

*OPEN MARKET — Operações por Prefeito Municipal — Licitude.*

O Prefeito de Angra dos Reis submete ao Governo do Estado cópia das informações que, atendendo ao Requerimento n.º 46/77, prestou à Câmara Municipal, sobre a aplicação de recursos financeiros do Município no denominado *open market*, reafirmando que o seu cargo, por sua própria natureza, está sempre à disposição do Senhor Governador, que o nomeou.

Para bem situarmos a questão, cumpre, inicialmente examinar em linhas gerais em que consiste o Mercado Aberto brasileiro, para indagar, em seguida, que tipo de relação jurídica vincula o cliente à Instituição Financeira que age nesse mercado e concluir, afinal, objetivamente, o que cabe fazer no caso concreto.

2. Como se sabe um dos principais objetivos da Política Monetária é o de corrigir as incertezas e perspectivas que provocam variações indesejáveis nos níveis de liquidez da comunidade. As armas clássicas para enfrentar essas oscilações são: a — variações das reservas bancárias (depósitos compulsórios); b — redesconto, e c) — operações de *open market*.

Essas operações de *open market* consistem, primordialmente, na compra e venda de papéis financeiros, por parte das autoridades monetárias, com o objetivo de ajustar, a cada momento, o nível da liquidez do sistema econômico e disciplinar a estrutura das taxas de juros dos mercados monetários e de capitais.

3. No mercado aberto brasileiro, como salienta DIRCEU CHIESA (in *Open Market, O Grande Mercado*, 2.ª edição, Sulina, jan. 1975, pg. 17) destacam-se, principalmente:

a — o Banco Central que, como agente do Tesouro Nacional, exerce as funções de licitante de Letras do Tesouro Nacional, vendendo-as às Instituições financeiras, que comparecem aos leilões semanais ou mensais, com as menores taxas de desconto; de comprador da LTN para sua carteira, nos leilões, em igualdade de condições com as instituições financeiras privadas; de resgatador de LTN nos seus vencimentos. Age, também, o Banco Central, como autoridade monetária, nas funções de: vendedor de LTN de sua carteira, em caráter definitivo ou não definitivo, às instituições financeiras credenciadas (*dealers*); de comprador de LTN para sua carteira, em caráter definitivo ou não definitivo das Instituições financeiras *dealers*.

b — Instituições financeiras, que vendem e compram os títulos aos clientes (o Banco Central não vende LTN diretamente a outras pessoas físicas ou jurídicas que não instituições financeiras, a não ser a empresas ligadas ao Governo federal em casos especiais). Para essas compras e vendas, as instituições financeiras dividem-se

em *dealers* (credenciadas pelo Banco Central, embora de forma não definitiva, nem ostensiva) e “não *dealers*”. Todas elas podem adquirir letras no mercado primário (leilões) e no mercado secundário em geral, com exceção das compras ou vendas de títulos ao Banco Central, privilégio das instituições *dealers* (ou de entidades ligadas ao Governo federal, como vimos).

c — os Clientes, aos quais as instituições financeiras revendem os títulos adquiridos em leilões ou da carteira do Banco Central, ou de outras instituições financeiras, ou de próprios clientes, em operações de recompra.

4. As principais normas que disciplinam o mercado aberto brasileiro são o Decreto-lei n.º 1.079, de 29 de janeiro de 1970, que autoriza a emissão de LTN para o desenvolvimento de operações de mercado aberto com fins monetários pelo Banco Central, aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 32, de 27 de maio de 1970; o Decreto-lei n.º 1.290, de 23 de dezembro de 1973, que proíbe a aquisição, por entidades públicas federais, de títulos de renda fixa públicos ou privados diretamente no mercado; o Decreto-lei n.º 1.338, de 23 de julho de 1974, que sujeita a tributação as LTN adquiridas por pessoas jurídicas (art. 14, § 1.º) e o Decreto-lei n.º 1.494, de 7 de dezembro de 1976, que em seu artigo 3.º determina que as pessoas físicas levem a tributação, como ganhos de capital, o que lucrarem nas operações do *open*. Dentre as Resoluções, Portarias e Circulares destaquem-se as seguintes (conforme levantamento feito até final de 1974 por D. CHIESA, in op. cit): Resolução n.º 150, de 22 de julho de 1970, do Banco Central, que regulamenta as LTN utilizadas pelo Banco Central para operações de mercado aberto; Circular n.º 145, de 25 de setembro de 1970, do Banco Central, que fixa a sistemática para o resgate das LTN bem como as normas a se observarem quanto a sua negociação; Portaria GB-358, de 28 de dezembro de 1970, do Ministério da Fazenda, que dispõe que as LTN de pessoas jurídicas poderão se contabilizar pelo preço de aquisição, em conta específica do ativo disponível, em rubricas destacadas; Circular n.º 156, de 9 de março de 1971, do Banco Central, que determina a caracterização, nos registros contábeis, das Letras e Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, negociadas por estabelecimentos bancários; Circular n.º 158, de 31 de março de 1971, do Banco Central, que determina a caracterização nos registros contábeis das LTN e ORTN negociadas por Bancos de Investimento, Sociedades de Crédito e Financiamento e do Tipo Misto, Sociedades Corretoras e Sociedades Distribuidoras; Carta Circular n.º 51, de 16 de setembro de 1971, do Banco Central, que fixa a sistemática que estende aos Bancos Comerciais o serviço de custódia de LTN no Banco Central; Comunicado GEDIP, n.º 95, de 17 de novembro de 1971, do Banco Central, que ratifica a forma de conta-

bilização em balanços das LTN adquiridas no mercado aberto por instituições financeiras e pessoas jurídicas em geral; Circular de 9 de dezembro de 1971, do Banco Central, que estabelece a programação, para 1972, no tocante ao processo de seleção dos "dealers"; Carta Circular n.º 61, de 4 de maio de 1972, do Banco Central do Brasil, que cria para as instituições financeiras que operam no mercado aberto relatórios diários para o banco oficial; Circular n.º 185, de 9 de agosto de 1972, do Banco Central, que estabelece normas complementares às fixadas na Circular n.º 145, de 25 de setembro de 1970, tornando facultativa a inclusão de numeração das LTN nos documentos de negociação institui mapa de controle diário das operações de mercado aberto e dá outras providências; Comunicado GEDIP, n.º 148, de 14 de dezembro de 1972, do Banco Central, que informa que em Aviso GB 518, de 12 de dezembro de 1972, o Ministro da Fazenda autoriza a suspensão da emissão de ORTN de um ano de prazo, a partir de 1.º de fevereiro de 1973 e o lançamento em substituição de LTN por igual prazo; Carta Circular n.º 116, de 23 de julho de 1974, do Banco Central do Brasil, que estabelece providências quanto a movimentação de LTN custodiadas na GEDIP em face do disposto no Decreto-lei n.º 1.338 e Resolução n.º 299, de 29 de agosto de 1974, do Banco Central, que autoriza o levantamento temporário da proibição de que trata o artigo 3.º do Decreto-lei n.º 1.290, de 3 de dezembro de 1973.

5. Devemos distinguir dois principais âmbitos, em tema de *open market*: dentro das fronteiras do primeiro, atuam o Banco Central e as instituições financeiras, negociando com LTN e ORTN; no segundo, as Instituições financeiras já estão voltadas para as empresas e o público em geral, num mercado que é, mais propriamente, mercado de dinheiro, onde se captam os recursos que serão utilizados nas operações de início referidas. Assim, ao lado do mercado aberto em sentido estrito existe um mercado que poderíamos chamar de dinheiro. Por outro lado, além do mercado aberto primário, há o mercado aberto secundário; e afora as LTN e ORTN negociam-se, no conjunto, diversos outros papéis, públicos e privados.

Embora não estejam diante de um mercado fechado, circunscrito a uma Bolsa, podemos traçar o contorno do mercado aberto, além do qual está o cliente, que aparece como um emprestador do dinheiro que será injetado no mercado, e cujo interesse precípua é o de receber esse seu dinheiro de volta, acrescido de "juros".

A função das instituições financeiras, diferentemente do que ocorre nas Bolsas de Valores, não é a de intermediação, não é a de corretagem entre o público e o Banco Central (ou outras instituições financeiras) nem de mero repasse de títulos. Não são prestadoras de serviços, nada podendo cobrar, aliás, a título de taxa ou corretagem pelas negociações (Resolução n.º 150, do Banco Central, inciso V).

O que as instituições financeiras fazem é, pois, captar dinheiro de terceiros para negociar em Letras ou Obrigações do Tesouro Nacional (ou outros papéis). Ao contratar com o cliente, a instituição financeira se obriga a devolver o dinheiro recebido, em prazo certo e com um "juro" prefixado, qualquer que seja o prazo de resgate e a efetiva rentabilidade do título.

O contrato é celebrado entre a instituição financeira (seja *dealer* ou não) e o cliente. Será esse contrato um mútuo com destinação? Ou um depósito irregular a prazo fixo? Ou uma cessão de crédito? Um contrato de desconto? Um reporte? Ou uma compra-e-venda com obrigação de recompra? E o seu objeto: será o dinheiro, ou serão os títulos, ou ambos?

Na prática o contrato é tratado como se fosse uma compra-e-venda, tendo por objeto LTN, ORTN ou outros títulos, com obrigação de recompra. A instituição financeira (como se pode ver, aliás, neste processo administrativo), ao celebrar o negócio emite uma fatura de compra e venda, e, nessa fatura, ou em documento à parte, se obriga a recomprar o título num prazo certo.

6. Seja qual for o contrato o que importa considerar é que, do ponto de vista do cliente (que é o que nos interessa), o problema da aplicação no *open market* consiste, substancialmente, na disciplina da utilização de suas disponibilidades financeiras, de seu dinheiro em caixa. Esse dinheiro em caixa que, anteriormente, só era depositável em Bancos comerciais e, agora, aplicável, também, em instituições financeiras outras, com quase a mesma liquidez, sem riscos (se a Instituição financeira for idônea), com boa rentabilidade e sem formalismos.

Quem deve dizer se é conveniente, que o dinheiro de algum cliente (seja ele uma pessoa física, uma empresa privada ou pública, ou um órgão de administração pública, federal, estadual ou municipal) seja, ou não, captado para o *open market*, é a União Federal, a quem compete dispor sobre o sistema de moeda e crédito.

Da perspectiva do cliente, o que importa é a definição precisa do que sejam as suas disponibilidades financeiras, e em que circunstâncias, junto a que instituições podem, ou não, essas disponibilidades financeiras serem "aplicadas", em vez de permanecerem em Bancos ou em Caixa. O Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, dentro desse prisma, regulou a matéria, no artigo 5.º do Decreto-lei n.º 265, de 22 de julho de 1975, ao tratar do Fundo de Desenvolvimento Econômico e Social, cujas disponibilidades, obedecidas as normas contábeis que regem esse fundo, podem ser aplicadas em papéis da dívida pública ou títulos de responsabilidade de instituições financeiras oficiais.

No caso das Prefeituras do Estado do Rio não há autorização, ou proibição, expressas, para esse tipo de utilização das disponibili-

dades financeiras. Como não existe norma regendo a matéria nesse âmbito — não há como se responder, em tese, se a “aplicação no open” feita pelo Prefeito de Angra foi, ou não, legal ou conveniente. Até que seja disciplinada a referida “aplicação” o exame da conveniência, ou legalidade, da utilização das disponibilidades da Prefeitura só pode ser feito caso a caso, em concreto.

7. Na espécie vertente, o Conselho de Contas do Município, no processo extraordinário 2.383/77, apenso ao processo 2.511/77, examinando o ofício 188/77/GP/D, do Prefeito de Angra, datado de 13-5-77, com o “demonstrativo referente ao saldo de exercícios anteriores em depósito nas diversas agências bancárias desta cidade, aplicado em ORTN e LTN”, em acórdão unânime de 14 de junho de 1977, embora considerando, em tese, não deverem os municípios aplicar no *open market*, acatou, no caso concreto, as operações feitas “como se legitimamente realizadas”, reservando-se apreciar, apenas, oportunamente, os seus efeitos contábeis.

Sendo assim, não há, a meu ver, elementos no processo administrativo sob exame que imponham ao Senhor Governador aceitar o oferecimento do cargo em devolução que lhe foi feito pelo Prefeito de Angra, ressalvado, evidentemente, o exame da matéria por parte de S. Exa. de outra perspectiva a seu critério.

É esse o meu parecer jurídico conclusivo sobre o que consta deste processo, que submeto à elevada consideração de Vossa Excelência.

Rio de Janeiro, 11 de julho de 1977.

LETÁCIO DE MEDEIROS JANSEN FERREIRA JÚNIOR  
Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica

—————  
*Tutela de BENS PÚBLICOS DOMINIAIS — Proteção através da via judicial, ou da autotutela, à opção de Administração Pública.*

1 — O processo administrativo em exame informa a existência de invasão, e ocupação clandestina e ilegal, de faixa de terreno doada ao Poder Público para a abertura de logradouro público.

Em tais casos é conveniente, sempre, seja o processo instruído com a titulação da área, descrição e localização do ponto invadido, nome dos invasores, data da ocorrência e informações adicionais detalhadas.

A defesa do patrimônio público pode ser feita através das vias judiciais próprias, comuns à proteção da posse e dos direitos reais privados, caso em que deverá ser providenciada a atualização da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que

incumbe aos Procuradores do Estado a representação do Município do Rio de Janeiro em juízo, nos termos do Decreto-lei 12, de 15-3-1975, artigo 10, e da Lei Complementar 3, de 22-9-1976, artigo 105.

2 — É oportuno assinalar, contudo, que o Município dispõe para a proteção de seu patrimônio de um privilégio especialíssimo, que é o exercício da *autotutela*, instituto que propicia à Administração Pública agir com presteza, de modo direto, por si mesma, através de suas próprias resoluções executórias, sem necessidade de recorrer à via judicial.

Os seus lineamentos são descritos incisivamente por Cretella Jr.:

“Pelo instituto da *autotutela* a administração, dispensando a existência de texto de lei especial, autorizante, ou de título hábil emitido pelo juiz, age diretamente, valendo-se dos meios comuns de defesa da propriedade para a proteção da coisa pública.

Como se observa, tal faculdade concedida à administração constitui um privilégio especialíssimo, uma exceção na ordem jurídica. Para que a *autotutela* se verifique é preciso, antes de tudo, que seja incontestável a natureza pública do bem tutelado, afastados, pois, quaisquer direitos de quem dê origem à atividade administrativa protetora. Em segundo lugar, é preciso que os bens tutelados sejam dominiais e nunca do domínio privado do Estado, visto que, do contrário, estaria configurado o desvio do poder. Pela *autotutela* protege-se não só a coisa, em sua constituição física, impedindo-se-lhe a degradação, como também o exercício de atos de terceiros que possam estragá-la. Vai além. Procura reavê-la daquele que a detém illicitamente.” (Bens Públicos, ed. 1975, fls. 88).

A peculiaridade do regime consiste no fato de que, enquanto os sujeitos privados tutelam a propriedade privada — salvo o desforço imediato — apenas por meio de ação judiciária, o Estado, ao contrário, tutela a propriedade dominial de maneira direta, mediante atividade administrativa, pelo poder de polícia, ou melhor, pela polícia dos bens dominiais (Alessi, *Sistema Istituzionale*, 1953, pág. 405; Alfonso Tesauro, *Istituzioni* 1951, vol. II, pág. 448; Roger Bonnard, *Précis*, 1935, pág. 440, referidos por Cretella Jr.; ob. cit., pág. 66, nota 45; Luiz Machado Guimarães, *Com. ao Cód. Proc. Civil*, vol. IV, págs. 217 a 222; Ingresso Demanio em *Nuovo Digesto Italiano*, T. 4, pág. 694; citado por Manuel Maria Diez, *Domínio Público*, pág. 450, nota 5, ed. 1940).