

# BANCOS OFICIAIS E LIVRE CONCORRÊNCIA

---

*Adilson Abreu Dallari\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Considerações gerais; 3. Os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

## 1. Introdução

Este estudo retoma uma antiga discussão decorrente do uso da expressão “instituições financeiras oficiais” pelo texto constitucional em vigor. Ainda persiste a dúvida quanto ao significado dessa expressão, no tocante à sua abrangência, ou, mais exatamente, se ela compreende apenas os bancos sob controle acionário de entidades públicas (integrantes da administração pública descentralizada) ou também aqueles os bancos cuja criação foi autorizada pela Administração Pública, que estão estruturados e funcionam na forma prevista na lei, nos regulamentos e sob fiscalização do Poder Público, sujeitos, inclusive, ao encerramento de suas atividades por determinação da autoridade administrativa federal competente.

O dispositivo constitucional, cujo entendimento é o objeto principal deste estudo, é o § 3º do art. 164, assim redigido:

*“§ 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”.*

A questão não se resume a um simples jogo de palavras, nem a mera disputa semântica, mas, sim, configura um sério problema de interpretação de texto legal, com suas dificuldades, seus métodos, seus princípios, suas regras e com enorme repercussão de ordem prática.

De fato, o vocábulo “oficial”, tanto na linguagem comum quanto no próprio texto da Constituição Federal, não é unívoco, não tem apenas um único significado, mas,

---

\* Prof. Titular de Direito Administrativo da PUC/SP.

sim, tem diferentes conteúdos em diferentes circunstâncias e diferentes dispositivos. É bastante significativo o fato de que as normas legais e infralegais que disciplinam a matéria não se referem a bancos oficiais, mas, fazem uma distinção bastante clara entre bancos públicos e privados, conforme consta do art. 1º da Lei nº 4.595/64, que dispõe sobre o Sistema Financeiro Nacional.

Em trabalho escrito no ano 2000 e publicado na *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, nº 35, p. 119 e seguintes, firmamos a seguinte conclusão:

*“Instituições financeiras oficiais não são apenas os bancos públicos, bancos sob controle acionário do Poder Público instituidor; mas, sim, são, indistintamente, bancos públicos ou privados, desde que tenham sido regularmente instituídos e sejam devidamente fiscalizados pelos órgãos e entidades federais competentes”.*

Entretanto, com o avanço do processo de privatização e de reestruturação do sistema bancário, que incrementou sobremaneira a disputa pela clientela entre as instituições de crédito, a controvérsia sobre o significado da expressão constitucional “instituições financeiras oficiais” voltou à tona, exigindo que se proceda a uma nova abordagem, à luz das supervenientes alterações do texto constitucional e das mais recentes manifestações doutrinárias.

## 2. Considerações gerais

Para que se possa chegar a um entendimento sólido e firme quanto à interpretação da referida expressão, é preciso, primeiramente, examinar as considerações da doutrina a respeito dos métodos interpretativos e dos princípios constitucionais.

Subir ao nível dos princípios constitucionais para orientar e condicionar a interpretação das normas constitucionais e infra-constitucionais aqui tratadas é o caminho indicado pela Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, em sua importante lição:

*“Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas-mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional.*

*Os princípios constitucionais são predeterminantes do regramento jurídico. As decisões políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional obedecem a diretrizes compreendidas na principiologia informadora do sistema de Direito estabelecido pela sociedade organizada em Estado.*

*Princípios jurídicos constitucionais não se propõem; proclamam-se. Não se cuida de propostas. São opções constituintes projetadas no sistema constitucional expressa ou implicitamente. E são eles as opções identificadoras das raízes do sistema constitucional. Neles estão o espírito e os fins do sistema. Indicam eles - ou, antes, demonstram - a tendência ideológica do sistema jurídico, determinando primária e originariamente a concretização do que eles expressam no conjunto de normas jurídicas”.<sup>1</sup>*

É preciso ter claro, que toda e qualquer interpretação constitucional deve partir de seus princípios fundamentais. Eles servem para orientar e conduzir a interpretação das próprias normas constitucionais isoladas.

Mas, além dos princípios, ao interpretar a norma, no momento de sua aplicação, é imperioso atentar para as circunstâncias de ordem fática e para os valores então vigentes, pois a experiência jurídica não se encerra unicamente no texto normativo, pois apresenta sempre uma interação entre fatos, valores e normas, conforme o antigo e cada vez mais solidificado magistério de Miguel Reale:

*“Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (O Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça).*

*Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica, etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;*

*Desse modo, fatos, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente, o que, como veremos, se reflete também no momento em que o jurisperito (ad-*

<sup>1</sup> *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994, p. 25.

*vogado, juiz ou administrador) interpreta uma norma ou regra de direito (são expressões sinônimas) para dar-lhe aplicação”.*<sup>2</sup>

Assim, os fatos sociais e os valores consagrados pela sociedade em um determinado momento são extremamente relevantes para a interpretação das normas constitucionais. É preciso não perder de vista, portanto, que as normas constitucionais guardam uma íntima relação com opções políticas, pois, em última análise, elas são a transposição, para o mundo jurídico, para o sistema jurídico, de opções políticas fundamentais.

Além disso, é forçoso levar em consideração que o texto constitucional é produzido em um dado momento histórico. O texto, a dicção, o enunciado se cristalizam num determinado momento, mas a realidade é dinâmica, a história está sempre em movimento, exigindo que a interpretação da norma, a identificação do seu significado, seja feita também pelo método evolutivo. Conforme ensina Antonino Pensovecchio Li Bassi, em sua preciosa obra sobre *L'Interpretazione delle Norme Costituzionale* (Milano, 1972, pp. 62 e 81), numa tradução para o português:

*“O intérprete não deve esquecer que a Constituição contempla as opções políticas fundamentais de um dado sistema jurídico, devendo o intérprete das disposições constitucionais atentar cuidadosamente para os valores políticos consagrados nos princípios fundamentais esposados pela Constituição. [...]*

*O intérprete das normas constitucionais deve aplicar no seu trabalho também o critério evolutivo, atentando para com a realidade e referindo as normas isoladas a um sistema constitucional em contínua evolução, como decorrência das mutações das exigências político-sociais da coletividade. Deve aplicar as normas não com base no sistema no qual o dispositivo historicamente nasceu, mas, sim, com base no sistema atual no qual vive. [...]*

*Deve levar em conta a realidade concreta, na qual operam as normas constitucionais, para trazer do exame da realidade oportunos elementos de valorização que permitam ajustamento ao processo evolutivo das normas e evitar conclusões incompatíveis com a vida real”.*

Concepções políticas vigentes ou predominantes no momento de produção das normas constitucionais são, portanto, profundamente relevantes quando se pretende desvendar seu melhor entendimento da norma constitucional. Mas é essencial lembrar que os conceitos utilizados pela Constituição sofrem mutações decorrentes do passar do tempo, exigindo que o intérprete lance mão da chamada interpretação evolutiva:

<sup>2</sup> *Lições Preliminares de Direito*, Bushatsky, São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1973, pp. 85, 86, 87 e 88.

*“Um texto constitucional é composto de normas que trazem consigo conceitos que evoluíram no tempo e se modificaram a partir da mutação da própria sociedade. Não se pode tomar a ordem constitucional como ordem estática, presa a um passado legislativo que não opera mais no presente. A abertura constitucional é exatamente a possibilidade de reconstruir o texto a partir da interpretação, dando leitura nova a velhos textos, reelaborando conteúdo dos conceitos constitucionais”.*<sup>3</sup>

Nesse contexto, a questão em comento deve ser vista sob lentes que apontam para um Estado em fase de erradicação de estruturas arcaicas, para fomentar a ocupação de espaços, antes desempenhados por estatais, por empresas privadas.

Dizendo mais claramente: não se pode aqui e agora, neste estudo, tentar desvendar qual teria sido a intenção do legislador constituinte, por ocasião da promulgação do texto constitucional, em 1988; o que interessa é identificar, agora, a melhor interpretação que se pode dar a um determinado preceito, à luz do contexto constitucional e das circunstâncias e valores da realidade vigente.

Dessa forma, a tarefa de encontrar o significado da expressão “instituições financeiras oficiais”, percorre os caminhos da hermenêutica, mas sem se descolar do momento vivido pelo Estado brasileiro, iniciado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e intensificado com a edição de sucessivas Emendas Constitucionais.

É de se notar, todavia, que a questão não é nova. Desde a promulgação da Constituição de 1988, a mais autorizada doutrina já afirmava, enfaticamente, a impossibilidade de tratamento diferenciado entre instituições bancárias, independentemente da titularidade da maioria de seu capital:

*“Não é lícita a criação de regime diferenciado para as instituições financeiras públicas, relativamente às privadas. Explorando atividade econômica, todas terão o mesmo regime jurídico. Isto é questão clara, inquestionável e pacífica, no nosso direito (art. 173, CF). [...]”*

*São, assim, inválidas as normas do Conselho Monetário Nacional dirigidas apenas às instituições financeiras públicas, no que diz respeito a normatizar operações com o setor público. Todas as regras aplicáveis às financeiras privadas são aplicáveis às de capital público. Não pode haver regras que só se apliquem a algumas, com exclusão de outras (art. 192, I e IV).*

*A circunstância de a instituição financeira ser banco estadual não altera um milímetro a força e a eficácia dos princípios constitucionais invocados. A natureza*

<sup>3</sup> Ney de Barros Bello Filho, *Sistema Constitucional Aberto*, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p. 217.

*do acionista não interfere -- para fins da legislação federal -- com o regime da entidade. Não pode ser mais detrimetoso o regime de uma financeira, porque 'oficial' (na adjetivação do art. 192, I, da CF)".<sup>4</sup>*

O texto acima transcrito foi publicado em 1992, quando vigente o referido art. 192 da Constituição Federal em sua versão original. Conforme acima mencionado, antes da Emenda Constitucional nº 40, de 2003, o inciso primeiro desse artigo fazia menção a “instituições bancárias oficiais e privadas”, mas exatamente para salientar a igualdade entre elas, assegurando a ambas, igualmente, o acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário.

Ou seja, mesmo que se pudesse, naquela ocasião, entender “oficial” como sinônimo de “público”, a essência do mandamento constitucional, conforme a lição do pranteado mestre Geraldo Ataliba, era no sentido da inutilidade de tal distinção, já que não poderia haver tratamento diferenciado ou discriminatório entre elas.

Diante dessas considerações, não seria cabível outra interpretação ao art. 164, §3º, da Constituição Federal, senão aquela que indique a inexistência de privilégios para as instituições financeiras públicas em detrimento das instituições financeiras privadas.

Por conseqüência, não há sustentação para interpretações de textos normativos infraconstitucionais, que não estejam no sentido de garantir-se as mesmas condições a bancos públicos e bancos privados, sob pena de ali haver norma inconstitucional. É o que se passará a sustentar, com base na mesma raiz, mas com outros argumentos adicionais.

### **3. Os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência**

De acordo com o art. 1º da Constituição Federal, o Brasil é uma República Federativa e tem por fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa. Isso significa que o constituinte estabeleceu, desde o primeiro dispositivo da Constituição Federal de 1988, os princípios mestres a serem obedecidos pelo hermeneuta, durante a atividade interpretativa do texto constitucional.

O hermeneuta deve, assim, interpretar os artigos, parágrafos, incisos e alíneas da Constituição de modo a garantir a plena harmonia entre suas previsões e a forma de

<sup>4</sup> Geraldo Ataliba, “Delegação Normativa - Limites às competências do CMN e Bacen”, *Revista de Informação Legislativa*, nº 113, jan./mar. 1992, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, p. 278 e 281.

Estado, republicana, baseada nos fundamentos arrolados nos incisos do art. 1º da Carta Constitucional. Dessa forma, interpretações que levam ao conflito com os fundamentos da Constituição devem ser descartadas.

Não há interpretação válida de norma constitucional que sustente uma incoerência face aos fundamentos da República Federativa do Brasil. As próprias exceções havidas no texto da Constituição são válidas somente no sentido de reafirmar tais fundamentos.

No caso específico, a previsão de que a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil implica a escolha, pelo constituinte, de um Estado com economia baseada em regras de mercado, rejeitando-se a economia integralmente monopolista ou, até mesmo, monopolista em determinados setores. Tem-se, portanto, instaurada uma República, com economia de mercado, livre de antigas amarras econômicas, dos privilégios estatizantes, que, no passado, ocasionaram o inchaço da máquina pública.

É, justamente, por essa razão que, ao estabelecer princípios, referentes à atividade econômica, o constituinte resgatou os fundamentos estabelecidos no art. 1º do texto constitucional, para elevar a livre concorrência ao patamar de fundamento da economia brasileira. Dessa forma, prevê o art. 170, inciso IV, da Constituição Federal, *verbis*:

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

*(...)*

*IV - livre concorrência”.*

Vê-se como desdobramento da livre iniciativa a livre concorrência entre particulares. A aplicação desses princípios implica afirmar que o Estado não só se absterá de intervir na economia, como criará mecanismos que garantam a todos o exercício da livre iniciativa, por meio do exercício de profissões e ofícios, nos termos do art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, como também, assegurará a livre concorrência, protegendo o mercado, por legislação específica e órgãos da Administração Pública.

Nesse sentido, foi editada a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que, em seu art. 1º menciona que sua finalidade é a “prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

Coerentemente com os princípios acima mencionados, o art. 173 da Constituição Federal, afirma categoricamente que a exploração direta da atividade econômica

compete ao setor privado da economia, admitindo-se apenas excepcionalmente a atuação do Estado, em situações especiais estabelecidas em lei, *verbis*:

*“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”.*

Note-se que a primeira ressalva é feita com relação aos “casos previstos nesta constituição”. Isso significa que a própria Constituição já estabelece exceções à regra geral, mas, quando o faz, afirma categoricamente, indubitavelmente que se refere a tratamento excepcional, como é o caso dos bens tratados no art. 176 e, muito especialmente, dos monopólios citados no art. 177.

Assim, a regra geral, com caráter de princípio fundamental, é a preferência para a iniciativa privada. A atuação do Estado na exploração direta de atividade econômica, como é exatamente o caso dos bancos, deve ser excepcional. Ora, o papel do Estado é garantir a liberdade na atividade econômica, de modo que sua intervenção como agente direto na economia só será possível se houver expressa e clara disposição constitucional nesse sentido ou nos casos previstos em lei.

Dizendo mais claramente: no capítulo da Constituição que estabelece os princípios gerais da ordem econômica não existe qualquer dispositivo conferindo privilégio aos bancos estatais.

Desse modo, para que se sustentasse a interpretação pela qual a expressão “instituições financeiras oficiais” estampada no art. 164, § 3º, da Constituição Federal, se refere a bancos públicos, seria necessário encontrar, na ordem econômica, algum dispositivo que estabelecesse tal exceção à regra geral da livre iniciativa ou da liberdade econômica.

O próprio dispositivo em exame apresenta um significativo indicador de que, quando a Constituição estabelece uma exceção, ela o faz aberta e claramente. Com efeito, no tocante às disponibilidades de caixa da União, o texto constitucional menciona, de maneira direta e inquestionável, o Banco Central.

Ao contrário, quanto às demais entidades governamentais, o texto constitucional não usa as expressões “banco público” ou “entidade bancária sob controle permanente do Poder Público”, mas, sim, usa a expressão “instituições financeiras oficiais”, que, por comportar uma pluralidade de interpretações, não pode ser havida como uma clara, expressa e inequívoca exceção à regra geral.

A bem da verdade, conforme ficou evidenciado durante o processo de reforma do setor bancário (levada a efeito na última década), a imposição de depósito de disponibilidades de caixa em bancos públicos significa um contra-senso com o próprio interesse estatal, dada a inegável história de malversação dessas instituições financeiras, principalmente, por Estados-membros da Federação brasileira.

Por ora, vale lembrar uma regra elementar de hermenêutica, segundo a qual as exceções devem ter interpretação estrita, não comportando interpretação extensiva. Em caso de dúvida quanto à interpretação de algum específico dispositivo, deve-se preferir aquela mais consentânea com a regra geral.

Assim, diante dos princípios constitucionais de livre iniciativa e livre concorrência, uma interpretação que leve à aplicação de regra de modo a privilegiar a intervenção na atividade econômica, do Estado, deve ser afastada, ou seja, a norma deve ser interpretada de acordo com os princípios.

No sábio dizer do Ministro Eros Grau, não se interpreta a Constituição em tiras, pinçando algum artigo isolado, pois a interpretação constitucional exige atenção para com o complexo de princípios e normas, que são condicionantes do entendimento a ser dado a cada preceito específico:

*“Por isso mesmo a interpretação do direito é interpretação do direito, e não textos isolados, desprendidos do direito.*

*Não se interpretam textos de direito, isoladamente, mas sim o direito, no seu todo. Santi Romano [1964:211] insiste em que a interpretação da lei é sempre interpretação não de uma lei ou de uma norma singular (texto, e não norma – insisto), mas de uma lei ou uma norma que é considerada em relação à posição que ocupa no todo do ordenamento jurídico; o que significa que o que efetivamente se interpreta é esse ordenamento e, como consequência, o texto singular. Hermann Heller [1977:274], por outro lado, observa que o preceito jurídico particular somente pode ser fundamentalmente concebido, de modo pleno, quando se parta da totalidade da Constituição política. A propósito, diz Geraldo Ataliba [1970:373]: ‘(...) nenhuma norma jurídica paira avulsa, como que no ar. Nenhum mandamento jurídico existe em si, como que vagando no espaço, sem escoro ou apoio. Não há comando isolado ou ordem avulsa. Porque esses – é propedêutico – ou fazem parte de um sistema, nele encontrando seus fundamentos, ou não existem juridicamente’.*

*Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.*

*A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição.*

*Por isso insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. As normas – afirma Bobbio [1960:3] – só têm existência em um contexto de normas, isto é, no sistema normativo.*

*A interpretação do direito – lembre-se – desenrola-se no âmbito de três distintos contextos: o lingüístico, o sistêmico e o funcional [Wróblewski 1985:38 e ss.]. No contexto lingüístico é discernida a semântica dos enunciados normativos. Mas o significado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional”<sup>5</sup>.*

Com isso, tem-se claro que o silêncio da Constituição a respeito do tema, ou, melhor dizendo, a inexistência de uma afirmação clara e inequívoca criando uma exceção, impõe a interpretação no sentido de que a expressão “instituições financeiras oficiais” nada mais quer dizer senão instituições financeiras autorizadas a funcionar regularmente, segundo as normas do setor bancário ou exigências meramente administrativas feitas por órgãos públicos.

Ora, somente essa interpretação é consentânea com os princípios estampados na Constituição Federal e com o papel do Estado, por ela atribuído, que é de garantidor da livre iniciativa e da concorrência, assegurando o respeito às normas de não intervenção na economia.

Outro preceito de hermenêutica constitucional, que nos leva à mesma conclusão, é o da necessidade de interpretação evolutiva, segundo a qual as normas devem ser entendidas não em face do ambiente existente quando de sua edição, mas sim de acordo com as circunstâncias vigentes no momento de sua aplicação. Já tivemos a oportunidade de tratar do assunto em recente artigo:

*“Toda norma legal, inclusive constitucional, decorre de um ambiente político, social e econômico vigente no momento de sua edição. Mas esse ambiente muda com o decorrer do tempo, exigindo do intérprete e aplicador da lei um esforço de adaptação, para que possa dar a correta solução aos problemas emergentes. É certo, portanto, que a melhor interpretação da lei (entre as várias possíveis) vai variar ao longo do tempo de sua vigência. Uma interpretação incontestavelmente correta adotada em um momento do passado, pode tornar-se inaceitável em ocasião posterior; pois obviamente, não faz sentido dar-se a mesma solução para um problema que se tornou diferente, em razão de alterações no plano da realidade fática”<sup>6</sup>.*

<sup>5</sup> *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.113.

<sup>6</sup> Adilson Abreu Dallari, Privatização, Eficiência e Responsabilidade, in *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*, obra em homenagem a Eduardo García de Enterría, coordenador Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Editora Renovar, 2003, p. 211.

No que diz respeito à específica questão em exame, é extremamente significativa a claríssima tendência observada na evolução das alterações que se fizeram ao texto constitucional por meio de Emendas. Seu conjunto reforça o abandono do antigo modelo estatizante e a adoção de um modelo voltado para a privatização, conferindo ao Poder Público um maior poder de planejamento e controle, na medida em que a atuação na prestação de serviços e execução de obras era conferida aos particulares.

A Constituição Federal de 1988 acompanha, assim, a evolução do Estado capitalista, implementando regras que cada vez mais favorecem a atuação de empresas privadas na economia, pois foi este o meio de produção eleito pelo constituinte de 1988. Nesse sentido, vale conferir a lição de José Afonso da Silva:

*“Temos afirmado que a Constituição agasalha, basicamente, uma opção capitalista, na medida em que assenta a ordem econômica na livre iniciativa e nos princípios da propriedade privada e da livre concorrência (art. 170, caput, e incs. II e IV). O princípio da propriedade privada envolve, evidentemente, a propriedade privada dos meios de produção, e o fato mesmo de admitir investimentos de capital estrangeiro, ainda que sujeitos à disciplina da lei, de reconhecer o poder econômico como elemento atuante no mercado (pois só se condena o abuso desse poder) e a excepcionalidade da exploração direta da atividade econômica pelo Estado, bem mostra que a Constituição é capitalista”<sup>7</sup>.*

Sendo assim, com o reconhecimento do modelo econômico vigente de mercado, de livre concorrência, que deve ser assegurada e controlada pelo Poder Público, não faz sentido algum a outorga de privilégios a entidades públicas (no caso bancos) para que façam uma concorrência desleal com a iniciativa privada.

Foi no sentido de acompanhar a evolução do regime capitalista, que o texto do art. 192, da Constituição Federal, foi alterado pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003. A antiga redação veiculava, no inciso I do art. 192, supracitado, aparente oposição entre instituições bancárias oficiais e privadas, imputando àquelas, aparentemente, o significado de públicas, *verbis*:

*“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado por lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:*  
*I - a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do*

<sup>7</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 30ª edição, São Paulo: Malheiros: 2008, pp.799-200.

*mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso” (grifamos).*

Mas, em meio a um conjunto de medidas visando abolir privilégios estatais e fortalecer a iniciativa privada, esse texto do inciso I foi revogado, nos termos da Emenda Constitucional nº 40, de 29/5/2003, passando o art. 192 da Constituição Federal a ser assim redigido, *verbis*:

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

A supressão da distinção entre instituições bancárias “oficiais” e “privadas” não é meramente acidental, significando, sim, claramente, o fim dessa dicotomia e a reunião de todas as instituições bancárias em uma só e única espécie.

Assim, nada mais consta no texto constitucional, que possa fazer crer que a expressão “instituições financeiras oficiais” possa ser havida como sinônimo de instituições financeiras públicas, em oposição a instituições financeiras privadas. Aqui, o vocábulo “oficiais” está em oposição a “oficiosas”, informais ou mesmo irregulares.

A regra do § 3º do art. 164 da Constituição Federal – “instituições financeiras oficiais” – abrange, portanto, tanto os bancos públicos como os privados, já que todos, igualmente, exploram atividade econômica e estão igualmente sujeitas à fiscalização da União, nos termos do art. 21, VIII, sendo todos, portanto, “oficiais”.

As vigas mestras do modo de produção capitalista, eleito pelo constituinte de 1988, subsidiaram, também, a atividade legislativa ordinária, na medida em que sustentaram a adoção de políticas públicas de desestatização. O ponto alto dessas políticas públicas foi a edição da Lei nº 9.491/97, o Plano Nacional de Desestatização.

Com esse Plano, buscava-se reordenar e reestruturar o modelo estatal de prestação de serviços públicos e de intervenção em áreas da atividade econômica do país, transferindo à iniciativa privada importante função de promover o crescimento do país. Foram nesse sentido as palavras do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, ao prefaciar obra jurídica de autoria coletiva, *verbis*:

*“Agora cabe ao setor privado atender à convocação para recolocar o Brasil na trilha do crescimento econômico sustentado. No modelo proposto, o desenvolvi-*

*mento será financiado pela iniciativa privada, a qual caberá o papel de agente executor dos serviços públicos, em vez de ter como base principal os recursos orçamentários. Ao Governo compete, como missão irrevogável e fundamental, a regulamentação e fiscalização dos serviços, representando e defendendo os usuários e os interesses da sociedade”<sup>8</sup>.*

O Plano Nacional de Desestatização influenciou, fortemente, o setor bancário brasileiro, dando início ao período de crepúsculos dos bancos públicos, saneando o ambiente financeiro e as atividades bancárias, proporcionando as bases para o extraordinário desenvolvimento do mercado de capitais.

Em síntese, à luz do contexto acima demonstrado, e mediante uma interpretação sistemática da Constituição Federal, não se pode interpretar o vocábulo “oficial” como correspondente a “público”, pois é claríssima a opção contida na Constituição de 1988 pela valorização da iniciativa privada, erigindo-a ao nível de princípio.

No momento histórico marcado pela desestatização e pela privatização, não é possível aceitar interpretação do texto constitucional em sentido contrário. Qualquer interpretação constitucional que leve a um refluxo ou a um retrocesso nessa corrente estará indubitavelmente equivocada.

De resto, não há razão alguma para sustentar o monopólio dos bancos públicos, pois eles não são mais seguros ou confiáveis que os bancos privados, porque estão igualmente sujeitos às alterações do cenário econômico e, muito especialmente, estão demasiadamente expostos e são extremamente vulneráveis às conseqüências deletérias da má gestão.

<sup>8</sup> Arnoldo Wald e outros. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões*. São Paulo: RT, 1996, p. 7.

