

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO RELATOR VICE-PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS – RELATOR
SEVERIANO JOSÉ COSTANDRADE DE AGUIAR**

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO - TO 70131C34E244D87
Protocolo: 13474/2016 Data: 04/10/2016 13:31:03
Origem: JOEL RODRIGUES MILHOMEM
UF: TO CNPJ: ../-

AUTOS: **3123/2015** – Recurso Ordinário
RESPONSÁVEL: Joel Rodrigues Milhomem
RELATOR: Conselheiro Relator **Severiano José Costandrade de Aguiar**

Joel Rodrigues Milhomem, brasileiro, divorciado, portador do documento de identidade Nº 937.955 expedido pela SSP/II/TO, inscrito no CPF/MF sob o Nº 427.111.691-20, residente e domiciliado na Quadra 904 Sul, Alameda 12, Casa 25, CEP: 77.023-378 em Palmas/TO, vem à digna presença de Vossa Excelência apresentar

QUESTÃO DE ORDEM

face à violação do artigo 70, artigo 194, §1º e §2º, e artigo 196, Incisos I e II, do Regimento Interno desta Corte, pelo **Parecer nº 1850/2016**, da lavra do Conselheiro Substituto Wellington Alves da Costa, constante no documento PA 1850/2016, COREA, juntado em 13/09/2016, no processo eletrônico à epígrafe, o que se faz com fundamento no art. 21, §1º, da LOTCE-TO, e nos artigos nº 210, 211, Parágrafo Único, e artigo 316, Caput, e Parágrafo Único, todos do RITCE-TO, pelas seguintes razões de fato e de direito.

Assinado de forma digital por JOEL RODRIGUES MILHOMEM
Data: 04/10/2016 12:50:01

I – DOS FATOS E FUNDAMENTOS

a) Ausência de exame da preliminar do Recurso Ordinário (violação do art. 194, §1º, art. 196, I e II, do RITCE-TO). Negativa de vigência do Contraditório efetivo (violação do art. 70, do RITCE-TO).

O Responsável interpôs o Recurso Ordinário em desfavor Acórdão Nº 283/2014, apontando, preliminarmente, que houve infringência aos princípios constitucionais do Contraditório, Da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal, porque a decisão contida no Acórdão recorrido não cuidou de examinar as alegações de defesa do Responsável, haja vista que foi prolatada fundamentando-se na auditoria realizada muito antes da apresentação da defesa do Responsável, sem fazer qualquer análise das provas trazidas na defesa. Por isso, a decisão contida no Acórdão recorrido violou o direito do Responsável ao contraditório substancial e efetivo, e cerceou o seu direito de defesa.

Contudo, o Parecer 1.850/2016, do órgão responsável pela instrução do recurso, nada mencionou sobre tal irregularidade, limitou-se a mencionar que “ao reabrir o prazo para interposição do recurso, fica superado a questão preliminar”. Este entendimento está equivocado, e deve ser corrido. Veja:

A reabertura do prazo para a interposição do Recurso Ordinário se deu por um erro deste Tribunal na intimação do Responsável, conforme consta da Resolução nº 131/2015-TCE-Pleno (anexo I). Portanto, a reabertura do prazo recursal, nada tem a ver com a questão preliminar do Recurso. A interposição do Recurso, por si só, não supera a ilegalidade apontada.

A análise fundamentada da contradita posta no Recurso é um direito assegurado ao jurisdicionado. É a garantia do contraditório substancial e efetivo. Por isso, a questão preliminar trazida no Recurso à epigrafe deve ser analisada com a clareza, precisão e a fundamentação que a lei determina.

O Regimento Interno desta Corte de Contas, determina que todas as instruções, pareceres, relatórios, votos e decisões praticadas nos processos deste Tribunal deverão ser claros, precisos e fundamentados. Veja-se:

RITCE-TO

Art. 194 - ...

§ 1º - Todas as instruções, informações, pareceres, relatórios, votos e decisões praticadas nos processos deverão trazer seus elementos principais e ainda serem claros, precisos, fundamentados e conclusivos, ficando disponíveis no sistema informatizado.

Art. 196 - Os órgãos do Tribunal de Contas, na instrução do processo, observarão os seguintes princípios: **I** - descrição, com fidelidade, do conteúdo do processo, indicando a legislação pertinente; **II** - indicação precisa de todas as ocorrências e elementos que interessem ao exame da matéria;

A análise recursal e a instrução processual clara, precisa e fundamentada é direito assegurado do jurisdicionado. A garantia regimental à ampla defesa e ao devido processo legal exigem o Contraditório Substancial, que se efetiva mediante a discussão com os argumentos da parte, com base nas provas apresentadas e na legislação pertinente à matéria discutida.

A mera juntada de documentos pelo Responsável, sem o devido Contraditório substancial e efetivo, não é contraditório. É este o exato sentido da determinação contida no art. 70, do Regimento Interno desta Corte de Contas, porque emanado da Constituição Federal.

RITCE-TO

Art. 70 - Nos processos de que trata este Capítulo serão sempre assegurados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, nos termos do inciso LV do artigo 5º, da Constituição Federal.

Portanto, o Parecer nº 1.850/2016 não efetuou o devido exame da questão preliminar do Recurso, que deveria ter sido realizada de forma clara, precisa, fundamentada.

Assim, houve violação ao art. 70, art. 194, §1º, e art. 196, I e II, do RITCE-TO, haja vista que foi negada a vigência de tais dispositivos pelo Parecer nº 1.850/2016, pois não examinou e não apresentou qualquer fundamentação a respeito dos argumentos apontados na preliminar do Recurso.

Por isso, **o Recorrente requer a Vossa Excelência, desde já, desconsiderar o Parecer nº 1.850/2016, e, determinar o saneamento de tal irregularidade, se for o caso, mediante emissão de novo parecer**, que observe as determinações do artigo nº 70, artigo nº 194, §1º, e artigo nº 196, I e II, do Regimento Interno deste Tribunal, mediante exame adequado e fundamentado da contradita trazida pelo Responsável, inclusive, examinando a relação do caso com o precedente do Supremo Tribunal Federal evocado.

b) Ausência de apreciação das provas. Ausência de fundamentação em elementos existentes no processo (violação do art. 194, §1º, do RITCE-TO). Alegações desprovidas de embasamento técnico e sem fundamentação na legislação pertinente ao objeto do processo (violação do art. 196, I, do RITCE-TO).

O Responsável interpôs Recurso Ordinário em desfavor acórdão Nº 283/2014, demonstrando, mediante provas, que as operações de compra e venda de títulos públicos federais foram vantajosas para o IGEPREV. Demonstrou, ainda, que os preços praticados observaram o parâmetro ANDIMA e o SELIC, e que são compatíveis com os preços de mercado. Demonstrou também que as operações foram realizadas em conformidade com a Resolução nº 3.244/2004, do Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil. **Tudo comprovado mediante provas juntadas aos autos.**

Contudo, **o Parecer 1.850/2016**, emitido pelo órgão responsável pela instrução do recurso, não examinou o conjunto probatório apresentado pelo Responsável. Não fez qualquer análise com base na legislação pertinente à matéria do processo. limitou-se a citar as conclusões do Voto condutor do Acórdão recorrido, e a fazer ilações sem qualquer fundamento fático, teórico ou jurídico. Veja:

Parecer 1.850/2016

12. Manifestação

Quanto ao **valor da venda dos títulos NTN-B 2045 negociadas em 17/05/2007**, observando o Quadro 4 do item 9.5.1 do Voto Condutor do

Acórdão nº 283/2014-TCE-2ª Câmara, fica claro que a venda destes ficaram abaixo dos Parâmetros Andima em 3,75% por cada cota. Aparentemente esta diferença parece ser pequena se comparada a uma única cota do título. Porém se considerarmos o efeito escala, ao multiplicarmos o valor de cada cota pela quantidade total de cotas (ao negociar 25.949 cotas) o valor torna-se significativo, a ponto de causar um dano ao erário da ordem de R\$ 1.578.477,67. O mesmo raciocínio vale para a venda dos títulos NTN-B 2045 negociadas em 17/05/2007, que resultou em um dano ao erário equivalente à R\$ 7.079.901,67 (ao negociar 74.400 cotas). O critério a ser seguido neste tipo de operação é garantir a máxima rentabilidade prevista nos atos normativos que regulamentam essas aplicações e nas políticas de investimento do próprio IGEPREV, e não praticar valores de mercado. Aparentemente esta diferença parece ser pequena se comparada a uma única cota do título. Porém se considerarmos o efeito escala, ao multiplicarmos o valor de cada cota pela quantidade total de cotas (= 74.400 cotas) o valor torna-se significativo, a ponto de causar um dano ao erário da ordem de R\$ 7.079.901,67. Portanto, a alegação da defesa não merece prosperar. GN

Como se vê, o parecer, em um único parágrafo, faz uma análise rasteira e uma conclusão equivocada sobre os preços de mercado dos títulos, sem apreciar qualquer elemento probatório trazido aos autos, e sem fundamentar em qualquer normativo ou orientação técnica que pudesse amparar sua conclusão.

Sabe-se a prova constitui-se um dos principais elementos do processo, e a sua apreciação deve ser analítica, clara, obrigatória e fundamentada, com base nas questões de fato e de direito, à luz da legislação pertinente ao objeto do processo.

A ausência de exame das provas e a falta de fundamentação legal, por si só, é razão mais que suficiente para demonstrar a violação do Regimento Interno desta Corte de Contas.

Contudo, passo a demonstrar o desacerto das afirmações e conclusões do Parecer nº 1.850/2016.

b.1) Da afirmação que "observando o Voto Condutor o valor da venda dos títulos NTN-B 2045 negociadas em 17/05/2007 ficaram abaixo do Parâmetros Andima em 3,75%."

Pois bem.

Primeiramente, ressalto que, se houvesse uma análise detida das provas juntadas aos autos, e não tivesse se limitado a reproduzir a conclusão do voto

condutor do acórdão recorrido (o que é vedado pelo art. 1.021, § 3º, CPC), teria constatado que as operações de venda dos títulos NTN-B 2045, de 17/05/2007, foram fechadas em 16/05/2007, ao preço de R\$ 1.638,00. E, para esta data o parâmetro ANDIMA era de R\$ 1.613,00. Portanto, a venda dos títulos foi realizada com preço acima do parâmetro ANDIMA em 1,55%.

Esta constatação pode ser comprovada no Laudo do Ministério da Previdência, bem como no Relatório de Análise de Diligência nº 37/2009, deste Tribunal (anexos I e II, do RO), consignadas da seguinte forma:

- ✓ as operações de venda que constam de 17/05/2007, PU de negociação R\$1.638,00, de 77.400 títulos no valor de R\$126.781.200,00 na realidade aconteceram no dia 16/05/2007 com registro no dia seguinte, provocado pela solicitação do custodiante e impossibilidade de se efetuar o registro das operações no SELIC a tempo. O PU Andima para esta data foi de R\$1.668,12, o que nos mostra que o PU de negociação ficou situado a menor em 1.81%, portanto, em padrões próximos aos praticados em mercado, conforme também registros do SELIC no segmento EXTRAGRUPPO e em TODAS AS OPERAÇÕES para as operações realizadas em 16/05/2007.

Do exposto conclui-se que as operações de venda das NTNBS realizadas em 16/05/2007, com vencimento em 15/05/45, relatadas acima, mostram-se coerentes com os parâmetros ANDIMA e SELIC e, portanto, com as operações praticadas em mercado nas datas assinaladas.

Pode ser comprovado, ainda, mediante o Boletim da Andima e as notas fiscais das vendas, que mostra o preço de R\$ 1.613,00 (andima) e o preço da venda dos títulos R\$ 1.638,00 (notas fiscais), juntadas nesta questão de ordem (anexo II).

Portanto, é equivocada e desprovida de fundamentação fática a conclusão de que os preços de venda dos títulos NTN-B 2045 negociados em 17/05/2007 ficaram abaixo do Parâmetros Andima em 3,75%.

b.2) Quanto a afirmação de que "o critério a ser seguido neste tipo de operação é garantir a máxima rentabilidade prevista nos atos normativos que regulamentam essas aplicações e na política de investimento do próprio IGEPREV, e não praticar valores de mercado."

Pois bem.

Primeiramente, ressalto que, a instrução processual exige análise dotada de conhecimento específico da matéria.

Afirmar que "o critério dessas operações é garantir a máxima rentabilidade e não praticar preço de mercado", é prova da ausência de capacitação técnica, e não encontra respaldo técnico e normativo, e nem orientação na Política de Investimento. Veja:

O Laudo de Auditoria do Ministério da Previdência, que fiscalizou essas aplicações financeiras, consignou que para "comprar e vender títulos públicos é imprescindível uma pesquisa de preços com o fito de parametrização" e que "**as operações devem se mostrar coerentes com os parâmetros praticados em mercado.**" (anexo I, do RO, pag. 12).

No mesmo sentido, a Circular nº 3.068/2001, do Banco Central do Brasil, que estabelece critérios para avaliação contábil de títulos, determina que "**os títulos devem ser ajustados pelo valor de mercado**"¹ e que a metodologia de apuração do valor de mercado é de responsabilidade da instituição, podendo ser utilizado como parâmetro o preço médio de negociação no dia útil anterior. (anexo XIV, do RO).

Neste mesmo sentido é a NOTA TÉCNICA do TCE/MT, aprovada pela Resolução Normativa nº 19/2011 - TCE/MT, na qual o Tribunal orienta os seus jurisdicionados, quanto à aquisição de títulos públicos do Tesouro Nacional registrados no SELIC, para fins de definição do limite de preço dos títulos públicos a serem negociados pelos RPPS, **o gestor do fundo de previdência deve observar a aderência do PU ANBIMA com os preços efetivamente praticados no mercado,**² considerando para tanto o histórico de operações constantes do SELIC. (Anexo XV, do RO).

¹ Circular BACEN nº 3068, de 08 de novembro de 2001 – Art. 2º Os títulos e valores mobiliários classificados nas categorias referidas no artigo anterior, incisos I e II, devem ser ajustados pelo valor de mercado, no mínimo por ocasião dos balancetes e balanços, computando-se a valorização ou a desvalorização em contrapartida: Parágrafo 1º Para fins do ajuste previsto no caput, a metodologia de apuração do valor de mercado é de responsabilidade da instituição e deve ser estabelecida com base em critérios consistentes e passíveis de verificação, que levem em consideração a independência na coleta de dados em relação às taxas praticadas em suas mesas de operação, podendo ser utilizado como parâmetro:

I - o preço médio de negociação no dia da apuração ou, quando não disponível, o preço médio de negociação no dia útil anterior;

² NOTA TÉCNICA APROVADA PELA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 19/2011 - REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. APLICAÇÃO DE RECURSOPREVIDENCIÁRIOS EM

Ainda, a Resolução nº 3.922/2010, do Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil, que atualmente regulamenta essas aplicações, determina que o responsável pela gestão deverá observar as divulgações **de preços dos títulos para fins de utilização como referência em negociações no mercado financeiro.**³

Por fim, no mesmo sentido, o entendimento do Dr. Eucherio Lerner Rodrigues, Consultor registrado e ex-chefe do departamento de mercados derivativos da Comissão de Valores Mobiliários-CMV, ao dizer que **"afirmação de que os preços negociados seriam incompatíveis com o referencial de mercado não tem qualquer embasamento teórico**, não significando nada além de opiniões pessoais do analista."⁴ (Anexo III, pag. 18).

Assim, resta demonstrado mediante prova técnica, e com fundamentação normativa, que a afirmação do Parecer nº 1.850/2016, não possui amparo técnico e nem jurídico.

b.3) Quanto a afirmação de que "o critério a ser seguido neste tipo de operação é garantir a máxima rentabilidade prevista nos atos

TÍTULOS PÚBLICOS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS. 1. É legal a aplicação dos recursos dos RPPS em títulos do Tesouro Nacional registrados no SELIC, desde que observados os requisitos previstos nos atos normativos do Conselho Monetário Nacional que tratam da matéria. 2. Pesquisa de Preços: Para fins de definição do limite de preço dos títulos públicos a serem negociados pelos RPPS, o gestor do fundo de previdência deve observar os seguintes requisitos antes do fechamento do negócio: **a)** cotação eletrônica de preços junto às instituições financeiras por meio de plataformas eletrônicas de negociação, a exemplo do CetipNet e Sisbex; **b)** consulta aos preços e informações divulgadas, diariamente, pela ANBIMA, entidade reconhecidamente idônea pela sua transparência e elevado padrão técnico na difusão de preços e taxas de títulos públicos, os quais são utilizados como referência em negociações no mercado financeiro; **c)** verificação da aderência do PU ANBIMA com os preços efetivamente praticados no mercado, considerando para tanto o histórico de operações constantes do SELIC; **d)** justificativa do limite de preço definido pelo RPPS e de eventuais incompatibilidades entre o PU negociado e o PU ANBIMA.

³ Resolução nº 3922/2010 – CMN/BACEN - Art. 16. Na aplicação dos recursos do regime próprio de previdência social em títulos e valores mobiliários, conforme disposto nos incisos I e III do § 1º do art. 15, o responsável pela gestão, além da consulta à instituição financeira, à instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou às pessoas jurídicas autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários para o exercício profissional de administração de carteira, deverá observar as informações divulgadas, diariamente, por entidades reconhecidamente idôneas pela sua transparência e elevado padrão técnico na difusão de preços e taxas dos títulos, para fins de utilização como referência em negociações no mercado financeiro, antes do efetivo fechamento da operação.

⁴ PARECER TÉCNICO SOBRE COMPRA DE NOTAS DO TESOIRO NACIONAL SERIE F REALIZADA PELO INSTITUTO DE GESTÃO PREVIDENCIÁRIA DO ESTADO DO TOCANTINS – IGEPREV – Eucherio Lerner Rodrigues – Novembro/2011 – fls. 1594, do Processo de Prestação de Contas TCE-TO nº 1506/2011. pag. 1577/1609.

normativos e na política de investimento do IGEPREV, e garantir que o preço fique abaixo do parâmetro Andima”

Pois bem.

Ressalta-se que, afirmar que “o critério a ser seguido neste tipo de operação é garantir a máxima rentabilidade prevista nos atos normativos e na política de investimento do IGEPREV, e garantir que o preço fique abaixo do parâmetro Andima,” não encontra respaldo técnico e normativo, e nem orientação na Política de Investimento. Veja:

Primeiramente, registra-se que, no Recurso Ordinário ora analisado, restou cabalmente demonstrado que essas aplicações obtiveram rentabilidade de 27,94% no período de 18 meses. Nesse mesmo período a rentabilidade obtida nas aplicações bancárias foi de 20%.

O Parecer nº 1.850/2016, não apontou nenhuma outra aplicação que tenha garantido uma rentabilidade tão alta.

Ninguém pode garantir a máxima rentabilidade em uma determinada aplicação financeira, nem mesmo uma instituição financeira, porque o mercado financeiro possui nuances e mecanismos que fogem ao controle de qualquer gestor/investidor. Conforme entendimento do Parecer 1.817/2015, do Corpo Especial de Auditores deste Tribunal. (anexo VI, pag. 16).

A própria ANDIMA informa aos seus usuários que os seus parâmetros possuem caráter referenciais e não devem ser considerados como recomendações de investimento ou fundamento para a realização de transações financeiras.⁵ (anexo V).

⁵ ANDIMA – Declaração de Exoneração de Responsabilidade. No caso dos títulos públicos, as informações do universo das operações registradas no SELIC, divulgadas pelo Banco Central com defasagem de um dia, revelam que boa parte dos vencimentos dos títulos em mercado (incluindo-se, apenas, as LTN, NTN-D, NBC-E, LFT, NTN-C, NTN-B e NTN-F) registra número de negócios extremamente reduzido diariamente e, freqüentemente, não contabilizam um único negócio.

Neste contexto, a solução mercadológica encontrada pela ANDIMA para o problema da liquidez reduzida foi a criação de uma amostra de informantes – que passam diariamente para a Andima informações de duas naturezas distintas: Taxas Máximas e Mínimas que representam os spreads praticados e ou observados ao longo do dia; Taxas Indicativas que se referem às taxas avaliadas pela instituição como preço justo de negócio para cada vencimento, de acordo com as curvas individuais, independentemente de ter ocorrido negócio com o papel.

“Dessa forma, é crescente a demanda por dados consistentes que alcancem a totalidade dos diversos ativos e operações disponíveis no mercado financeiro. Em termos metodológicos, a melhor informação para a precificação

Neste sentido, o entendimento do Dr. Eucherio Lerner Rodrigues, Consultor registrado e ex-chefe do departamento de mercados derivativos da Comissão de Valores Mobiliários-CMV, ao afirmar que **"a informação fornecida pela ANDIMA não é garantia de preços ou de liquidez."**⁶ (Anexo III, pag. 14).

Contudo, a Política de Investimentos do IGEPREV busca otimizar a rentabilidade das operações, perseguindo a melhor relação retorno/risco, mediante a pulverização nos diversos tipos de investimentos, visando a diversificação dos ativos, buscando, assim, a minimização dos riscos com a melhor rentabilidade possível, observando, assim, as limitações e as condições de segurança, rentabilidade, solvência e liquidez, estabelecidas pela Resolução nº 3244/2004-CMN/BACEN.⁷

Dessa forma, a maximização da rentabilidade a que se refere a Política de Investimentos do IGEPREV, é a busca da melhor relação retorno/risco, mediante a busca pela aplicação rentável que possua o menor risco (segurança), realizadas dentro dos limites percentuais admitidos legalmente para cada tipo de aplicação, que gerem fluxos de caixa para pagamentos dos benefícios (objetivos), e que tenham possibilidade de transformação rápida em moeda (liquidez), como ensina o do Dr. Eucherio Lerner Rodrigues no seu parecer técnico. (anexo III).

É neste sentido e dessa forma que a Política de Investimentos do IGEPREV busca a maximização do retorno das aplicações. Não cabe, portanto, numa matéria tão complexa, uma interpretação simplória como aquela trazida no parecer 1.850/2016, porque não há como garantir a máxima rentabilidade em uma determinada aplicação financeira, pois o mercado financeiro possui nuances e mecanismos que fogem ao controle de qualquer gestor/investidor.

seria aquela que tivesse como origem as próprias negociações realizadas entre os participantes do mercado e registradas em sistemas eletrônicos."

Alertamos aos usuários, entretanto, que todas as informações divulgadas no site da Andima, seja de que natureza forem, possuem caráter e objetivos estritamente referenciais e indicativos, não devendo jamais ser consideradas ou utilizadas como números, estatísticas, opiniões ou dados oficiais, recomendações de investimento ou fundamento para a realização de transações comerciais, financeiras ou quaisquer outras disponíveis no mercado.

Disponível em: <<http://www.andima.com.br/responsabilidades.asp>>

⁶ PARECER TÉCNICO SOBRE COMPRA DE NOTAS DO TESOURO NACIONAL SERIE F REALIZADA PELO INSTITUTO DE GESTÃO PREVIDENCIÁRIA DO ESTADO DO TOCANTINS – IGEPREV – Eucherio Lerner Rodrigues – Novembro/2011 – fls. 1590, do Processo de Prestação de Contas TCE-TO nº 1506/2011. pag. 1577/1609.

⁷ Resolução nº 3.244, de 28 de outubro de 2004 – CMN/BACEN - Art. 1º Estabelecer que os recursos dos regimes próprios de previdência social instituídos pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou por Municípios nos termos da Lei 9.717, de 27 de novembro de 1998, devem ser aplicados conforme as disposições desta resolução, tendo presentes as condições de segurança, rentabilidade, solvência e liquidez.

Quanto a afirmação de que o critério é “garantir que o preço fique abaixo do parâmetro Andima”, também não possui amparo técnico ou normativo.

Para a observação do parâmetro ANDIMA, não é necessário que o preço de venda do título fique sempre acima do parâmetro, assim como o preço da compra não é necessário que fique sempre abaixo. Deve-se admitir pequenas variações percentuais para mais ou para menos, haja vista que o preço é regulado pelo mercado secundário, e não há fixação de preços, como ocorre no mercado de ações.

É neste exato sentido o entendimento do Dr. Eucherio Lerner Rodrigues, consultor registrado e ex-chefe do departamento de mercados derivativos da Comissão de Valores Mobiliários-CMV, exarada no Parecer Técnico sobre compra de Notas do Tesouro Nacional Série-F realizada pelo Instituto de Gestão Previdenciária do Estado do Tocantins – IGEPREV. (anexo III, fls. 13).

A Resolução nº 3.244/2004-CMN/BACEN, no seu art. 7º, determina que “os títulos das aplicação dos recursos dos regimes próprios de previdência social devem ser registrados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC), sem fazer qualquer referência à ANDIMA. Veja:

Resolução nº 3.244/2004/CMN/BACEN

Art. 7º Os títulos e valores mobiliários integrantes dos diversos segmentos de aplicação dos recursos dos regimes próprios de previdência social devem ser registrados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), em sistemas de registro e de liquidação financeira de ativos autorizados pelo Banco Central do Brasil e/ou mantidos em conta de depósito em instituição ou entidade autorizada à prestação desse serviço pela Comissão de Valores Mobiliários.

Veja que, a norma que regulamenta o objeto discutido, apontou para o parâmetro SELIC, e sequer mencionou o parâmetro ANDIMA. Por isso, não há fundamento normativo ou técnico na afirmação de que “o critério é garantir o preço abaixo do parâmetro Andima,” e, assim, não é razoável e nem adequado utilizá-lo como balizador para a aplicação de sanções administrativas, conforme ensina o Dr. Eucherio Lerner Rodrigues, no seu Parecer Técnico. (anexo III, fls. 15).

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, vem declarando, reiteradamente, a ilegalidade da utilização das taxas ANDIMA, na

realização de operações financeiras, haja vista que suas taxas não representam a realidade de mercado, porque são formadas internamente nos bancos, sem amparo nas resoluções do Bacen. Veja:

INCABÍVEL ATUALIZAÇÃO PELA TAXAS ANDIMA E ANBID...

1. ...Sustenta a ilegalidade da utilização da taxa ANBID/ANDIMA. Cita a Súmula 176/STJ. "É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP." Apresentadas contrarrazões, o recurso foi admitido na origem. Decido.

...

3. Ante o exposto, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, **conheço do recurso especial e lhe dou provimento para excluir a aplicação da taxa divulgada pela ANBID/ANDIMA.** Custas proporcionais, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil, e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, na proporção do respectivo proveito, compensados. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 04 de fevereiro de 2011.

(STJ - REsp: 851890, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 22/02/2011)

No mesmo sentido, são as decisões de diversos tribunais de justiça estaduais, declarando a ilegalidade das taxas ANDIMA e a nulidade de tais taxas como indexadores de operações financeiras, e a inadmissibilidade dessas taxas, inclusive, com fundamento em decisão sumulada do STJ - Súmula 176: "É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP."

"Esta Corte já pacificou o entendimento segundo o qual deve ser aplicado o Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC como fator de correção monetária, vez que tal índice é proporcional aos efeitos da inflação sobre o valor da moeda, em substituição à TR, TJLP, TBF, Anbid, CDI, **ANDIMA** e CDB, sendo ilegal a utilização de tais indexadores. (TJSC, Apelação Cível n. , de Seara. Relator: Des. Ricardo Fontes. Julgada em 24/06/2004)".

(TJ-SC - AC: 25264 SC 2011.002526-4, Relator: Guilherme Nunes Born, Data de Julgamento: 07/11/2011)

TAXAS ANDIB E ANDIMA: ILEGALIDADE.

4. São nulas as cláusulas contratuais que sujeitam o devedor às taxas de juros divulgadas pela ANDIB e pela ANDIMA (Súmula nº 176, do STJ).

(TJ-PE - APL: 200307277 PE 144312-5, Relator: Frederico Ricardo de Almeida Neves, Data de Julgamento: 13/04/2011, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 84/2011)

APELAÇÃO EXECUÇÃO CONTRA DEVEDOR SOLVENTE CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO ROUBO SEGURO A CARGO DO ADQUIRENTE RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA OBRIGAÇÃO SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS CERCEAMENTO INOCORRENTE MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE JURÍDICA EXCLUSÃO DA MULTA E DOS JUROS MORATÓRIOS **VEDAÇÃO DA TAXA CETIP/ANDIMA** JUROS REMUNERATÓRIOS DO CONTRATO, COM DESÁGIO APLICADO PELO VENCIMENTO ANTECIPADO DA OBRIGAÇÃO APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-SP - APL: 9094456712009826 SP 9094456-71.2009.8.26.0000, Relator: Carlos Abrão, Data de Julgamento: 01/12/2011, 37ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/12/2011)

JUROS. Previsão de juros com base na taxa dos depósitos financeiros de 01 (um) dia, calculada pela CETIP e divulgada pela **ANDIMA. Inadmissibilidade. Súmula 176 do STJ.** Juros desta natureza afastados - Recurso provido em parte, neste aspecto.

(TJ-SP - APL: 00070284920108260590 SP 0007028-49.2010.8.26.0590, Relator: Plínio Novaes de Andrade Júnior, Data de Julgamento: 23/04/2015, 24ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/04/2015)

4. Essa Central de Custódia e Liquidação de Títulos, que tem atualmente 6.649 participantes, incluindo todas as categorias de instituições do mercado

financeiro, além de pessoas jurídicas não financeiras, como seguradoras e fundos de pensão, foi criada em agosto de 1984 pelas instituições financeiras em conjunto com o Banco Central do Brasil. **É empresa com estatuto próprio a qual pertence às instituições financeiras - bancos, corretoras e distribuidoras - que detêm cotas patrimoniais; sua sede é no Rio de Janeiro na rua República do Chile nº 270. Figuram os estatutos como fundadores da empresa CETIP: a ANDIMA** - Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro, a Associação Nacional dos Bancos de Investimento - ANBID, a Federação Brasileira de Bancos - FEBRABAN, a Associação Nacional das Instituições de Crédito, Financiamento e Investimento - ACREFI e a Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança - ABECIP. A Caixa Econômica Federal figura como "associada".

5. A composição da comissão de permanência com a inclusão de taxa variável de CDI calculada por uma empresa privada constituída pelos próprios bancos (CETIP), **e que não reflete a variação de taxas de mercado "aberto"**, não se ampara na Resolução nº 1.129 de 15 de maio de 1986 do BACEN e nem no permissivo jurisprudencial veiculado na Súmula nº 294 do Superior Tribunal de Justiça. **A taxa de CDI não pode ser tida como "taxa de mercado", porquanto as operações correspondentes** (não existem contratos de CDI, as transações são fechadas por meio eletrônico e registradas nos computadores dos bancos envolvidos) **se realizam fora do âmbito do Banco Central**. Sua negociação é restrita ao mercado interbancário com função de transferir recursos de uma instituição financeira para outra, ou seja, não existem contratos de CDI, as transações são fechadas por meio eletrônico e registradas nos computadores dos bancos envolvidos e nos terminais da CETIP. As operações ocorrem intramuros dos bancos, envolvendo-os com a CETIP que calcula a remuneração.

6. Assim, deve ser excluída da comissão de permanência a taxa variável de CDI calculando-se a comissão de permanência exclusivamente na forma da Resolução nº 1.129 do BACEN.

(TRF-3 - AC: 3854 SP 2002.61.11.003854-8, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, Data de Julgamento: 15/02/2011, PRIMEIRA TURMA,)

Dessa forma, verifica-se que, a jurisprudência pátria afasta a utilização de taxas divulgadas pela ANDIMA, porque não representa a realidade do mercado, haja vista é uma taxa formada no âmbito interno dos bancos.

Portanto, o raciocínio exposto no Parecer nº 1.850/2016, é equivocado e desprovido de qualquer fundamentação fática, técnica, jurídica e

jurisprudencial, e, por isso, não pode valer para operações de compra e venda de título público no mercado secundário.

Assim, resta demonstrado que, o Parecer nº 1.850/2016, não examinou o conjunto probatório apresentado pelo Responsável, e não fez nenhuma análise com base nas normas que regulam tais operações, e sequer mencionou a legislação pertinente à matéria objeto do processo. Por isso, não assegurou o contraditório efetivo, não respeitou a ampla defesa e o devido processo legal.

O contraditório efetivo é a garantia constitucional e processual da parte influenciar na decisão do julgador, mediante o enfrentamento dos argumentos da parte e o exame detido das provas apresentadas, vinculando a decisão do julgador a esta análise dos argumentos e das provas.

Quando o julgador não discute com os argumentos da parte, há violação do contraditório. Quando o julgador desconsidera as provas dos autos, sem qualquer fundamentação, há violação do devido processo legal.

Assim, por não ter enfrentado os argumentos da parte e não ter analisado as provas apresentadas, o Parecer nº 1.850/2016, violou os artigos nº 70, e artigo 194, §1º, e o artigo 196, inciso I, do RITCE-TO.

Portanto, Por isso, **o Recorrente requer a Vossa Excelência, desde já, desconsiderar o Parecer nº 1.850/2016, e, determinar o saneamento de tal irregularidade, se for o caso, mediante emissão de novo parecer, que observe as determinações do artigo 70, artigo 194, §1º, e artigo 196, inciso I, do RITCE-TO**, analisando adequadamente as provas trazidas aos autos, e enfrentando os argumentos apresentados pelo Responsável, fundamentando-o, nos fatos e na legislação normativa pertinente.

c) Acusação de descumprimento de recomendação do Tribunal de Contas contida na Resolução TCE 429/2006, e Medida Cautelar proferida no processo nº 9592/2008. Acusação parcial e imprudente, efetuada sem observar a verdade dos fatos e sem adotar juízo justificado nos documentos que instruem os autos. Violação dos artigos 9º e 25º, do Código de Ética desta Corte de Contas.

O Parecer nº 1.850/2016, imputa uma agravante ao Responsável, segundo sua conclusão, por ter sido “descumprido as recomendações deste Tribunal mediante a Resolução TCE 429/2006; e Medida Cautelar proferida no processo nº 9592/2008.” Veja:

Parecer nº 1.850/2016
Manifestação

Como agravante da situação desfavorável ao Instituto de Gestão Previdenciária do Estado do Tocantins – IGEPREV, temos o fato que a prática de compra de títulos públicos evidenciam que a negociação vinha sendo feita sempre com preço acima do indicado pela ANDIMA, enquanto nas operações de venda de títulos públicos, eram feitas sempre abaixo do indicado pela ANDIMA, descumprindo assim as recomendações desta Colenda Corte de Contas, exaradas no bojo da Resolução TCE nº 429/2006; Medida Cautelar proferida no processo nº 9592/2008 – Gabinete da 2ª Relatoria, ante o risco de danos aos cofres públicos.

Mais uma vez, Senhor Relator, será demonstrado, data máxima vênia, o total desacerto das conclusões contida no Parecer nº 1.850/2016.

Primeiramente, ressalta-se que, a afirmação acima sublinhada, foi reproduzida, na íntegra, do voto condutor do acórdão recorrido (fls. 4, item 9.5), sem, sequer examinar o conteúdo da mencionada Resolução e Medida Cautelar. Entretanto, a reprodução dos fundamentos da decisão recorrida é conduta expressamente vedada pelo art. 1.021, § 3º, do Código de Processo Civil.

Pois bem.

Ao contrário do afirmado no parecer nº 1.850/2016, a Resolução TCE nº 429/2006, jamais determinou que as operações com títulos públicos deveriam ser realizadas com preço acima ou abaixo do parâmetro ANDIMA.

A Resolução TCE nº 429/2006, tão somente “determinou, à presidente do IGEPREV, à época, face à constatação de indícios de irregularidades, a abstenção de realizar operações com as corretoras SENSO CCVM e EURO DTVM S/A, até manifestação conclusiva por este TCE.

Veja a ementa da Resolução TCE nº 429/2006 – TCE-Plenário:

Relatório de auditoria. Constatação de fortes indícios de irregularidade. Determinação de abstenção de realizar

operações com as corretoras SENSO CCVM S/A e EURO DTVM S/A até manifestação conclusiva por este TCE. Encaminhamento para apensamento as contas e envio de cópias aos responsáveis.

Como visto da ementa acima, a Resolução nº 429/2006, tão somente determinou a abstenção de se realizar operações com as corretoras SENSO e EURO, o que foi cumprido rigorosamente, inclusive na gestão do ora defendente, haja vista que não foi mais realizada nenhuma operação com as referidas corretoras.

Dessa forma, repita-se, a Resolução nº 429/2006, não fez nenhuma determinação quanto à utilização ou não do parâmetro ANDIMA, como, equivocadamente, afirma o Parecer nº 1.850/2016, querendo fazer crer que houve descumprimento da referida Resolução, para, injustamente, imputar uma agravante ao Responsável.

A consideração feita na Resolução 429/2006, quanto às apurações do Ministério da Previdência, a qual utilizou-se do parâmetro ANDIMA, não constituiu o núcleo essencial da determinação contida na Resolução 429/2006, tanto é verdade que, na sua ementa, nada determina sobre a utilização ou não do parâmetro ANDIMA. Tendo determinado somente a abstenção de realizar operações com as corretoras SENSO e EURO, o que foi cumprido. Dessa forma, é descabida tal acusação.

Quanto à acusação de descumprimento da Medida Cautelar proferida no processo nº 9592/2008, ressalta-se que, esta sim, determinou que o "FUNPREV/IGEPREV devia adotar o parâmetro ANDIMA para realização de negociações de títulos NTNBS."⁸

Contudo, na primeira sessão plenária seguinte à prolação desta Medida Cautelar (oito dias depois), foi apresentada a Resolução nº 277-A/2009⁹, que buscava a ratificação da Medida cautelar. Entretanto, o Tribunal Pleno desta Corte de Contas, por maioria absoluta dos seus membros, decidiu pela NÃO RATIFICAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR.

⁸ Medida Cautelar - constante no documento conversão 1137576, USARQ, juntada em 29/04/2015, parte 2, fls. 299. Processo nº 9592/2008 - Auditoria de Regularidade - apenso do Recurso Ordinário 3123/2015, ora analisado.

⁹ Auditoria de Regularidade. Processo nº 9592/2008. Resolução nº 277-A, constante no documento conversão 1137576, juntada em 29/04/2015, parte 2, fls. 303/304.

Assim, a Medida Cautelar, deixou de vigorar oito dias após ser proferida, conforme pode-se verificar pela certidão constante no próprio Processo nº 9592/2008, documento conversão 1137576, juntado em 29/04/2015, parte 2, fls. 306. (Anexo IV desta questão de ordem).

Todavia, mesmo que o Tribunal tivesse ratificado a Medida Cautelar, não se poderia exigir do Recorrente que cumprisse tal medida no presente caso, pelo simples fato de que as operações aqui discutidas são de 2007, e a referida Medida Cautelar foi emitida em 2009, tornando, assim, impossível o seu cumprimento nessas operações.

Assim, resta, cabalmente, demonstrado que o Recorrente jamais descumpriu qualquer medida deste Tribunal que determinasse a utilização ou não do parâmetro ANDIMA.

Portanto, a acusação de descumprimento, além de descabida é parcial e imprudente, porque não buscou a verdade dos fatos nos documentos que instruem os autos, e nem dotou a decisão de fundamentação meditada e justificada nos documentos dos autos. Por isso, violou os artigos 9º e 25º, do Código de Ética dos Membros deste Tribunal de Contas.

Assim, o Recorrente **o Recorrente requer a Vossa Excelência, desde já, desconsiderar o Parecer nº 1.850/2016, e, determinar o saneamento de tal irregularidade, se for o caso, mediante emissão de novo parecer, que observe as determinações do artigo 9º e 25º, do Código de Ética dos Membros deste Tribunal, e parágrafo 3º, do art. 1.021, do Código de Processo Civil**, analisando, de forma imparcial e prudentemente, fundamentando adequadamente, com base nos documentos constantes dos autos, buscando a verdade dos fatos e dotando-o de fundamentação justa.

d) Da acusação de ofensa ao Princípio da Eficiência. O acórdão recorrido não fez acusação de infringência ao Princípio da Eficiência. O recurso ordinário não apresentou qualquer contradita sobre o Princípio da Eficiência. Violação do Contraditório Efetivo (art. 70, do RITCE-TO). Violação da Vedação da Decisão Surpresa (Art. 10, do CPC).

O Parecer nº 1.850/2016, afirma, no parágrafo 12.1.1, que “pelo descumprimento das normas que regulam as aplicações dos recursos do IGEPREV, causou dano ao erário decorrente de ato ilegítimo e ofensa ao princípio da eficiência,” buscando, assim, subsumir o ato ora discutido numa ofensa ao Princípio da Eficiência.

Entretanto, Excelentíssimo Relator, o acórdão recorrido em nenhum momento citou ofensa ao Princípio da Eficiência, ou fundamentou qualquer ato ou conduta como infringente ao Princípio da Eficiência. O acórdão sequer mencionou, em algum momento, o Princípio da Eficiência.

Em função disso, o Recurso Ordinário ora discutido, não fez e nem poderia fazer qualquer contradita ao mencionado Princípio da Eficiência, até porque não houve, no acórdão recorrido, qualquer imputação de ofensa ao Princípio da Eficiência.

Assim, não havendo no acórdão recorrido imputação de ofensa ao Princípio da Eficiência, nem tendo havido qualquer contradita no Recurso, não pode o Parecer nº 1.850/2016 imputar ao Recorrente ofensa ao mencionado princípio, haja vista que tal ofensa não foi imputada ao Recorrente, e não foi matéria discutida, nem no acórdão e nem no recurso.

Alegar ofensa a um princípio, na fase de instrução recursal, sem que essa alegação tenha sido imputada pela decisão recorrida, e sem a manifestação da defesa sobre tal imputação, fere de morte os princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório, e da Ampla Defesa, e o princípio processual da Vedação da Decisão Surpresa.

Por isso, o Parecer nº 1.850/2016, violou o art. 70, do RITCE-TO, porque alegou ofensa a princípio constitucional sem que o acórdão recorrido tenha imputado tal ofensa ao Recorrente, e por isso, infringiu os Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório, e da Ampla Defesa.

Violou, ainda, o art. 10, do Código de Processo Civil, pois alegou ofensa ao Princípio da Eficiência sem que o Recorrente tivesse oportunidade de se manifestar sobre tal alegação.

Cabe consignar que, o Princípio da Vedação da Decisão Surpresa é aplicável aos Processos de Contas, face a subsidiariedade do Código de Processo Civil, prevista no Inciso IV, do artigo 401, do RITCE-TO.

Neste sentido é o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais-TCE-MG, exarado na prestação de contas nº 849572, município de Três Marias, 2ª Câmara, Relator Cons. GILBERTO DINIZ, 33ª Sessão Ordinária, de 29/10/2015. Veja:

Na espécie, é necessária a observância do princípio da não surpresa, aplicável não só no âmbito do direito tributário, mas também no âmbito do direito administrativo, porquanto não se mostra razoável que a mudança de entendimento deste Tribunal venha atingir situações dos jurisdicionados já consolidadas conforme orientação anterior.

A propósito, cabe consignar o entendimento esposado sobre o princípio da não surpresa no âmbito administrativo pelo Tribunal de Justiça de Sergipe, assim ementado:

(TJ-SE) Administrativo - Princípio da não-surpresa - Repentina mudança do entendimento dominante desta Corte - Inaplicabilidade às situações já consolidadas anteriormente.

I - E cediço que vigora em nosso ordenamento jurídico o **princípio da não surpresa**, segundo o qual a lei somente incide sobre fatos ocorridos após sua vigência, visando, assim, o legislador tutelar os bens jurídicos da segurança e da paz social;

V – Recurso administrativo conhecido e provido.

(TJ-SE. Recurso Administrativo nº 2006116211. Tribunal Pleno. Publicação: 04/11/2009) GN

Assim, por não existir discussão sobre o Princípio da Eficiência, nem no acórdão recorrido e nem na matéria devolvida pelo Recurso Ordinário, houve violação do art. 70, do RITCE-TO, bem como violação do art. 10, do Código de Processo Civil.

II– DOS PEDIDOS

Por tudo o que acima foi exposto e demonstrado, o Recorrente **REQUER, a Vossa Excelência:**

a) Seja desconsiderado o Parecer nº 1.850/2016, porque violou os artigos nº 70, art. nº 194, §1º, e art. nº 196, I e II, do Regimento Interno deste Tribunal, bem como os artigos 9º e 25º, do Código de Ética dos Membros deste Tribunal, e, ainda, os artigos nº 10, e 1.021, §3º, do Código de Processo Civil.

b) Seja determinado o saneamento das violações apontadas, se entender necessário, mediante a emissão de novo parecer, por outro membro do órgão responsável pela instrução, para:

b.1) Examinar, adequada e fundamentadamente, a preliminar do Recurso Ordinário, respeitando as determinações do artigo nº 70, artigo nº 194, §1º, e artigo nº 196, I e II, do Regimento Interno deste Tribunal;

b.2) Analisar, adequadamente, as provas apresentadas e demais documentos dos autos, enfrentando os argumentos apresentados pelo Responsável, e fundamentando suas conclusões nos fatos, nas provas e na legislação pertinente, e respeitando as determinações do artigo nº 70, artigo nº 194, §1º, e artigo nº 196, I e II, do Regimento Interno deste Tribunal;

b.3) Afastar a acusação de descumprimento da Resolução TCE 429/2006, e Medida Cautelar proferida no processo nº 9592/2008, desta Corte de Contas, porque efetuada sem observar a verdade contida nos documentos que instruem os autos e sem adotar juízo justificado no conteúdo das referidas Medidas Cautelares, respeitando os artigos 9º e 25º, do Código de Ética desta Corte de Contas, e o parágrafo 3º, do art. 1.021, do Código de Processo Civil;

b.4) Afastar a imputação de ofensa ao Princípio da Eficiência, haja vista que tal imputação não foi feita pelo acórdão recorrido, e nem foi contraditada no Recurso Ordinário, respeitando as determinações do artigo nº 70, do Regimento Interno deste Tribunal, bem como o artigo nº 10, do Código de Processo Civil.

Nestes termos, pede deferimento.

Palmas, 30 de setembro de 2016.

Assinado de forma digital por JOEL RODRIGUES MILHOMEM
Data: 04/10/2016 12:51:37

JOEL RODRIGUES MILHOMEM

OAB/TO 5.052

ANEXO I	Resolução TCE-TO nº 131/2015;
ANEXO II	Boletim ANDIMA; Preços SELIC; Notas Fiscais; Propostas de preço; Comunicação custodiante;
ANEXO III	Parecer Técnico Dr. Eucherio Lerner Rodrigues;
ANEXO IV	Resolução TCE nº 429/2006; Decisão Cautelar processo do 9592/2008; Resolução nº 277-A/2009; Extrato decisão;
ANEXO V	Declaração de exoneração de responsabilidade ANDIMA;
ANEXO VI	Parecer nº 1.817/2015 do 1763/2006;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

A(s) assinatura(s) abaixo garante(m) a autenticidade/validade deste documento.

HELLEN MAYANA GOMES REIS

Cargo: ESTAGIARIO - Matricula: 263110

Código de Autenticação: 658811a3395ece1274ff5ac1eb2fda07 - 04/10/2016 14:53:52