, ao princípio da moralidade previsto no artigo 37, *caput*, da Carta Política. Medida Cautelar deferida.”

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 2661 MA, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 05/06/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-08-2002 PP-00070 EMENT VOL-02079-01 PP-00091. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774156/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2661-ma>>. Acesso em 21 out. 2021.

<sup>55</sup> BRASIL. Provisória nº 2.192-70, de 24 de agosto de 2001. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 ago. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/antigas\\_2001/2192-70.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2192-70.htm)>. Acesso em: 19 out. 2021.

§ 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.

§ 2º A transferência das disponibilidades de caixa para instituição financeira oficial, na hipótese de que trata o § 1º, deverá seguir cronograma aprovado pelo Banco Central do Brasil, consoante critérios estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional.

A análise desses dois parágrafos necessita de algumas considerações. Verifica-se a intenção do poder público de solucionar um problema prático: como permitir a privatização sem interromper a prestação de serviços bancários à administração ou sem obrigar a abrupta migração do principal cliente do banco privatizado para outra instituição financeira? O disposto no parágrafo 1º criou uma exceção abrangente ao regramento do § 3º do artigo 164, permitindo à administração como um todo continuar operando por meio do banco privatizado até o final do exercício de 2010. No tocante ao § 2º, é possível perceber uma preocupação com a higidez financeira do banco privatizado, já que uma migração não escalonada de um volume elevado de recursos poderia comprometer a liquidez da instituição financeira.

Na prática, a exceção criada pela norma em questão possui um caráter transitório e procura solucionar um problema jurídico pontual no processo de privatização dos bancos estaduais. Logo, não é possível afirmar que a MP tinha como objetivo criar um segundo regime jurídico duradouro da gestão das disponibilidades de caixa da administração, já que, após 2010, as contas deveriam migrar para uma instituição financeira oficial. Não obstante o caráter transitório da norma, na ADI 3.578, o STF suspendeu a eficácia do § 1º via medida cautelar. Com base nos acórdãos das ADI 2.600 e da ADI 2.661, o relator do caso, Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu que a restrição imposta pela MP esvaziaria por completo o comando constitucional do § 3º do artigo 164 da CF. Nesse sentido, o voto da Ministra Ellen Gracie na ADI 2.600, colacionado aos autos pelo relator, destaca que a restrição imposta pela Constituição seria benéfica ao Estado, já que ela garantiria uma melhor administração dos bens públicos, em especial na esfera municipal<sup>56</sup>. A ministra vai além, afirmando que eventual

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC: 3578 DF, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 14/09/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 24-02-2006 PP-00006 EMENT VOL-02222-01 PP-00182. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763185/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-3578-df/inteiro-teor-100479346>>. Acesso em: 20 out. 2021.

“EMENTA: I. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade: caso de excepcional urgência, que autoriza a decisão liminar sem audiência dos partícipes da edição das normas questionadas (LADIn, art. 10, § 3º), dada a iminência do leilão de privatização do controle de instituição financeira, cujo resultado poderia vir a ser comprometido com a concessão posterior da medida cautelar. II. Desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista: alegação de exigência constitucional de autorização legislativa específica, que - contra o voto do relator - o Supremo Tribunal tem rejeitado; caso concreto, ademais, no qual a transferência do controle da instituição financeira, do Estado-membro para a União, foi autorizada por lei estadual (conforme

lei federal que venha a regulamentar a exceção a ser criada deverá obrigatoriamente observar o princípio da moralidade administrativa para não instituir privilégio indevido destituído de causa legítima em favor de instituição financeira privada. Portanto, a Corte entendeu que a exceção criada pela MP estaria em desacordo com a Constituição, já que tornaria sem efeito, mesmo que por tempo determinado, o comando constitucional. Desse entendimento é possível extrair que o Supremo claramente indicou que o controle estatal de uma instituição bancária conferiria, por si só, melhores condições de gestão aos recursos públicos, motivo esse que justificaria a manutenção da regra prevista na Constituição. Portanto, a edição da excepcionalidade prevista na CF/88 por lei encontra seus limites na própria *ratio* do artigo que prevê a possibilidade de exceção, bem como nos princípios e valores que são protegidos pela regra geral, mais notadamente a proteção ao patrimônio público. É evidente que, além disso, a regra a ser editada deve possuir sólida justificativa e estar em conformidade com os demais princípios previstos na Constituição.

Ainda no âmbito legal, além da MP nº 2.192-70/2001, é possível encontrar regulação expressa da gestão das disponibilidades de caixa da administração<sup>57</sup> pública no Decreto-Lei nº 1.290/1973. O referido diploma normativo “Dispõe sobre a aplicação financeira de disponibilidades pelas entidades da Administração Federal Indireta, bem como pelas Fundações supervisionadas pela União e dá outras providências.”. Apesar de ser anterior à CF/88, verifica-se que a norma guarda semelhança com o atual comando do Art. 164 § 3º, uma vez que determinava às empresas estatais, controladas pela União, a obrigatoriedade de compra de títulos de tesouro nacional como a única forma de investimento adequada. Verifica-se a mesma preocupação do legislador em resguardar o patrimônio público por meio da obrigatoriedade de utilização de mecanismos estatais para a realização de investimentos, sendo vedada a participação da iniciativa privada. Ainda de forma análoga ao Art. 164 § 3º da

---

exigência do art. 4º, I, a, da MPr 2.192-70/01 - PROES) e a subsequente privatização pela União constitui a finalidade legal específica de toda a operação; indeferimento da medida cautelar com relação ao art. 3º, I, da MPr 2.192-70/01, e ao art. 2º, I, II e IV, da L. 9.491/97. III. Desestatização: manutenção na instituição financeira privatizada das disponibilidades de caixa da administração pública do Estado que detinha o seu controle acionário (MPr 2.192-70/01, art. 4º, § 1º), assim como dos depósitos judiciais (MPr 2.192-70/01, art. 29): autorização genérica, cuja constitucionalidade - não obstante emanada de diploma legislativo federal - é objeto de questionamento de densa plausibilidade, à vista do princípio da moralidade - como aventado em precedentes do Tribunal (ADIn 2.600-MC e ADIn 2.661-MC) - e do próprio art. 164, § 3º, da Constituição - que não permitiria à lei, ainda que federal, abrir exceção tão ampla à regra geral, que é a de depósitos da disponibilidade de caixa da Administração Pública em instituições financeiras oficiais; aparente violação, por fim, da exigência constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI); ocorrência do *periculum in mora*: deferimento da medida cautelar para suspender ex nunc a eficácia dos arts. 4º, § 1º, e 29 e parágrafo único do ato normativo questionado (MPr 2.192/70/01).

<sup>57</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 1.290, de 3 de dezembro de 1973. Dispõe sobre a aplicação financeira de disponibilidades pelas entidades da Administração Federal Indireta, bem como pelas Fundações supervisionadas pela União e dá outras providências. Brasília, 3 de dezembro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/De11290.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De11290.htm)>. Acesso em: 19 out. 2021.

CF/88, o Art. 4º do referido Decreto-Lei<sup>58</sup> também trazia a possibilidade de criação de exceção ao regramento geral do Art. 3º. O Conselho Monetário Nacional podia autorizar, excepcionalmente, o descumprimento da regra geral, nas hipóteses que entendesse relevante.

Nos anos 2000, uma importante estatal brasileira, a Petrobras, requereu ao Conselho Monetário Nacional, com base na alínea c do Art. 4º, a possibilidade de investimento de suas disponibilidades de caixa em títulos da dívida pública livremente no mercado financeiro, e não somente nas disponibilizadas pelo Banco do Brasil. Além da presença do comando do Art. 164 § 3º na regulamentação das disponibilidades de caixa da Petrobras, vale transcrição dos motivos indicados pela empresa para requerer a flexibilização em questão<sup>59</sup>:

A referida empresa, fundamentando seu pedido, alega que:

- a) A falta de flexibilidade para escolha da instituição onde aplicar as disponibilidades financeiras, constitui-se em forte fator de redução da eficiência da entidade;
- b) A maior liberdade de atuação da PETROBRAS junto ao mercado financeiro é primordial à melhoria de sua performance, principalmente quando se considera o alto grau de competitividade nos ramos de sua atividade a partir da promulgação da nova Lei do Petróleo e;
- c) O fato de estarem os recursos depositados no Banco do Brasil, acarreta uma perda adicional da ordem de R\$ 10 milhões/ano nas operações de fechamento de câmbio, devido à exclusividade do Banco do Brasil na disponibilidade dos recursos em reserva.

Retornando ao debate proposto tanto no acórdão do TCE do Paraná quanto nas ADIs citadas anteriormente, destaca-se a conexão entre o dever de licitar e a escolha da entidade financeira oficial que fará a gestão das disponibilidades de caixa. Em ambos os casos, é pacífico o entendimento de que as disponibilidades de caixa da administração deverão ser geridas por bancos públicos, mas, indo além, o TCE afirma que a escolha dessas entidades deve se dar por meio de processo licitatório, visando resguardar os princípios do interesse público primário, da moralidade, impessoalidade e eficiência. Como as instituições financeiras oficiais exercem atividade empresarial em regime concorrencial, não seria possível aplicar a elas o regime da contratação direta prevista no Art. 24, VIII da Lei nº 8.666/1993<sup>60</sup>. Esse entendimento visa resguardar os interesses da administração pública, já que o processo licitatório tem como objetivo permitir a contratação do serviço pelos valores

---

<sup>58</sup> "Art. 4º Em casos excepcionais, o Conselho Monetário Nacional poderá autorizar o levantamento de: c) proibições de que trata o artigo 3º deste Decreto-lei".

<sup>59</sup> BRASIL. Banco Central do Brasil, ofício nº 176/2000, Voto do Diretor Luiz Fernando Figueiredo, em 16/05/2000. Disponível em: <[http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/1230347/RESPOSTA\\_PEDIDO\\_Voto\\_1762000\\_CMN\\_Anexo0632000.pdf](http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/1230347/RESPOSTA_PEDIDO_Voto_1762000_CMN_Anexo0632000.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2021.

<sup>60</sup> PARANÁ. op. cit.

mais benéficos, garantindo uma melhor utilização dos recursos públicos. Na mesma linha, está o entendimento do STF na ADI 3.578. Ao deferir a Medida Cautelar para suspender a eficácia da MP 2.192-70/2001, a Corte destacou que não seria possível atrelar a gestão do caixa do Estado ao ativo do banco a ser privatizado, em razão das disponibilidades serem de titularidade da administração e não do banco e que, portanto, deveriam passar por processo licitatório próprio<sup>61</sup>.

Se o procedimento licitatório é necessário para a escolha da entidade financeira oficial que fará a gestão do caixa da administração, mereceria um estudo mais aprofundado a presença de eventual inconstitucionalidade material no já referido artigo 144 § 2º da Lei Orgânica do Distrito Federal<sup>62</sup> (LODF). Diferentemente da Constituição Federal no artigo 164 § 3º, a LODF indica expressamente em qual banco as disponibilidades de caixa da administração direta e indireta serão depositadas sem a realização de qualquer certame licitatório. Dessa forma, esse artigo estaria em suposta desconformidade com o comando do artigo 37, XXI da CF<sup>63</sup>, que, à luz dos julgados trazidos acima, deve ser respeitado. Vale destacar que a indicação expressa de entidade bancária oficial pelo constituinte decorrente não é a regra, já que, na maioria dos casos, as Constituições Estaduais seguem o disposto na Constituição Federal. Das 27 unidades da federação, Distrito Federal, São Paulo<sup>64</sup>, Rio de Janeiro<sup>65</sup>, Tocantins<sup>66</sup>, Sergipe<sup>67</sup>, Rio Grande do Norte<sup>68</sup>, Maranhão<sup>69</sup>, Rondônia<sup>70</sup> e

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC: 3578 DF, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 14/09/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 24-02-2006 PP-00006 EMENT VOL-02222-01 PP-00182. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763185/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-3578-df/inteiro-teor-100479346>. Acesso em: 20 out. 2021.

<sup>62</sup> “§ 2º A disponibilidade de caixa e os recursos colocados à disposição dos órgãos da administração direta, bem como das autarquias e fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e das empresas públicas e sociedades de economia mista e demais entidades em que o Distrito Federal, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, serão depositados e movimentados no Banco de Brasília S.A., ressalvados os casos previstos em lei.”

<sup>63</sup> “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

<sup>64</sup> SÃO PAULO. Constituição (1989). *Constituição do Estado de São Paulo*, art. 173. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>65</sup> RIO DE JANEIRO. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*, art. 364, parágrafo único. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>66</sup> TOCANTINS. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Tocantins*, art. 79. Disponível em: <https://central3.to.gov.br/arquivo/470931>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>67</sup> SERGIPE. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Sergipe*, art. 148, parágrafo único. Disponível em: <https://al.se.leg.br/wp-content/uploads/2019/09/constituicao%20C3%A7%20C3%A3o-site.pdf>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>68</sup> RIO GRANDE DO NORTE. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Rio Grande do Norte*, art. 105. Disponível em: <http://www.al.rn.gov.br/documentos/Constituicao-RN.pdf>. Acesso em: 21 out.2021.

Amazonas<sup>71</sup> indicam expressamente os bancos nos quais serão depositadas suas disponibilidades de caixa, enquanto Rio Grande do Sul<sup>72</sup>, Paraná<sup>73</sup>, Santa Catarina<sup>74</sup>, Mato Grosso do Sul<sup>75</sup>, Mato Grosso<sup>76</sup>, Espírito Santo<sup>77</sup>, Minas Gerais<sup>78</sup>, Goiás<sup>79</sup>, Bahia<sup>80</sup>, Piauí<sup>81</sup>, Pernambuco<sup>82</sup>, Paraíba<sup>83</sup>, Ceará<sup>84</sup>, Roraima<sup>85</sup>, Amapá<sup>86</sup> e Pará<sup>87</sup> utilizam a lógica da Constituição Federal com algumas alterações na redação dos artigos, sendo que os Estados de

<sup>69</sup> MARANHÃO. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Maranhão*, art. 134. Disponível em: <[https://www.stc.ma.gov.br/files/2013/03/CONSTITUI%C3%87%C3%83O-DO-ESTADO-DO-MARANH%C3%83O\\_atualizada\\_at%C3%A9\\_emenda69.pdf](https://www.stc.ma.gov.br/files/2013/03/CONSTITUI%C3%87%C3%83O-DO-ESTADO-DO-MARANH%C3%83O_atualizada_at%C3%A9_emenda69.pdf)>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>70</sup> RONDÔNIA. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Rondônia*, art. 133. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/constituicao-estadual>>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>71</sup> AMAZONAS. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Amazonas*, art. 156 § 1º e 2º. Disponível em: <<http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2019/01/Constituicao-Estado-Amazonas-atualizada-ate-a-EC-108-de-2018.pdf>>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>72</sup> RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*, art. 147. Disponível em: <[http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X\\_3esaNg%3d&tabid=3683&mid=5358](http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%3d&tabid=3683&mid=5358)>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>73</sup> PARANÁ. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Paraná*, art. 240. Disponível em: <<https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&codAto=9779&codItemAto=97592>>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>74</sup> SANTA CATARINA. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Santa Catarina*, art. 116. Disponível em: <[http://www.alesc.sc.gov.br/sites/default/files/CESC\\_2021\\_-\\_80\\_emds.pdf](http://www.alesc.sc.gov.br/sites/default/files/CESC_2021_-_80_emds.pdf)>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>75</sup> MATO GROSSO DO SUL. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul*, art. 162, II. Disponível em: <[https://al.ms.gov.br/upload/Pdf/2019\\_07\\_15\\_05\\_15\\_11\\_constituicao-do-estado-de-mato-grosso-do-sul-1989.pdf](https://al.ms.gov.br/upload/Pdf/2019_07_15_05_15_11_constituicao-do-estado-de-mato-grosso-do-sul-1989.pdf)>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>76</sup> MATO GROSSO. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Mato Grosso*, art. 171, § 1º e 2º. Disponível em: <[https://www.al.mt.gov.br/arquivos/legislacao/constituicao\\_estadual.pdf](https://www.al.mt.gov.br/arquivos/legislacao/constituicao_estadual.pdf)>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>77</sup> ESPÍRITO SANTO. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Espírito Santo*, art. 148. Disponível em: <[https://www.al.es.gov.br/appdata/anexos\\_internet/downloads/c\\_est.pdf](https://www.al.es.gov.br/appdata/anexos_internet/downloads/c_est.pdf)>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>78</sup> MINAS GERAIS. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Minas Gerais*, art. 75. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>79</sup> GOIÁS. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Goiás*, art. 109, parágrafo único. Disponível em: <[http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/constituicoes/constituicao\\_1988.htm#:~:text=DOS%20PRINC%C3%8DPIOS%20FUNDAMENTAIS-,Art.,seu%20hino%20e%20suas%20armas.](http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/constituicoes/constituicao_1988.htm#:~:text=DOS%20PRINC%C3%8DPIOS%20FUNDAMENTAIS-,Art.,seu%20hino%20e%20suas%20armas.)>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>80</sup> BAHIA. Constituição (1989). *Constituição do Estado da Bahia*, art. 157. Disponível em: <[https://www.al.ba.gov.br/fserver:/imagensAlbanet:upload:Constituicao\\_2018\\_EC\\_251.pdf](https://www.al.ba.gov.br/fserver:/imagensAlbanet:upload:Constituicao_2018_EC_251.pdf)>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>81</sup> PIAUÍ. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Piauí*, art. 177. Disponível em: <<http://www.cge.pi.gov.br/legis/legislacao/constituicao-do-estado-do-piaui-2013.pdf>>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>82</sup> PERNAMBUCO. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Pernambuco*, art. 133. Disponível em: <<https://www.alepe.pe.gov.br/wp-content/uploads/2015/05/constituicaoestadual.pdf>>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>83</sup> PARAÍBA. Constituição (1989). *Constituição do Estado da Paraíba*, art. 175. Disponível em: <<http://www.al.pb.leg.br/wp-content/uploads/2017/02/Constitui%C3%A7%C3%A3o-Estadual-Atualizada-at%C3%A9-a-Emenda-40-de-2015.pdf>>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>84</sup> CEARÁ. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Ceará*, art. 42 § 6º. Disponível em: <<https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Const-2015-260-200-Atualizada-emenda-86-4.pdf>>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>85</sup> RORAIMA. Constituição (1991), *Constituição do Estado de Roraima*, art. 111, § 1º e 2º. Disponível em: <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70439/CE\\_RR\\_EC\\_75-2021.pdf?sequence=21&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70439/CE_RR_EC_75-2021.pdf?sequence=21&isAllowed=y)>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>86</sup> AMAPÁ. Constituição (1991). *Constituição do Estado do Amapá*, art. 184. Disponível em: <[http://www.al.ap.gov.br/constituicao\\_estadual\\_amapa.pdf](http://www.al.ap.gov.br/constituicao_estadual_amapa.pdf)>. Acesso em: 21 out.2021.

<sup>87</sup> PARÁ. Constituição (1989), *Constituição do Estado do Pará*, art. 202, V. Disponível em: <<https://www.sistemas.pa.gov.br/sisleis/legislacao/228>>. Acesso em: 21 out.2021.

Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Piauí, Pernambuco e Amapá modificaram suas Constituições para excluir a obrigatoriedade de depósito em seus bancos estaduais.

Uma ressalva deve ser feita à Constituição do Mato Grosso — que prevê a possibilidade de participação de instituição financeira privada com 50% do capital detido por brasileiros, a despeito de eventual discussão acerca da constitucionalidade desse trecho —, bem como à Constituição do Acre, que possui um regramento próprio<sup>88</sup>.

No capítulo em questão, foram tratadas duas questões: o regime jurídico das empresas estatais e suas particularidades e o regime jurídico da gestão das disponibilidades de caixa da administração pública, conforme a doutrina e a jurisprudência.

As empresas estatais, divididas em empresas públicas e sociedades de economia mista, destinam-se à prestação de um serviço público ou ao exercício de uma atividade empresarial de relevante interesse social ou em prol da segurança nacional, mediante autorização legislativa para sua criação. No tocante ao regime jurídico, principal ponto de debate na doutrina sobre o tema, entende-se atualmente que o regime jurídico dessas empresas é híbrido e varia conforme o contexto. Sociedades que prestam serviço público em regime não concorrencial, não auferem lucro e possuem participação societária privada desprezível podem fazer uso das prerrogativas da administração pública via de regra, se previstas em lei, a despeito de serem pessoa jurídica de Direito privado. Caso distinto é o das empresas estatais que concorrem com empresas privadas no mercado, seja na prestação de um serviço público ou em uma atividade empresarial, já que o princípio da livre concorrência não pode ser afastado, sob pena de descumprir a Constituição. No que diz respeito à aplicação da Lei nº 8.666/1993, verifica-se a preocupação do TCU na proteção da eficiência e da competitividade dessas empresas em relação à concorrência, já que as regras de Direito público não devem ser um empecilho ao bom desenvolvimento das atividades empresariais.

O tema abordado ainda gera debates, principalmente após a edição da Lei 13.303/2016, que optou por ignorar tal diferença e submeteu todas as estatais a um mesmo regime de licitação<sup>89</sup>. Parte da doutrina sustenta que o Supremo deve rever sua jurisprudência e não mais classificar as estatais conforme a atividade exercida, uma vez que a concessão de prerrogativas da fazenda pública a algumas empresas provoca distorções no mercado, todavia,

---

<sup>88</sup> ACRE. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Acre*, art. 149, incisos I, II, III, IV e parágrafo único. Disponível em: [http://www.al.ac.leg.br/wp-content/uploads/2014/10/constitui%C3%A7%C3%A3o\\_atualizada.pdf](http://www.al.ac.leg.br/wp-content/uploads/2014/10/constitui%C3%A7%C3%A3o_atualizada.pdf). Acesso em 21 out.2021.

<sup>89</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Estatuto jurídico das estatais erra ao fixar normas homogêneas de licitação. *ConJur*, 28 de Agosto de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-28/estatuto-juridico-estatais-erra-fixar-normas-homogeneas>. Acesso em 21 out. 2021.

essa continua a ser a posição majoritária no STF<sup>90</sup>. No que tange à aplicação da Lei nº8.666/1993, verifica-se a preocupação do TCU na proteção da eficiência e da competitividade dessas empresas em relação à concorrência, já que as regras de Direito público não devem ser um empecilho ao bom desenvolvimento das atividades empresariais. Tal preocupação continua presente nos Arts. 31 e 32 da Lei 13.303/2016.

No que diz respeito ao segundo tema, verificou-se que o regime jurídico da gestão das disponibilidades de caixa previsto na Constituição aplica-se para a administração pública como um todo no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios. A lógica do artigo estabelece a premissa de que a obrigatoriedade de contratação dos bancos públicos para essa atividade conferiria maior higidez às contas públicas e impediria desvios espúrios na utilização desses recursos, nos termos da jurisprudência do STF. Eventual exceção a essa regra deve ser elaborada com parcimônia e com base em sólida justificativa, já que não é possível à lei esvaziar o comando constitucional por completo. Nesse sentido, deve o legislador, na edição desse regramento, guardar profunda conexão com o princípio da supremacia do interesse público, pedra de toque na condução do trabalho da administração, inclusive na seara legislativa.

Com relação à incidência do comando do Art. 164 § 3º da Constituição às empresas estatais de forma específica, não foi possível localizar na jurisprudência e na doutrina menções específicas à relação entre ambos. Tradicionalmente, faz-se uma leitura ampla do artigo, abarcando a administração pública direta e indireta como um todo, incluindo as empresas públicas e as sociedades de economia mista de forma geral nesse regulamento. Todavia, como demonstrar-se-á no capítulo seguinte, esse tema merece uma discussão mais aprofundada. A difusão do princípio da livre concorrência, em conjunto com o princípio da subsidiariedade, é uma das tendências do Direito Administrativo, como retratado no capítulo anterior. Entretanto, não é possível perceber uma grande influência desses princípios na interpretação do Art. 164 § 3º em comparação a outros ramos do Direito Administrativo. Esse fato estaria ocasionando distorções importantes nas atividades de algumas empresas estatais, bem como na concorrência no mercado bancário e na qualidade da prestação de serviços públicos ao cidadão.

---

<sup>90</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda. Empresas estatais: classificação em cheque. *JOTA*, 10 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/empresas-estatais-classificacao-em-cheque-10112020>. Acesso em: 21 out. 2021.

### **Capítulo 3 - Da necessidade de elaboração da regra de exceção ao Art. 164 § 3º da CF em observância aos princípios da livre concorrência, eficiência e supremacia do interesse público e os possíveis impactos ocasionados por essa conduta**

Como já destacado, o princípio da livre concorrência vem ganhando espaço no Direito Administrativo. Ele contribuiu para a redução do papel do Estado na condução direta da economia, levando à privatização de empresas e ao fim de regimes de monopólios da administração. No que diz respeito às empresas estatais, esse princípio protege a isonomia entre essas empresas e suas concorrentes privadas, impossibilitando a concessão de prerrogativas típicas da administração pública às estatais nos casos em que se verifica presença de competição com os demais *players* do mercado. É evidente que a promoção da livre concorrência não é um fim em si mesmo, mas deve estar em conformidade com os demais princípios constitucionais inerentes à seara administrativa, em especial os princípios da supremacia do interesse público primário, da moralidade, da eficiência e da livre iniciativa.

O capítulo anterior demonstrou as principais características da gestão das disponibilidades de caixa da administração pública, bem como sua relação com o regime jurídico das estatais. Do exposto, é possível extrair que a obrigatoriedade dos depósitos nos bancos públicos está intimamente relacionada à ideia de que tais instituições financeiras fariam uma melhor gestão desses recursos, evitando desvios e ilegalidades. É inegável que essa finalidade deve ser buscada, já que a higidez na gestão das disponibilidades de caixa está em profunda conexão com o princípio da moralidade. Todavia, um questionamento precisa ser feito. Por que somente os bancos públicos teriam essa capacidade? O que tais instituições possuiriam de especial que as diferenciariam de suas concorrentes na iniciativa privada, ao ponto de o STF afirmar que somente os bancos estatais seriam instituições financeiras oficiais para fins do Art. 164 § 3º da Constituição?

A resposta para tal questionamento não é simples e muito menos direta. Diversos elementos influenciaram nesse entendimento, dessa forma, não pretende o presente trabalho esgotá-lo, apenas destacar alguns pontos relevantes para estimular a discussão. Inicialmente, um argumento central merece destaque: a questão histórica. O Supremo teria optado por essa linha de raciocínio, pois esse era o padrão tradicional da época quando o artigo da CF/88 foi elaborado, o que teria levado o constituinte a estabelecer essa restrição. No Estado Social, competia à administração atuar de forma direta na economia, portanto, era razoável pressupor que seria adequado ao Estado gerir suas divisas por meio dos seus bancos, já que ele estava presente em diversos setores da economia. Estranho seria a ideia do caixa da administração

ser gerido por um banco privado, já que essa não era a regra nos demais ramos da economia nos quais atuava a administração de forma direta, sendo proprietária de petroleiras, siderúrgicas, mineradoras e, naturalmente, bancos.

Com a mudança no papel do Estado, a condução de muitos setores da economia foi transferida para a iniciativa privada; como já demonstrado, todavia, o regramento do Art. 164 § 3º permaneceu como era, reafirmando o Supremo, quase 20 anos após a promulgação da CF, que os bancos públicos continuavam mais adequados para realizar a gestão do caixa da administração. Isso nos leva a um segundo questionamento. Será mesmo que, atualmente, os bancos privados não teriam a capacidade de gerir com a mesma higidez e eficiência o caixa da administração? Um acontecimento recente pode nos indicar um caminho.

Em agosto de 2019, o plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) analisou questionamento<sup>91</sup> formulado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) no tocante à possibilidade de realização de licitação para contratar um banco privado para gerir os depósitos judiciais atrelados aos processos que tramitavam no Tribunal. A Corte paulista alegou que o Código de Processo Civil não vedaria a contratação de bancos privados e que a concorrência seria fundamental para a promoção da eficiência no âmbito da administração pública<sup>92</sup>. O TJSP também argumentou que não era mais adequada a exclusividade que os bancos públicos detinham no passado para gerir os depósitos judiciais, já que o princípio da livre iniciativa seria a regra na ordem constitucional de 1988<sup>93</sup>, em especial por causa do

---

<sup>91</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência: 0004420-14.2019.2.00.0000. Relator: ARNALDO HOSSEPIAN. Data de Julgamento: 16/08/2019. Disponível em: <<https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746715361/pedido-de-providencias-pp-44201420192000000/inteiro-teor-746715409>>. Acesso em: 22 out. 2021.

<sup>92</sup> Ibid. “O Tribunal aduz que as normas aplicáveis aos depósitos judiciais se encontram positivadas no Código Civil, artigos 334 a 345, 506 e 635, 647 e seguintes, que disciplinam o contrato de depósito; bem como no Código de Processo Civil de 2015, cujos artigos 539, § 1º, 840 e 1.058 indicam a necessidade de os valores serem depositados preferencialmente em bancos oficiais. Relativamente ao regime jurídico para administração e gerenciamento, informa que o CNJ, em momento histórico diverso, decidiu que os depósitos devem ser realizados preferencialmente em instituições financeira públicas, admitindo-se em estabelecimentos privados apenas na hipótese de inexistirem bancos públicos na localidade da sede do órgão do Poder Judiciário. [...] Sustenta que a Emenda Constitucional nº 40/2003 trouxe relevante novidade sobre a matéria, esclarecendo que 'Oficial' é qualquer instituição bancária integrante do Sistema Financeiro Nacional, independentemente do seu controle ser público ou privado. Relata que ao revogar os incisos do art. 192 da Constituição, o constituinte extirpou a dicotomia anteriormente existente entre bancos públicos e privados. Entende que o termo 'banco oficial', empregado no CPC (art. 539), deve ser contextualizado à nova técnica legislativa. O Tribunal assevera que a interpretação histórico-sistemática da atual redação conferida aos artigos 164, § 3º, 170, IV, 173, § 2º, e 192 da Constituição evidencia que não mais subsiste a diferenciação entre instituições públicas e privadas, sendo ambas pertencentes ao gênero 'instituições financeiras oficiais'. [...] Na análise da legislação adjetiva, o TJSP entende que a única interpretação constitucionalmente legítima do termo 'preferencialmente', constante do *caput* do artigo 840 do CPC (art. 666 do Código anterior), se revela a partir de sua harmonização com os princípios da licitação e da eficiência, aplicáveis à Administração Pública, e os da livre iniciativa e ampla concorrência, orientadores da Ordem Econômica Constitucional.”

<sup>93</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência: 0004420-14.2019.2.00.0000. Relator: ARNALDO HOSSEPIAN. Data de Julgamento: 16/08/2019. Disponível em:

significativo aprimoramento do sistema financeiro do país<sup>94</sup> e da solidez atual dos bancos privados<sup>95</sup>.

Além disso, a Corte paulista apontou um outro argumento de ordem econômica, indicado neste presente trabalho como uma das consequências da falta de concorrência no setor: os baixos valores pagos pelos bancos estatais a título de remuneração dos valores depositados<sup>96</sup>. Segundo o TJSP, esse fato acaba por subverter a ordem constitucional, já que o regramento jurídico tradicional privilegia o interesse particular de uma instituição financeira em detrimento do interesse público primário, uma vez que os baixos valores pagos barateiam o custo do capital para os bancos. Isso contribui para o aumento da lucratividade às custas do redirecionamento de recursos, que antes seriam empregados na melhoria da atividade jurisdicional, para os dividendos da instituição financeira, que são posteriormente distribuídos aos acionistas privados detentores das ações do banco.

Não é a primeira vez que o CNJ debate o tema; em 2008, o Conselho, ao analisar caso semelhante envolvendo o TJRJ, decidiu pela impossibilidade de inclusão dos bancos privados em certame licitatório sobre os depósitos judiciais, salvo para as comarcas que não contassem com agência bancária de instituição financeira oficial<sup>97</sup>. Assim como no caso do TJSP, a

---

≤<https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746715361/pedido-de-providencias-pp-44201420192000000/inteiro-teor-746715409>≥. Acesso em: 22 out. 2021. “Aduz que o princípio constitucional da livre iniciativa, constante do art. 1º, IV, e art. 170 da Constituição, garante que todos os agentes sejam livres para se dedicar a atividades econômicas e, assim, atuar no mercado, devendo ser assegurado igualdade de condições para que todas as instituições, públicas e privadas, possam concorrer livremente e garantida a isonomia. O Tribunal considera que a excepcional exploração direta da atividade econômica pelo Estado 'somente se justifica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo'. Neste sentido, cita entendimento doutrinário de juristas como Cândido Rangel Dinamarco, Celso Antonio Bandeira de Mello, Luís Roberto Barroso e outros, os quais lecionam sobre a imprescindibilidade da livre concorrência de mercado e a impossibilidade de monopólio econômico em favor de bancos estatais, sob pena de flagrante violação dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.”

<sup>94</sup> Ibid. “Sustenta que o cenário econômico existente no momento da promulgação da Constituição de 1988, sobretudo em relação ao sistema financeiro, foi profundamente alterado ao longo dos anos. Relata que desde a década de 90 dezenas de bancos públicos foram privatizados por meio do Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97). Considera que a atual política do Banco Central do Brasil tem proporcionado a construção de instituições sólidas e saudáveis, independentemente da natureza pública ou privada.”

<sup>95</sup> Ibid. “Por fim, não se olvida que o sistema financeiro nacional passou por visível desenvolvimento nos últimos anos, se constituindo de instituições financeiras de solidez reconhecida e atestada pelo mercado, conforme análise técnica e estudos criteriosos realizados pelo próprio Banco Central do Brasil.”

<sup>96</sup> Ibid. “Esclarece, porém, que em razão do encerramento próximo do Contrato nº 147/2014, celebrado entre o TJSP e o Banco do Brasil S/A, a ocorrer em 15.08.2019; e tendo o Banco do Brasil apresentado proposta de renovação com indicativo de taxas muito inferiores àquelas praticadas no mercado e até mesmo em relação àquelas ajustadas no anterior contrato, o TJ considera prejudicial para os jurisdicionados e para Poder Público a perpetuação da situação proposta, 'sobrepondo o interesse econômico particular de uma instituição financeira, pautado pela potencialização de seu lucro, ao interesse público na prestação jurisdicional efetiva e de qualidade'.”

<sup>97</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência PCA: 0000211-85.2008.2.00.0000. Relator: ALTINO PEDROZO, Data de Julgamento: 04/11/2008. Disponível em: ≤<https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/417646479/procedimento-de-controle-administrativo-pca-2118520082000000>≥. Acesso em: 22 out. 2021.

norma de regência em discussão não era o Art. 164 § 3º da CF/88, mas o Art. 666 do CPC/73, que afirmava que os bens depositados em juízo seriam preferencialmente administrados pelo Banco do Brasil ou pela Caixa Econômica<sup>98</sup>. O que chama a atenção no voto do relator no caso do TJRJ é que ele fundamenta sua decisão com base nas interpretações do STF acerca do Art. 164 § 3º, já debatidas anteriormente, afirmando que ambas as regras são muito próximas, uma vez que visam proteger o patrimônio público por meio das entidades bancárias oficiais.<sup>99</sup> De acordo com a decisão, os bancos públicos seriam mais seguros do que seus concorrentes, uma vez que o controle estatal torná-los-ia mais resistentes às oscilações de mercado, comuns até então. Por esse motivo, a interpretação do CPC/73 e do termo “preferencialmente” deveria seguir a *mens legis* do Art. 164 § 3º, demonstrando a reverberação do comando constitucional pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, ao divergir do precedente firmado em 2008, o conselheiro relator lista alguns pontos que justificam a superação da decisão anterior. O sistema bancário hoje é bem mais sólido do que era algumas décadas atrás, em razão das reformas macroeconômicas realizadas que estabilizaram a economia brasileira. Além disso, o Art. 840 do CPC, ao manter a alteração promovida pela Lei nº 11.382/06 no CPC 1973, confirmou a interpretação de que a lei processual civil não veda a participação dos bancos privados na gestão dos depósitos judiciais, apenas condiciona que as instituições financeiras oficiais possuam preferência<sup>100</sup>. A realização dessa preferência ocorre quando os bancos públicos apresentam propostas

---

<sup>98</sup> BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui Código de Processo Civil, Art. 666. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10660658/inciso-i-do-artigo-666-da-lei-n-5869-de-11-de-janeiro-de-1973>>. Acesso em: 22 out. 2021. “Os bens penhorados serão preferencialmente depositados. I no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal, ou em um banco, de que o Estado Membro da União possua mais de metade do capital social integralizado; ou, em falta de tais estabelecimentos de crédito, ou agências suas no lugar, em qualquer estabelecimento de crédito, designado pelo juiz, as quantias em dinheiro, as pedras e os metais preciosos, bem como os papéis de crédito.”

<sup>99</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência PCA: 0000211-85.2008.2.00.0000. Relator: ALTINO PEDROZO, Data de Julgamento: 04/11/2008. Disponível em: <<https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/417646479/procedimento-de-controle-administrativo-pca-2118520082000000>>. Acesso em: 22 out. 2021. “É oportuno realçar que a tese não questiona a condição financeira das instituições bancárias privadas, pois apenas visa a garantir que valores depositados em juízo, independentemente de oscilações econômicas, seguramente estejam disponíveis ao Poder Judiciário e seus jurisdicionados quando preciso, atendendo, desse modo, o interesse público perseguido, que se constitui na efetivação da tutela jurisdicional e na função social do processo judicial.”

<sup>100</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência 0004420-14.2019.2.00.0000. Relator: ARNALDO HOSSEPIAN. Data de Julgamento: 16/08/2019. Disponível em: <<https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746715361/pedido-de-providencias-pp-44201420192000000/inteiro-teor-746715409>>. Acesso em: 22 out. 2021. “O termo 'preferencialmente', alocado de forma democrática no tratamento da matéria e respeitada a evolução histórico-sistemática da norma, tem o condão de assegurar o reconhecimento da necessária autonomia do Tribunal (e do respectivo juízo) em poder avaliar a proposta mais adequada para a administração dos depósitos judiciais, afastando aquelas economicamente desvantajosas para a rentabilidade das contas. Retira das instituições financeiras públicas a 'exclusividade' na administração dos depósitos judiciais, tornando o universo das instituições financeiras privadas uma alternativa para a gestão dos recursos penhorados.”

semelhantes às dos bancos privados; no entanto, caso as condições oferecidas pela iniciativa privada sejam melhores, pode o agente público exercer a discricionariedade fundamentada e aceitar a proposta. Nessa linha está o parecer do então advogado Luís Roberto Barroso, contratado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>101</sup>.

Nesse ponto, fica nítida a distinção entre ambos os julgados. Em 2008, o Conselho entendeu que aspectos relacionados à liberdade econômica, à livre concorrência e ao princípio da isonomia não eram sequer vulnerados pela primazia dos bancos públicos na gestão dos referidos recursos<sup>102</sup>. Porém, aproximadamente uma década depois, o CNJ, de forma diametralmente oposta, compreendeu que esses mesmos princípios são de fato vulnerados pelo desequilíbrio causado pela restrição à concorrência.

O que se constata é que houve uma mudança paradigmática acerca da importância dos referidos princípios no ordenamento jurídico. No caso julgado em 2008, verifica-se uma hermenêutica que compreende que a atuação estatal, com exclusividade na gestão dos recursos públicos, será sempre mais benéfica, pois ela, aprioristicamente, está sempre alinhada ao interesse público, não sendo relevantes discussões acerca dos impactos e desequilíbrios ocasionados pelo referido regramento, na prática, sobre o próprio interesse público, os princípios fundantes da administração pública e sobre a livre concorrência. No segundo caso, por meio da observância desses mesmos princípios, o CNJ supera o apriorismo de que a atuação estatal será sempre mais benéfica, e passa a analisar quais são as

---

<sup>101</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência 0004420-14.2019.2.00.0000. Relator: ARNALDO HOSSEPIAN. Data de Julgamento: 16/08/2019. Disponível em: <<https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746715361/pedido-de-providencias-pp-44201420192000000/inteiro-teor-746715409>>. Acesso em: 22 out. 2021. “Já se mencionou o contexto em que editada a norma e a inovação que pretendia trazer à ordem jurídica. A redação acima transcrita foi dada pela Lei nº 11.386, de 2.12.2006, em substituição ao texto anterior, que impunha de maneira cogente o depósito de bens penhorados em bancos estatais. Confira-se a redação do *caput* do art. 666 do CPC que vigorava até então [...]. O claro propósito do legislador foi acabar com a obrigatoriedade do depósito em bancos estatais que, sobretudo após a privatização da maioria dos bancos estaduais, perdeu sua razão de ser. Na verdade, a nova redação promoveu uma adaptação do dispositivo à Constituição, sob pena de poder ser considerado inconstitucional por violação ao princípio federativo, ao princípio da livre-iniciativa e às regras que disciplinam a atuação econômica direta do Estado. [...] Em síntese: o art. 666, I do CPC legitimaria eventual opção do Tribunal de Justiça por depositar os bens penhorados no Banco do Brasil ou na Caixa Econômica Federal. Contudo, jamais poderia servir de fundamento para impedir o Tribunal de Justiça de realizar procedimento seletivo para escolha de instituição financeira sólida, pública ou privada, que, disputando em condições de igualdade, oferecesse melhor proposta, de acordo com um julgamento objetivo. Obrigar o Estado-membro e seus órgãos, contra a sua vontade, a firmarem convênio com instituição financeira da União viola, em extensão e profundidade relevantes, o princípio federativo, o princípio da livre iniciativa e as normas que impõem a igualdade entre o particular e o Estado, quando este se dedique à exploração de atividade econômica.”

<sup>102</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência PCA: 0000211-85.2008.2.00.0000. Relator: ALTINO PEDROZO, Data de Julgamento: 04/11/2008. Disponível em: <<https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/417646479/procedimento-de-controle-administrativo-pca-2118520082000000>>. Acesso em: 22 out. 2021. “Por essas razões, não há falar em menoscabo à liberdade econômica, à livre concorrência e ao princípio da isonomia, tampouco em privilégio especial às instituições financeiras oficiais.”

consequências da referida regra, chegando à conclusão de que ela gera uma efetiva distorção no mercado, prejudicando o interesse público em detrimento dos interesses privados do banco.

Portanto, entendeu o CNJ que a impossibilidade de participação dos bancos privados em certames licitatórios para administrar os depósitos judiciais atentaria contra os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, concedendo ao Tribunal de Justiça de São Paulo o direito de aceitar propostas de bancos privados após licitação, nos termos do acórdão.

O caso em questão demonstra as consequências da não observância dos princípios acima citados no funcionamento da administração pública, bem como a necessidade de revisão da posição clássica da doutrina e da jurisprudência em alguns casos. Apesar da sólida fundamentação adotada pelo relator, a decisão do CNJ se deu por maioria, restando vencida a conselheira Daldice Santana e o conselheiro Luciano Frota, que optaram por seguir o precedente de 2008, o que comprova a controvérsia sobre o tema.

Mesmo não tratando diretamente sobre o Art. 164 § 3º da Constituição, a *ratio decidendi* adotada pelo CNJ se aproxima do defendido no presente trabalho, já que: (1) o tradicional regime jurídico da gestão dos depósitos judiciais, por determinar uma primazia dos bancos públicos sobre os privados, reduz a concorrência e acarreta menores receitas financeiras aos tribunais; (2) atualmente não é possível presumir que as instituições bancárias oficiais são mais seguras, nem que possuem maior hígidez na gestão dos recursos públicos pelo fato de pertencerem à administração; e (3) não é adequado ao modelo regulatório privilegiar o interesse privado de um banco estatal em detrimento do interesse público primário, atinente à prestação de um serviço público de qualidade, quando a instituição financeira remunera mal os recursos depositados.

Foi reconhecido que, por força dos princípios da livre iniciativa, da eficiência, da supremacia do interesse público e da livre concorrência, a forma como os depósitos judiciais eram administrados precisava ser alterada, visando reequilibrar a relação entre o TJSP e os bancos públicos. Por serem princípios de estatura constitucional, seu alcance se estende para todos os ramos do Direito, exigindo que a hermenêutica dos dispositivos normativos adapte-se para respeitar o núcleo duro de tais princípios no caso concreto. A aproximação do Art. 164 § 3º ao princípio da livre concorrência, por meio da edição de lei estabelecendo as exceções à regra geral do § 3º, sem dúvidas, vai exigir modificações na forma como o comando constitucional é lido e interpretado, mas sem esvaziar a proteção jurídica aos recursos públicos pensada pelo legislador quando da feitura do artigo.

A principal mudança a ser implementada pela referida lei diz respeito à primazia das entidades bancárias oficiais. Como demonstrado no caso analisado pelo CNJ, não existe motivo de ordem técnica que justifique que um banco público seja mais seguro ou possa gerir os recursos depositados com maior hígidez do que um banco privado que atenda às melhores práticas internacionais, em razão do aprimoramento da regulação setorial promovida pelo Banco Central. Diferentemente do que entendeu o Supremo nos precedentes já citados<sup>103</sup>, a hermenêutica atual do artigo precisa ser flexibilizada para que se compreenda que a gestão da disponibilidade de caixa da administração pelos bancos privados, em alguns casos, mediante a edição de lei, não esvazia a proteção criada pelo artigo, mas aprimora o regramento jurídico previsto no § 3º, aproximando-o não só do princípio da livre concorrência, mas da primazia do interesse público primário, uma vez que impossibilitará que os bancos públicos usem de sua reserva de mercado para remunerar mal os depósitos, aumentando seus lucros.

É evidente que a flexibilização do comando do *caput* não pode se dar de forma absoluta para toda administração, como pretendia a Medida Provisória nº 2.192-70/2001, declarada inconstitucional pelo Supremo. É necessário, portanto, averiguar, dentro da administração pública, quais entes fazem jus a esse direito, justamente por serem os mais prejudicados pela regra geral do § 3º, sob a ótica do interesse público primário. Segundo esse raciocínio, o presente trabalho defende que tais entes são as sociedades de economia mista em regime concorrencial.

Como já descrito, essas empresas são pessoas jurídicas de direito privado e exercem suas atividades em regime de concorrência com o setor privado. Por essa razão, as prerrogativas da administração pública não são extensíveis a tais companhias, pois essa concessão vulneraria o princípio da livre concorrência, gerando distorções no mercado. Se tais empresas possuem concorrentes, é evidente que precisam se manter competitivas para fazer frente ao setor privado e garantir a viabilidade da empresa no longo prazo. A importância de garantir a solidez da empresa é perceptível principalmente no caso das prestadoras de serviço público, já que a manutenção da saúde financeira dessas empresas permite o melhor desempenho de suas atividades, o que é fundamental à íntima conexão dessas com o interesse público primário, em especial nos setores de saneamento e energia elétrica.

---

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC: 3578 DF, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 14/09/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 24-02-2006 PP-00006 EMENT VOL-02222-01 PP-00182. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763185/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-3578-df/inteiro-teor-100479346>>. Acesso em: 20 out. 2021.

Logo, é possível atestar que os benefícios da alteração do regime jurídico bancário das estatais, mediante lei, para possibilitar a contratação, via certame licitatório, de bancos privados seriam semelhantes aos constatados pelo CNJ. Assim como no caso do TJSP, a abertura à concorrência mediante licitação da gestão do caixa de tais empresas possibilitaria que efetivamente os bancos competissem pelo cliente, apresentando propostas mais vantajosas economicamente para assegurar o contrato.

Esses benefícios seriam visíveis quanto ao aumento da remuneração paga e à qualidade do serviço prestado, uma vez que grandes bancos costumam alocar equipes multidisciplinares para gerir de forma exclusiva a conta de clientes relevantes. Tal alteração, possivelmente, ainda provocaria um impacto positivo no mercado bancário, já que promoveria o aumento da rivalidade entre os bancos, que passariam a disputar uma gama de clientes que antes não estavam disponíveis.

Apesar de ter o potencial de beneficiar as empresas estatais como um todo, no caso das sociedades de economia mista em regime concorrencial, as razões que embasam a criação da lei estão mais presentes, como já explanado acima. Opta-se por propor que a mudança no regramento do § 3º, mediante lei, inicie-se exclusivamente por essas empresas, em razão de serem as mais afetadas pela regra atual, do ponto de vista teórico. Portanto, antes de eventualmente flexibilizar o regramento para outras empresas estatais, é necessário observar os impactos positivos e negativos que tal alteração pode trazer para as sociedades de economia mista em regime concorrencial. Entre os pontos a serem observados, vale citar:

1. Houve uma melhora na rentabilidade paga em relação aos anos anteriores à alteração?
2. Há algum indício de malversação de recursos por meio de aplicações financeiras que exponham em demasia os recursos da empresa?
3. Há algum indício de conflito de interesses por parte da diretoria da empresa na seleção dos ativos?

A partir disso, há duas formas de efetivar as mudanças propostas: como já exposto acima, um projeto de lei para editar as exceções à regra geral do Art. 164 § 3º, ou um aprimoramento regulatório por parte do Tribunal de Contas da União (TCU), responsável pela fiscalização e pelo controle da administração pública.

Como deixa clara a própria redação do Art. 164 § 3º: “As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em

instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei”<sup>104</sup>. Da leitura do artigo, percebe-se que o próprio constituinte previu a possibilidade de edição de exceção ao regramento geral. Como exposto ao longo do presente trabalho, o conteúdo da nova norma deve guardar profunda conexão com o texto constitucional e com os princípios fundantes da administração pública, especialmente a supremacia do interesse público primário, a moralidade, a eficiência, a livre iniciativa e a livre concorrência. São eles que direcionarão o legislador na criação da regra de exceção, dos quais ele não poderá se distanciar.

Deve a lei atender de forma concreta a esses princípios, todavia, sem esvaziar por completo o comando do Art. 164 § 3º, o que já foi afastado pelo Supremo no caso da MP nº 2.192-70/2001. Por esse motivo, o recorte proposto de iniciar a exceção com as sociedades de economia mista em regime concorrencial revela-se adequado, uma vez que a Suprema Corte já entendeu como inconstitucional regramento jurídico que retira toda a administração pública da regra do Art. 164 § 3º. A legislação estabeleceria que tais empresas poderiam licitar suas disponibilidades de caixa por meio de certame licitatório do qual participariam os bancos privados, em conjunto com as entidades bancárias oficiais. Isso atenderia ao princípio da supremacia do interesse público primário e ao princípio da eficiência, uma vez que permitiria à empresa obter maiores recursos para alocar em suas atividades, garantindo sua estabilidade e viabilidade no longo prazo.

Ao mesmo tempo, deve o legislador determinar quais são os requisitos necessários para que um banco privado possa se inscrever no certame, com o objetivo de proteger o patrimônio público de eventuais insolvências que possam atingir bancos mais suscetíveis a choques de mercado, e não alinhados com as melhores práticas de gestão e *compliance*, em conformidade com o princípio da moralidade. No caso do TJSP, o CNJ definiu que o Tribunal, dentre outros requisitos, deveria:

avaliar indicadores de capacidade financeira das instituições interessadas em participar da seleção, com apontamento de limites prudenciais de adequação do capital (Resolução BACEN nº 4.280/2013[10]); bem ainda, com observação dos índices de qualidade do capital, de capitação, de inadimplência, de rentabilidade, além do próprio Patrimônio de Referência das instituições (Resolução BACEN nº 4.193/2013[11], Resolução BACEN nº 4.677/2018 e outras), todos a justificar a

---

<sup>104</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília - DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 16 out. 2021.

esperada fiabilidade e estabilidade financeira das instituições interessadas na administração dos depósitos judiciais.<sup>105</sup>

Seguindo esse raciocínio, poderia a lei em questão adotar tais requisitos como sendo o padrão mínimo para habilitação das instituições financeiras que visassem ingressar no processo licitatório. Vale destacar que tais indicadores observam as recomendações internacionais do Comitê de Basileia para Supervisão Bancária (Basel Committee on Banking Supervision), estando em conformidade com as melhores práticas no setor bancário<sup>106</sup>.

O arcabouço regulatório do Banco Central, hoje existente, permite ao legislador analisar, com base em critérios atuariais objetivos e padronizados, o nível de higidez de um banco, público ou privado. Em face de todo esse avanço na regulação bancária, cria-se o seguinte questionamento: seria adequado ignorar por completo todos esses critérios e simplesmente não os considerar aptos para indicar se uma instituição financeira privada é segura pelo simples fato de não ser controlada pelo Estado, inviabilizando a edição da lei com as exceções à regra geral? A resposta deve ser negativa.

Não se pretende negar que o controle público confere segurança à gestão das disponibilidades de caixa da administração, conforme entendeu o próprio constituinte. O que se procura destacar é que a utilização dos critérios técnicos acima descritos pela lei, prevendo as exceções ao § 3º, não deixará desguarnecido o patrimônio público, uma vez que, ao retirar a exclusividade de gestão dos bancos estatais, critério protetivo adotado pelo constituinte, é necessário substituí-lo por outro de similar robustez no projeto de lei.

Também se revela adequado ao legislador introduzir na lei comando semelhante ao previsto no Art. 840, I do CPC, conforme a interpretação dada ao texto pelo CNJ<sup>107</sup>. Isso visa

---

<sup>105</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência 0004420-14.2019.2.00.0000. Relator: ARNALDO HOSSEPIAN. Data de Julgamento: 16/08/2019. Disponível em: <<https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746715361/pedido-de-providencias-pp-44201420192000000/inteiro-teor-746715409>>. Acesso em: 22 out. 2021.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> Ibid. “Aderindo à interpretação já apresentada quando da discussão do PCA nº 211-85, sob o ponto de vista da divergência, denota-se que a nova redação, a agora em vigor, introduziu o advérbio 'preferencialmente' com o claro e inequívoco intento de possibilitar que as propostas de outras instituições financeiras possam ser avaliadas e levadas em consideração pela Administração do Tribunal, quando do regular procedimento licitatório, tendo sempre presente a necessidade de possibilitar melhor rentabilidade e segurança do capital penhorado, de sorte a evitar sua desvalorização e conseqüente responsabilização do agente depositário mediato. E de relevo, ainda, que na hipótese de propostas semelhantes entre instituições pública e privada, que seja a decisão em prol do banco público, preferencialmente, na medida em que a preferência estaria amparada pelos demais critérios aqui já destacados – rentabilidade e segurança do capital disputado. Está claro, no meu sentir, que o Novo Código de Processo Civil, publicado em 17 de março de 2015, reafirmou a mesma orientação, ao manter a expressão 'preferencialmente' na redação do atual artigo 840. [...] A normatização acima esposada objetivou conferir efetividade à administração da Justiça, em detrimento de condutas abusivas e economicamente prejudiciais. O termo 'preferencialmente', alocado de forma democrática no tratamento da matéria e respeitada a evolução

garantir aos bancos públicos a preferência na contratação em caso de igualdade de propostas, conservando-se a regra geral do § 3º na medida em que os benefícios da concorrência não estão presentes. A promoção da concorrência privilegia não apenas o princípio da eficiência, mas também a livre iniciativa, uma vez que se está abrindo ao mercado uma atividade antes restrita à administração, sem razão para tanto. No que tange à iniciativa do projeto de lei, por versar sobre matéria descrita no Art. 61, II, b da CF, verifica-se que se trata de matéria de competência privativa do Presidente da República.

No que concerne à segunda solução apresentada, o Art. 71 da Constituição afirma que compete ao Tribunal de Contas da União (TCU) realizar o controle externo das contas da administração pública direta e indireta<sup>108</sup>. A Lei 8.443/1992 estabelece em seu Art. 38 que é atribuição do TCU promover auditorias de caráter operacional perante as entidades da administração indireta<sup>109</sup>, estando inclusas as empresas estatais.

Busca-se, com a referida auditoria, a realização de uma aprofundada análise da realidade do setor, ou seja, procura-se verificar na prática, com dados atuariais e contábeis, como se dá a relação entre as estatais e os bancos públicos. Mediante essa proposição, seria possível realizar um diagnóstico da realidade setorial, comparando a rentabilidade média dos depósitos das empresas públicas com suas concorrentes do setor privado e os impactos nas receitas financeiras das estatais.

---

histórico-sistemática da norma, tem o condão de assegurar o reconhecimento da necessária autonomia do Tribunal (e do respectivo juízo) em poder avaliar a proposta mais adequada para a administração dos depósitos judiciais, afastando aquelas economicamente desvantajosas para a rentabilidade das contas. Retira das instituições financeiras públicas a 'exclusividade' na administração dos depósitos judiciais, tornando o universo das instituições financeiras privadas uma alternativa para a gestão dos recursos penhorados. Conforme consignado, ao empregar o advérbio 'preferencialmente', o legislador atribuiu margem de discricionariedade ao agente público, facultando-lhe o exercício de escolhas motivadas, devidamente fundamentadas na realidade do caso concreto. Trata-se, assim, de uma ordem preferencial e não obrigatória."

<sup>108</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília - DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 16 out. 2021.

"Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;"

<sup>109</sup> BRASIL. Lei Federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm)>. Acesso em 23 out. 2021. Art. 38.

"Compete, ainda, ao Tribunal:

I - realizar por iniciativa da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e nas entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal;"

Na mesma linha, seria possível constatar se a captação barata de recursos pelos bancos públicos leva à produção de maiores lucros na maioria dos casos, que, por sua vez, acabam sendo distribuídos aos acionistas. É importante destacar que não seria adequado ao TCU impor aos bancos públicos medidas que a Corte compreendesse relevantes, visando não invadir a esfera de competência do gestor público, mas apontar os vícios e construir, em conjunto com os bancos, uma solução para a questão.

Entre os elementos que devem figurar nas medidas a serem apresentadas pelas entidades bancárias oficiais ao TCU, destacam-se a necessidade de fixação de parâmetros de rentabilidade mínimos a serem observados pelos bancos públicos com base na rentabilidade média dos concorrentes privados das estatais atuantes em cada setor. Seria ainda necessário se atentar à relação risco-retorno relativa a cada investimento, bem como os objetivos estratégicos da estatal ao realizar a aplicação de seus recursos.

Vale destacar que a presente solução não demandaria uma atuação do legislador, como no primeiro caso, mantendo hígida a regra do Art. 164 § 3º, bem como todos os benefícios atinentes à gestão pública das disponibilidades de caixa, conforme entende a Constituição. Entretanto, a medida proposta corrige a distorção existente na relação entre os bancos públicos e as empresas estatais, uma vez que essas não poderiam mais se utilizar da restrição à concorrência imposta pela regulação para alavancar seus ganhos.

Ante o exposto no presente capítulo, verifica-se que a regra do Art. 164 § 3º precisa de mudanças pontuais, cuja edição foi facilitada pelo constituinte ao permitir a elaboração de lei tratando da matéria. As diversas alterações de entendimento, ocorridas nos últimos anos, acerca da necessidade de aproximação da atuação estatal dos princípios da livre concorrência, da eficiência, da moralidade e da supremacia do interesse público primário, no que tange à gestão dos recursos públicos, demonstra a mudança de paradigma que vem ocorrendo. A visão restritiva de que somente os bancos públicos poderiam gerir o caixa da administração não mais se sustenta, em razão dos impactos negativos que tal regramento jurídico provoca, bem como em razão do aprimoramento regulatório do sistema financeiro nacional.

Não se pode afirmar que é razoável a grave distorção gerada pela regra do § 3º, uma vez que o sequestro de renda promovido pelos bancos públicos, muitas vezes distribuídos como dividendos aos seus acionistas minoritários, acaba por reduzir a competitividade das estatais e por canalizar recursos para o lucro do banco que antes seriam utilizados na expansão de serviços públicos. O atendimento ao princípio da supremacia do interesse público primário exige que, em caso de conflito, a decisão da administração atenda ao interesse direto da população. No presente caso, não há dúvida de que o interesse público está na promoção de

serviços públicos e na manutenção da competitividade das estatais, não na lucratividade de uma instituição financeira. Fica evidente, portanto, a necessidade de alteração do regime jurídico do Art. 164 § 3º da CF/88 para se adequar a essa necessidade.

Como solução, encontra-se a edição de lei criando exceção ao regramento geral do § 3º, conforme se extrai da própria redação do artigo em questão, ou a promoção pelo TCU de um aprimoramento regulatório. O projeto de lei autorizaria que bancos privados que atendessem aos requisitos estipulados no texto legal pudessem participar de licitação acerca da administração das disponibilidades de caixa das sociedades de economia mista em regime concorrencial, rivalizando com as entidades bancárias oficiais, dessa forma, aumentando a concorrência e a remuneração paga às empresas a título de receitas financeiras. Também seria possível adotar o mesmo regramento presente no Art. 840, I do CPC, estabelecendo que, em caso de igualdade de propostas, os bancos públicos teriam preferência, nos termos da decisão do CNJ debatida ao longo do texto.

No caso da eleição da via do aprimoramento regulatório, o TCU promoveria um estudo sobre os impactos do modelo atual nas empresas estatais e os reflexos sobre o interesse público, pedra de toque da atuação do Tribunal. Ao ser constatado o cenário abordado no presente trabalho, a Corte iniciaria os debates com as entidades bancárias oficiais, apontando a irregularidade e sugerindo aos gestores a apresentação de propostas para o aperfeiçoamento da questão. Não ocorrerá, diferentemente da solução anterior, a possibilidade de participação dos bancos privados no certame licitatório, mas a tentativa de reequilíbrio da relação entre as entidades bancárias oficiais e as empresas estatais por meio da regulação, em especial as sociedades de economia mista em regime concorrencial, impedindo que os bancos públicos se utilizem da restrição à concorrência, imposta pela legislação, para alavancar seus lucros.

Por meio dessas medidas, será possível superar o cenário atual, aprimorando o regramento jurídico da gestão da disponibilidade de caixa das empresas estatais e atualizando-o conforme exigem os atuais princípios regentes da administração pública, mais notadamente, a supremacia do interesse público primário, a eficiência, a moralidade e a livre concorrência, centrais para o desenvolvimento do Brasil.

## Conclusão

O século XX foi marcado por uma crescente atuação da administração pública em diversas áreas da vida social antes reservadas ao indivíduo. Questões como energia elétrica, saneamento e infraestrutura passaram à pauta, demandando a criação de uma série de normas e regulações que balizassem a atuação estatal. São exemplos desse período no Brasil a criação de empresas como a Vale do Rio Doce, a Petrobras e a Companhia Siderúrgica Nacional.

Com a elaboração da CF/88, uma das normas regulamentadoras da ação estatal passou a ser o artigo 164 § 3º, que trata da gestão das disponibilidades de caixa da administração direta e indireta da União, Estados e Municípios, incluindo as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Criado em um contexto histórico no qual a atuação da administração na economia ainda era significativa, passados 30 anos, o dispositivo em questão permanece como era, ao contrário do novo contexto político e econômico que o cerca.

Com a promulgação da CF/88 e suas posteriores emendas, o papel desempenhado pela administração no cenário econômico mudou muito. Se antes cabia ao Estado conduzir diretamente a economia, capitaneando grandes conglomerados empresariais, após os anos 90, passou a desempenhar um papel secundário, centrado no fomento, no incentivo e na regulação dos diversos setores da economia conduzidos por empresas privadas. A alteração do contexto fático foi seguida por mudanças no cenário jurídico regulatório, com a alteração de diversos diplomas normativos responsáveis por regular o papel do Estado na economia e no desenvolvimento nacional.

O artigo 164 § 3º da CF, entretanto, conserva sua redação e hermenêutica originais, conforme as diversas decisões do Supremo indicam, mantendo fechada à iniciativa privada a gestão das disponibilidades de caixa da administração, diferentemente de outros setores da economia, em especial após a EC 8/95. Como demonstrado, as razões que sustentam o artigo em questão até a atualidade apresentam problemas e geram distorções graves na relação das empresas estatais com os bancos públicos. A restrição à concorrência, originalmente pensada como uma proteção ao patrimônio público, metamorfoseou-se em uma forma de obtenção de maiores lucros pelos bancos, prejudicando as estatais, o que seguramente não foi a intenção do constituinte.

O presente trabalho procurou explorar essas contradições, buscando, primeiramente, compreender as razões que embasam o regramento jurídico atual da gestão das disponibilidades de caixa da administração pública, para posteriormente apontar soluções. A essência que sustenta o § 3º reside em uma combinação entre um argumento histórico e a

necessidade de proteção do patrimônio público. Há uma fusão entre uma percepção oriunda do Estado Social, em que se esperava uma atuação expansiva da administração na economia, e a necessidade de bem gerir o patrimônio público. Portanto, criou-se a ideia de que somente um banco público poderia administrar com hígidez as contas da administração, principalmente por força do costume, já que, tradicionalmente, sempre foi papel do Estado administrar tais valores.

Ocorre que tal argumentação apresenta alguns problemas. Ora, se não há mais razão para o Estado administrar de forma monopolística o setor de energia, telecomunicações, petróleo e saneamento, todos vitais para a sociedade, por qual razão deveria subsistir a restrição à concorrência também na gestão das disponibilidades de caixa da administração? O cenário revela-se mais delicado no caso das empresas estatais, em especial as sociedades de economia mista em regime concorrencial. Forçadas a competir com a iniciativa privada, essas empresas são impedidas de gerir seus recursos de forma eficiente, o que prejudica a competitividade no longo prazo e, por consequência, sua viabilidade operacional.

O apriorismo de que a atuação estatal sempre está de acordo com o interesse público não subsiste quando confrontado com os problemas oriundos do modelo regulatório do § 3º. Não se pretende questionar, de uma forma geral e para todos os casos, a opção do constituinte que reputou aos bancos estatais um status de maior segurança em razão de seu controle societário, mas destacar que não é adequado que tal prerrogativa seja utilizada para aumentar a lucratividade dessas instituições financeiras, e que tal distorção permaneça no sistema jurídico.

Se é certo que o patrimônio público merece proteção especial, também é correto argumentar que o bom funcionamento das estatais está conectado ao interesse público primário, em especial nos casos em que há a prestação de serviços públicos. Há um choque entre esses dois importantes elementos e seus correlatos, portanto, é preciso encontrar uma saída que traga maior equilíbrio para o sistema, sendo a guia para tal tarefa a Constituição.

Não há, atualmente, uma justificativa plausível que indique que somente os bancos públicos podem gerir com a segurança necessária o caixa dessas empresas, principalmente quando são destacadas as externalidades negativas geradas pelo modelo regulatório atual. Portanto, é perfeitamente possível ao legislador editar a lei prevista pelo próprio constituinte no § 3º, substituindo a gestão estatal exclusiva, como critério de proteção ao patrimônio público, pela adoção de critérios atuariais internacionais, a fim de viabilizar a abertura à concorrência e, por meio dela, a solução dos problemas encontrados no âmbito das estatais, preservando a regra geral para os demais casos.

Assim, a referida lei deverá estabelecer as exceções à regra geral, observando, de um lado, a proteção ao patrimônio público, definindo quais instituições financeiras poderão participar da licitação, e, do outro, o interesse público, estabelecendo quais empresas serão submetidas ao novo regramento. O legislador será obrigado a ponderar esses dois lados, definindo em qual medida o princípio da livre concorrência/iniciativa restaura o equilíbrio à referida relação, mas, ao mesmo tempo, não esvazia o comando do § 3º.

Também é possível solucionar o presente problema por meio de um aprimoramento regulatório mediante a ação do Tribunal de Contas da União, com base nos balanços das empresas. Seria possível aferir na prática os impactos causados pelo § 3º nas receitas financeiras das estatais, em comparação com suas concorrentes do setor privado, verificando e quantificando o cenário indicado na presente dissertação, e exigindo dos bancos a apresentação de soluções para a irregularidade encontrada. Tal solução contorna o principal problema da proposta anterior: adentrar no espinhoso debate acerca dos impactos ocasionados pela restrição à concorrência na eficiência da gestão do caixa das estatais, e se é possível afirmar que os bancos privados podem gerir com a higidez necessária o patrimônio público. Ao não recorrer à abertura ao mercado, o TCU pode contribuir para a solução da questão sem utilizar a livre concorrência, restaurando o interesse público por meio da competência que possui na regulação das estatais.

Não seria adequado afirmar que o presente trabalho pretende negar a importância do Estado no desenvolvimento do país, opondo-se a qualquer participação da administração na economia, muito menos dos bancos públicos, centrais para o financiamento de longo prazo de importantes projetos públicos e privados. O objetivo central foi demonstrar que a atuação da administração, nesse caso, apresenta alguns problemas que necessitam de correção. Ao gerar distorções e acarretar prejuízos, o regime jurídico da gestão das disponibilidades de caixa exige alterações para se adequar ao interesse público, reequilibrando a relação entre as estatais e os bancos públicos, seja por meio da edição de lei autorizada pelo próprio constituinte, seja pelo aprimoramento regulatório por parte do TCU.

Apesar das repercussões bilionárias, o tema em questão não recebeu da doutrina, até o presente momento, o tratamento adequado. Por essa razão, as colocações aqui feitas procuram trazer aos holofotes o contexto ora apresentado, a fim de que a comunidade jurídica possa debatê-lo e propor soluções.

## Referências

ACRE. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Acre*. Disponível em: [≤http://www.al.ac.leg.br/wp-content/uploads/2014/10/constitui%C3%A7%C3%A3o\\_atualizada.pdf≥](http://www.al.ac.leg.br/wp-content/uploads/2014/10/constitui%C3%A7%C3%A3o_atualizada.pdf). Acesso em: 21 out.2021.

AMAPÁ. Constituição (1991). *Constituição do Estado do Amapá*. Disponível em: [≤http://www.al.ap.gov.br/constituicao\\_estadual\\_amapa.pdf≥](http://www.al.ap.gov.br/constituicao_estadual_amapa.pdf). Acesso em: 21 out.2021.

AMAZONAS. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Amazonas*. Disponível em: [≤http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2019/01/Constituicao-Estado-Amazonas-atualizada-ate-a-EC-108-de-2018.pdf≥](http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2019/01/Constituicao-Estado-Amazonas-atualizada-ate-a-EC-108-de-2018.pdf). Acesso em: 21 out.2021.

BAHIA. Constituição (1989). *Constituição do Estado da Bahia*. Disponível em: [≤https://www.al.ba.gov.br/fserver:/imagensAlbanet:upload:Constituicao\\_2018\\_EC\\_251.pdf≥](https://www.al.ba.gov.br/fserver:/imagensAlbanet:upload:Constituicao_2018_EC_251.pdf). Acesso em: 21 out.2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: [≤https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618088/≥](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618088/). Acesso em 19 out. 2021.

BARROSO, Luis Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: [≤https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617562/≥](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617562/). Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Banco Central do Brasil, ofício nº 176/2000, Voto do Diretor Luiz Fernando Figueiredo, em 16/05/2000. Disponível em: [≤http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/1230347/RESPONSTA\\_PEDIDO\\_Voto\\_1762000\\_CMN\\_Anexo0632000.pdf≥](http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/1230347/RESPONSTA_PEDIDO_Voto_1762000_CMN_Anexo0632000.pdf). Acesso em: 20 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência: 0004420-14.2019.2.00.0000. Relator: ARNALDO HOSSEPIAN. Data de Julgamento: 16/08/2019. Disponível em: [≤https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746715361/pedido-de-providencias-pp-44201420192000000/inteiro-teor-746715409/≥](https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746715361/pedido-de-providencias-pp-44201420192000000/inteiro-teor-746715409). Acesso em: 22 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providência PCA: 0000211-85.2008.2.00.0000. Relator: ALTINO PEDROZO, Data de Julgamento: 04/11/2008. Disponível em: [≤https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/417646479/procedimento-de-controle-administrativo-pca-2118520082000000/≥](https://cnj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/417646479/procedimento-de-controle-administrativo-pca-2118520082000000). Acesso em: 22 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília - DF: Senado Federal. Disponível em: [≤http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm/≥](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 1.290, de 3 de dezembro de 1973. Dispõe sobre a aplicação financeira de disponibilidades pelas entidades da Administração Federal Indireta, bem como

pelas Fundações supervisionadas pela União e dá outras providências. Brasília, 3 de dezembro de 1973. Disponível em: [≤http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del1290.htm≥](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1290.htm). Acesso em: 19 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui Código de Processo Civil, Art. 666. Disponível em: [≤https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10660658/inciso-i-do-artigo-666-da-lei-n-5869-de-11-de-janeiro-de-1973≥](https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10660658/inciso-i-do-artigo-666-da-lei-n-5869-de-11-de-janeiro-de-1973). Acesso em: 22 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 13.303, de 30 de julho de 2016. Disponível em: [≤http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm≥](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm). Acesso em: 16 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei Federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Disponível em: [≤http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18443.htm≥](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm). Acesso em 23 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória nº 2.192-70, de 24 de agosto de 2001. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 ago. 2001. Disponível em: [≤http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/antigas\\_2001/2192-70.htm≥](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2192-70.htm). Acesso em: 19 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI: 2600 ES, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 24/04/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 25-10-2002 PP-00024 EMENT VOL-02088-01 PP-00197. Disponível em: [≤https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14748438/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2600-es/inteiro-teor-103133869≥](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14748438/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2600-es/inteiro-teor-103133869). Acesso em 21 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI: 2661 MA, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 05/06/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-08-2002 PP-00070 EMENT VOL-02079-01 PP-00091. Disponível em: [≤https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774156/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2661-ma≥](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774156/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2661-ma). Acesso em 21 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI: 3075 PR, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 24/09/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014. Disponível em: [≤https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25308840/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3075-pr-stf/inteiro-teor-150388283≥](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25308840/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3075-pr-stf/inteiro-teor-150388283). Acesso em 21 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC: 3578 DF, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 14/09/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 24-02-2006 PP-00006 EMENT VOL-02222-01 PP-00182. Disponível em: [≤https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763185/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-3578-df/inteiro-teor-100479346≥](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/763185/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-3578-df/inteiro-teor-100479346). Acesso em: 20 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AgR AI: 837677 MA - MARANHÃO, Relatora: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 03/04/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-089 08-05-2012. Disponível em: [≤https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864461850/agreg-no-agravo-de-instrumento-agr-ai-837677-ma-maranhao/inteiro-teor-864461860?ref=juris-tabs≥](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864461850/agreg-no-agravo-de-instrumento-agr-ai-837677-ma-maranhao/inteiro-teor-864461860?ref=juris-tabs). Acesso em: 21 out.2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RCL: 3.872 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 14/12/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12-05-2006 PP-00005 EMENT VOL-02232-02 PP-00242 LEXSTF v.28, n.330, 2006, p. 138-160. Disponível em: [≤https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14734826/agregna-reclamacao-rcl-3872-df/inteiro-teor-103120727≥](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14734826/agregna-reclamacao-rcl-3872-df/inteiro-teor-103120727). Acesso em: 23 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE: 444056 MG, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 03/10/2005, Data de Publicação: DJ 17/10/2005 PP-00104. Disponível em: [≤https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14786982/recurso-extraordinario-re-444056-mg-stf≥](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14786982/recurso-extraordinario-re-444056-mg-stf). Acesso em: 21 out. 2021.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Empresas estatais: classificação em cheque. *JOTA*, 10 de novembro de 2020. Disponível em: [≤https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/empresas-estatais-classificacao-em-xeque-10112020≥](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/empresas-estatais-classificacao-em-xeque-10112020). Acesso em: 21 out. 2021.

CANOTILHO, J.J. Gomes et al (Coord.). *Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: [≤https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377/≥](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377/). Acesso em: 16 out. 2021.

CEARÁ. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Ceará*. Disponível em: [≤https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Const-2015-260-200-Atualizada-emenda-86-4.pdf≥](https://www.ceara.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Const-2015-260-200-Atualizada-emenda-86-4.pdf). Acesso em: 21 out.2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DISTRITO FEDERAL. *Lei Orgânica do Distrito Federal*, 1993. Disponível em: [≤http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=0&txtAno=0&txtTipo=290&txtParte=](http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=0&txtAno=0&txtTipo=290&txtParte=)≥. Acesso em 19 out. 2021.

ESPÍRITO SANTO. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Espírito Santo*. Disponível em: [≤https://www.al.es.gov.br/appdata/anexos\\_internet/downloads/c\\_est.pdf≥](https://www.al.es.gov.br/appdata/anexos_internet/downloads/c_est.pdf). Acesso em: 21 out.2021.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GOIÁS. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Goiás*. Disponível em: [≤http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/constituicoes/constituicao\\_1988.htm#:~:text=DOS%20PRINC%C3%8DPIOS%20FUNDAMENTAIS-,Art.,seu%20hino%20e%20suas%20armas.](http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/constituicoes/constituicao_1988.htm#:~:text=DOS%20PRINC%C3%8DPIOS%20FUNDAMENTAIS-,Art.,seu%20hino%20e%20suas%20armas.)≥. Acesso em: 21 out.2021.

JUSTEN FILHO, Marçal, O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 67.

MARANHÃO. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Maranhão*. Disponível em: [≤https://www.stc.ma.gov.br/files/2013/03/CONSTITUI%C3%87%C3%83O-DO-ESTADO-DO-MARANH%C3%83O\\_atualizada\\_at%C3%A9\\_emenda69.pdf≥](https://www.stc.ma.gov.br/files/2013/03/CONSTITUI%C3%87%C3%83O-DO-ESTADO-DO-MARANH%C3%83O_atualizada_at%C3%A9_emenda69.pdf). Acesso em 21 out.2021.

MATO GROSSO. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Mato Grosso*. Disponível em: [≤https://www.al.mt.gov.br/arquivos/legislacao/constituicao\\_estadual.pdf≥](https://www.al.mt.gov.br/arquivos/legislacao/constituicao_estadual.pdf). Acesso em: 21 out.2021.

MATO GROSSO DO SUL. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul*. Disponível em: [≤https://al.ms.gov.br/upload/Pdf/2019\\_07\\_15\\_05\\_15\\_11\\_constituicao-do-estado-de-mato-grosso-do-sul-1989.pdf≥](https://al.ms.gov.br/upload/Pdf/2019_07_15_05_15_11_constituicao-do-estado-de-mato-grosso-do-sul-1989.pdf). Acesso em: 21 out.2021.

MINAS GERAIS. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: [≤https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf≥](https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf). Acesso em: 21 out.2021.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Estatuto jurídico das estatais erra ao fixar normas homogêneas de licitação. *ConJur*, 28 de Agosto de 2016. Disponível em: [≤https://www.conjur.com.br/2016-ago-28/estatuto-juridico-estatais-erra-fixar-normas-homogeneas≥](https://www.conjur.com.br/2016-ago-28/estatuto-juridico-estatais-erra-fixar-normas-homogeneas). Acesso em 21 out. 2021.

PARÁ. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Pará*. Disponível em: [≤https://www.sistemas.pa.gov.br/sisleis/legislacao/228≥](https://www.sistemas.pa.gov.br/sisleis/legislacao/228). Acesso em: 21 out.2021.

PARAÍBA. Constituição (1989). *Constituição do Estado da Paraíba*. Disponível em: [≤http://www.al.pb.leg.br/wp-content/uploads/2017/02/Constitui%C3%A7%C3%A3o-Estadual-Atualizada-at%C3%A9-a-Emenda-40-de-2015.pdf≥](http://www.al.pb.leg.br/wp-content/uploads/2017/02/Constitui%C3%A7%C3%A3o-Estadual-Atualizada-at%C3%A9-a-Emenda-40-de-2015.pdf). Acesso em: 21 out.2021.

PARANÁ. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Paraná*. Disponível em: [≤https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&codAto=9779&codItemAto=97592≥](https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&codAto=9779&codItemAto=97592). Acesso em: 21 out.2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas Estadual. Processo nº 881648/16. Acórdão nº 1811/18 - Tribunal Pleno. Relator: Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares. Guarapuava, 5 de julho de 2018. Disponível em: [≤ https://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2018/7/pdf/00329933.pdf≥](https://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2018/7/pdf/00329933.pdf). Acesso em 19 out. 2021.

PERNAMBUCO. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Pernambuco*. Disponível em: [≤https://www.alepe.pe.gov.br/wp-content/uploads/2015/05/constituicaoestadual.pdf≥](https://www.alepe.pe.gov.br/wp-content/uploads/2015/05/constituicaoestadual.pdf). Acesso em: 21 out.2021.

PIAUI. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Piauí*. Disponível em: [≤http://www.cge.pi.gov.br/legis/legislacao/constituicao-do-estado-do-piaui-2013.pdf≥](http://www.cge.pi.gov.br/legis/legislacao/constituicao-do-estado-do-piaui-2013.pdf). Acesso em: 21 out.2021.

RIO DE JANEIRO. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*, art. 364, parágrafo único. Disponível em: [≤http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage≥](http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage). Acesso em: 21 out.2021.

RIO GRANDE DO NORTE. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Rio Grande do Norte*. Disponível em: [≤http://www.al.rn.gov.br/documentos/Constituicao-RN.pdf≥](http://www.al.rn.gov.br/documentos/Constituicao-RN.pdf). Acesso em: 21 out.2021.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: [http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X\\_3esaNg%3d&tabid=3683&mid=5358](http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%3d&tabid=3683&mid=5358). Acesso em: 21 out.2021.

RONDÔNIA. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Rondônia*. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/constituicao-estadual>. Acesso em: 21 out.2021.

RORAIMA. Constituição (1991). *Constituição do Estado de Roraima*. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70439/CE\\_RR\\_EC\\_75-2021.pdf?sequence=21&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70439/CE_RR_EC_75-2021.pdf?sequence=21&isAllowed=y). Acesso em: 21 out.2021.

SANTA CATARINA. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Santa Catarina*. Disponível em: [http://www.alesc.sc.gov.br/sites/default/files/CESC\\_2021\\_-\\_80\\_emds.pdf](http://www.alesc.sc.gov.br/sites/default/files/CESC_2021_-_80_emds.pdf). Acesso em: 21 out.2021.

SÃO PAULO. Constituição (1989). *Constituição do Estado de São Paulo*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em 21 out.2021.

SERGIPE. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Sergipe*. Disponível em: <https://al.se.leg.br/wp-content/uploads/2019/09/constitui%C3%A7%C3%A3o-site.pdf>. Acesso em: 21 out.2021.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Linha doutrina: as empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TOCANTINS. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Tocantins*. Disponível em: <https://central3.to.gov.br/arquivo/470931/>. Acesso em: 21 out.2021.

TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. History and competition policy in Brazil: 1930-2010. *The Antitrust Bulletin*. V. 57, nº 2, p. 207-257, 2012. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0003603X1205700202>. Acesso em 21 out. 2021.