

Lages, 21 de março de 2022

OFÍCIO 119/2022

À
**FUNDAÇÃO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO ESTADO DE SANTA
CATARINA - SCPREV**

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO

REF: PROCESSO DE SELEÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE EFPC Nº 01/2021

**OBJETO: APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS POR ENTIDADES FECHADAS DE
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, INTERESSADAS EM ADMINISTRAR
PLANO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DOS SERVIDORES DE
CARGO EFETIVO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA DO
PODER EXECUTIVO E DO PODER LEGISLATIVO DO MUNICÍPIO DE
LAGES.**

Presente os termos da Impugnação impetrada requerendo anulação do Edital.

Submetida à apreciação do Grupo de Trabalho para Seleção de EFPC e da Douta Procuradoria Geral do Município, para parecer, fora considerada IMPROCEDENTE.

Ante o parecer jurídico, INDEFIRO a referida Impugnação, mantendo os termos do Edital.

Para conhecimento, seguem anexos Parecer e manifestação do Grupo de Trabalho.

Atenciosamente,

**ANTONIO CESAR
ALVES DE
ARRUDA:19512015900**

Assinado de forma digital por
ANTONIO CESAR ALVES DE
ARRUDA:19512015900
Dados: 2022.03.21 09:44:41
-03'00'

Antônio Cesar Alves de Arruda
Secretário de Administração e Fazenda

PARECER N.º 0192/2022**DA: PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE LAGES****PARA: SETOR DE LICITAÇÕES E CONTRATOS****REFERÊNCIA: OFÍCIO Nº 117/2022****I. RELATÓRIO**

Trata-se de IMPUGNAÇÃO interposta pela FUNDAÇÃO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA - SCPREV ao Edital de Processo de Seleção para Contratação de EFPC n.º 01/2021, de interesse da Secretaria Municipal de Administração e Fazenda para Apresentação de propostas por Entidades Fechadas de Previdência Complementar, interessadas em administrar plano de benefícios previdenciários dos servidores de cargo efetivo da administração direta e indireta do Poder Executivo e do Poder Legislativo do Município de Lages.

Em suma, a Impugnante apresentou razões requerendo a suspensão imediata do processo seletivo simplificado até a decisão do Tribunal de Contas de Santa Catarina, alegando que tal decisão é isolada e não é consolidada pela referida Corte; requereu, ainda, a anulação do procedimento seletivo simplificado diante da inconstitucionalidade.

É, no essencial, o relatório.

II. PARECER

Inicialmente, ressalta-se que dada a natureza eminentemente jurídica deste Órgão, situar-se-á o presente parecer tão somente nos aspectos legais que giram em torno da questão posta à apreciação.

Pois bem. A Procuradoria Geral do Município mantém os entendimentos descritos no Parecer n.º 884/2021 emitido em 30.08.2021 e Parecer n.º 1132/2021 emitido em 22.11.2021, os quais constam anexos no referido Processo Administrativo.

Ademais, entendemos que o procedimento deve ser mantido, bem como as exigências contidas no Edital em análise, uma vez que está em consonância com a Lei Complementar n.º 108/2001, Lei Complementar n.º 109/2001, Lei Complementar Municipal n.º

587/2021, a Nota Técnica da ATRICON n.º 01/2021 e ao entendimento do Tribunal de Contas de Santa Catarina¹.

Lages (SC), 18 de março de 2022.



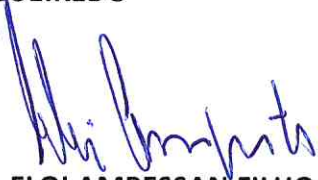
MARIA EDUARDA BUENO DE FIGUEIREDO

Auxiliar Administrativo



EMMELINE MOURA COSTA

Procuradora do Município



ELOI AMPESSAN FILHO

Procurador-Geral do Município

¹ TCE/SC. Processo @LEV 21/00379709 – Despacho GAC/LRH 745/2021. Rel. Luiz Roberto Herbst.



Lages, 18 de março de 2022.

Ofício nº 34/2022 – LAGESPREVI

Ref. Pedido liminar de anulação do processo seletivo

Trata-se de processo de seleção para a contratação de Entidade Fechada de Previdência Complementar – EFPC para administrar plano de benefícios previdenciários dos servidores de cargo efetivo da administração direta e indireta do Poder Executivo e do Poder Legislativo do Município de Lages.

A justificativa para a contratação encontra-se delineada nos autos. Pelo que se depreende da mesma, parte-se da premissa da obrigatoriedade dos entes públicos instituírem o regime de previdência complementar – RPC até 12/11/2021, considerando a Emenda Constitucional nº 103/2019 e, para fins de CRP, nos prazos fixados na Portaria 905/2021, bem como o que se dispôs: a) na Nota Técnica nº 001/2021 da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON, de 12/04/2021, constante às fls. 05 a 20 dos presentes autos; b) no processo em trâmite no Colendo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – TCE SC, @LEV 21/00379709, cuja decisão consta às fls. 21 a 23 destes autos e c) Guia da Previdência Complementar para entes federativos publicada pela Secretaria de Previdência Complementar.

Gize-se, ademais, que o caso em comento não versa acerca de nenhuma modalidade licitatória, nem de dispensa ou inexigibilidade previstas na Lei Federal nº 8.666/93 e alterações, nem da nova Lei de Licitações, Lei Federal nº 14.133/2021. Também não tem como base o M.R.O.S.C., ou seja, não se fulcra na Lei nº 13.019/2014 e alterações. Nesse sentido, ressalte-se, fora expedida a Nota Técnica nº 001/2021 da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON, conforme se infere do documento constante às fls. 05 a 20 dos presentes autos.

Em outras palavras, a legislação atualmente em vigor é basicamente silente em relação a questão enfrentada, como reconhece e avaliza o Tribunal de Contas de Santa Catarina no processo @LEV 21/00379709.



Na realidade, pelo que se depreende dos autos e do que nele consta, trata-se de caso notadamente atípico, de processo de seleção de Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC para o Município de Lages.

A decisão exarada pelo Colendo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina que repousa às fls. 21 a 23 dos presentes autos sintetiza, de forma linear, parte da motivação da deflagração do processo seletivo em apreço. Nela, urge destacar, ressaltou-se que o processo @LEV 21/00379709 foi constituído visando o acompanhamento da implementação do Regime de Previdência Complementar dos Municípios Catarinenses que possuem Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, como acontece, *in casu*, no Município que instruiu o presente processo de seleção.

Destacou-se da decisão oriunda do Colendo TCE/SC que a contratação da Entidade de Previdência deve se realizar por meio de um processo de seleção pública, com instrução processual diligente e devidamente motivado, sendo mister a celebração de convênio de adesão entre patrocinador e a entidade de previdência complementar, observando-se os princípios da impessoalidade, publicidade, economicidade e transparência, tudo sempre calcado no regramento das Lei Complementares nº 108 e 109/2001. E mais: **não há como se estabelecer o formato exato e ideal para a seleção, visto que a legislação é silente neste aspecto, devendo os Municípios:** i) publicar edital/termo para que as EFPC apresentem propostas especificando o objeto a ser contratado e o potencial de participantes a ingressar no plano e contendo a especificação de requisitos técnicos e econômicos mínimos a serem apresentados pelas Entidades; ii) elaborar quadro comparativo das condições econômicas das propostas, qualificação técnica e planos apresentados ao Ente; iii) motivar a escolha de determinada Entidade em face das demais propostas apresentadas.

Veja que essas são as orientações dos órgãos de orientação, fiscalização e supervisão dos entes federativos – ATRICON, TCE SC, Secretaria de Previdência Complementar - e assim será feito e não o que a impugnante deseja para o fim de lhe favorecer, única e exclusivamente.



A impugnante demonstra a propositura da impugnação e seus argumentos, única e exclusivamente colocar o seu interesse particular em exclusividade, com o pedido absurdo de que o Município suspenda o processo de seleção.

Esse pedido é totalmente infundado, à medida que sabemos que o Município deve cumprir com a sua obrigatoriedade constitucional e ciente que a falta do cumprimento dessa obrigação poderá acarretar em responsabilidade do gestor e prejuízo a toda a população.

Não é demais lembrar que os órgãos de fiscalização, controle e supervisão alertaram também que a ausência de criação do RPC até a data apontada poderá repercutir em sanções aos Municípios e gestores, como a perda do Certificado de Regularidade Previdenciário – CRP que acarreta na suspensão das transferências voluntárias da União, a suspensão de empréstimos e financiamento por instituições financeiras federais, a suspensão do pagamento dos valores a título de compensação previdenciária, dentre outras.

Tal fato está comprovado com a publicação da Portaria MTP nº 905, de 9 de dezembro de 2021 (<http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-mtp-n-905-de-9-de-dezembro-de-2021-367970034>) , que modificou a Portaria MPS nº 204, de 2008, relativa à emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária – CRP, ajustando essa norma às recentes alterações ocorridas no quadro constitucional e legal, passando a integrar o rol de exigências para emissão desse certificado a instituição do Regime de Previdência Complementar – RPC pelos entes federativos que possuam regime próprio.

De acordo com as novas regras, quanto à instituição do RPC, deverá ser apresentado, até 31 de março de 2022, por meio do GESCON, a lei de instituição do RPC, inclusive para os entes que não possuam servidores com remuneração acima do teto do RGPS, e, até 30 de junho de 2022, convênio de adesão ao plano de benefício da entidade de previdência complementar autorizado pela Previc, caso haja ingresso de segurados no RPPS com remuneração acima do limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS após a instituição do RPC, conforme declaração a ser encaminhada por meio do GESCON, ou após essa data, para os que vierem a admitir novos servidores que se enquadrem nessa situação.



Destacamos que o prazo acima é apenas para fins de regularidade para emissão do CRP, visto que o prazo constitucional para os entes instituírem o RPC já foi trazido pela EC 103/2019, citado inicialmente.

Nessa linha e tendo em vista o compromisso do TCE/SC de auxiliar os Municípios a cumprirem com essa missão/tarefa, nos termos do que preconiza o artigo 106-A do Regimento Interno do TCE SC, releva-se pertinente e adequado, juridicamente, o lançamento e a continuidade do presente processo de seleção, tal qual está modulado, pois está totalmente em consonância com as orientações dos órgãos de fiscalização, orientação e supervisão.

Frise-se, ainda, que o processo está cumprindo e respeitando os princípios da administração pública, dentre eles: isonomia, economicidade, impessoalidade, imparcialidade, publicidade transparência, dentre outros.

Ante o exposto, infere-se a presente impugnação e dê seguimento ao processo de seleção para a contratação de Entidade Fechada de Previdência Complementar – EFPC para administrar plano de benefícios previdenciários dos servidores de cargo efetivo da administração direta e indireta do Poder Executivo e do Poder Legislativo do Município de Lages.

Documento elaborado pelo Grupo de Trabalho nomeado através da Portaria nº 846/2021, com colaboração da Assessoria Jurídica da ASSIMPASC, em nome da Sra. Cláudia Fernanda Iten e da Procuradora do Município de Lages, Sra. Mariana Köche Mattos.

De acordo, **ALDO DA SILVA HONORIO – Presidente do LAGESPREVI**

**ALDO DA
SILVA
HONORIO:22
058818920**

Assinado de forma
digital por ALDO DA
SILVA
HONORIO:22058818920
Dados: 2022.03.18
14:03:45 -03'00'

Brasília, 12 de abril de 2021.

NOTA TÉCNICA Nº 001/2021

Assunto: Forma de Contratação de Entidade de Previdência Complementar para a implantação do Regime de Previdência Complementar (RPC) nos Entes Federativos (União, Estados, DF e Municípios)

A ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON, pessoa jurídica de direito privado, entidade de classe de âmbito nacional, com sede em Brasília-DF, vem, por meio da presente **Nota Técnica**, apresentar argumentos e conclusões relacionados à forma de contratação de Entidade de Previdência no âmbito do Regime de Previdência Complementar pelos Entes Federativos, tendo em vista as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.

I. Da formação do Grupo de Trabalho

1. A ATRICON, por intermédio da Portaria nº 11/2020, publicada em 22 de dezembro de 2020, designou os componentes de comissão multisetorial encarregada de elaborar Nota Técnica acerca *da forma de contratação de entidades de previdência do Regime de Previdência Complementar*, conforme exigido pela Emenda Constitucional nº 103/2019. Foi estabelecido o prazo de 60 dias, contados a partir do dia 11.01.21, para realização dos trabalhos e apresentação da minuta de Nota Técnica. Em sequência, a portaria nº 03/2021 estendeu o prazo para o término dos trabalhos por mais 21 dias, período em que o debate foi ampliado por intermédio de consultas direcionadas à especialistas do segmento de previdência pelos membros do GT. O grupo técnico contou com a participação dos Conselheiros Domingos Taufner – TCE-ES (Coordenador); Ronaldo Oliveira – TCE-MT; Alexandre Sarquis – TCE-SP; da Auditora de Controle Externo Janaína Bulhões – TCE-RN, além dos representantes indicados pela Secretaria de Previdência do Ministério da Economia, Frederico Araújo, Lílian Almeida e Marcia Romera.

II. Das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 103/2019

2. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019, relativa à reforma da previdência, várias disposições atinentes ao Regime de Previdência Complementar sofreram alteração. A principal delas refere-se à obrigatoriedade de instituição do Regime de Previdência Complementar – RPC pelos Entes Federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

3. Diferentemente do previsto anteriormente no art. 40 da Constituição Federal, todos os entes federativos que possuam Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS deverão instituir, no prazo de 2 anos a partir da data de entrada em vigor da Emenda¹, o RPC para seus servidores

¹ Nos termos do art. 9º, § 6º da EC nº 103/2019, 13/11/2021.



ATRICON

ASSOCIAÇÃO DOS
MEMBROS DOS TRIBUNAIS
DE CONTAS DO BRASIL

públicos de cargo efetivo. O que antes era uma possibilidade tornou-se uma obrigatoriedade. Vide quadro abaixo:

Texto da CF/88 ANTES da EC 103/2019	Texto da CF/88 APÓS a EC 103/2019
<i>Art. 40 [...] §14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, <u>desde que instituíam regime de previdência complementar</u> para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, <u>poderão fixar</u>, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.</i>	<i>Art. 40 [...] §14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios <u>instituirão</u>, por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, <u>regime de previdência complementar</u> para servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, observado o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social para o valor das aposentadorias e das pensões em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto no §16.</i>

4. Anteriormente à EC nº 103/2019, somente Entidades Fechadas de Previdência Complementar *de natureza pública* (EFPC-NP) podiam administrar os planos de previdência do RPC patrocinados pelos Entes Federativos. A partir da promulgação da EC nº 103/2019, retirou-se a necessidade de ser uma EFPC-NP, instituída com governança estabelecida pela Lei Complementar nº 108/2001 e sujeitas a determinados princípios e controles aplicados à Administração Pública (concurso público, licitação, dentre outros estabelecidos na lei do Ente Federativo) e incluiu-se a possibilidade de a administração ser realizada por Entidade Aberta de Previdência Complementar (EAPC) e demais EFPC que não possuem a natureza pública com governança estabelecida pela Lei Complementar nº 108/2001. Ou seja, após a EC nº 103/2019, o RPC pode ser instituído por meio de: EFPC; EFPC-NP; e EAPC. Vejamos:

Texto da CF/88 ANTES da EC 103/2019	Texto da CF/88 APÓS a EC 103/2019
<i>Art. 40 [...] § 15. O regime de previdência complementar de que trata o §14 será <u>instituído</u> por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, <u>por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública</u>, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.</i>	<i>Art. 40 [...] §15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 oferecerá plano de benefícios somente na modalidade contribuição definida, observará o disposto no art. 202 e será <u>efetivado por intermédio de entidade fechada de previdência complementar ou de entidade aberta de previdência complementar</u>.</i>

5. O art. 202, §§ 4º e 5º da CF/88 dispõe que lei complementar disciplinará a relação entre os Entes Federativos, Autarquias e Estatais, enquanto patrocinadores de planos de benefícios previdenciários, e as entidades de previdência complementar.

6. A relação entre as EFPC que contam com patrocínio público está disciplinada na Lei Complementar nº 108, de 2001. Além disso, as Entidades e Planos seguem subsidiariamente o regramento estabelecido na Lei Complementar 109/2001. Conforme art. 33 da EC 103/2019, enquanto não for disciplinada a forma de atuação das EAPC na administração dos planos dos entes federativos, tal atividade permanecerá sendo exercida unicamente pelas EFPC, seja esta de natureza pública ou não.

*Art. 33. **Até que seja disciplinada a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e entidades abertas de previdência complementar na forma do disposto nos §§ 4º e 5º do art. 202 da Constituição Federal, somente entidades fechadas de previdência complementar estão autorizadas a administrar planos de benefícios patrocinados pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente (grifo nosso).***

7. Cumpre registrar que substitutivo adotado pela Comissão Especial que analisou a Proposta de Emenda à Constituição - PEC nº 287/2016² previa no § 15-A do art. 40 que “*Somente mediante prévia licitação a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão patrocinar planos de previdência de entidades fechadas de previdência complementar que não tenham sido criadas por esses entes ou planos de previdência de entidades abertas de previdência complementar.*” De igual modo, a PEC nº 06/2019, no texto original enviado pelo Executivo previa de forma expressa no § 15 a figura da licitação, nos seguintes termos: “*...bem como, por meio de licitação, o patrocínio de plano administrado por entidade fechada de previdência complementar não instituída pelo ente federativo ou por entidade aberta de previdência complementar*”. A retirada dessa obrigação de licitação do texto final da Emenda Constitucional nº 103/2019 aprovado pelo Congresso Nacional indica uma reflexão e decisão do constituinte quanto à inadequação desse modelo para a seleção das entidades de previdência complementar.

III. Das características do Regime de Previdência Complementar

8. Importante esclarecer alguns aspectos atinentes ao RPC, sobretudo com relação aos princípios a ele aplicados, os quais são definidos pelo art. 202 da CF/88, a saber: o RPC é privado, contratual, facultativo e autônomo em relação aos demais regimes de previdência social.

9. O objetivo principal do RPC destinado aos entes públicos ou a servidores públicos de cargo efetivo é o pagamento de uma renda mensal de aposentadoria. O método utilizado para o financiamento das aposentadorias é o da capitalização individual, e não o da repartição, como ocorre no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) ou de capitalização coletiva, que tem sido promovida pela regulação dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) para o alcance do equilíbrio financeiro e atuarial previsto no art. 40 da Constituição Federal. Na capitalização do

²https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1557096&filename=SBT-A+1+PEC28716+%3D%3E+PEC+287/2016

RPC é constituída uma reserva de recursos por meio do somatório das contribuições e dos rendimentos em nome do participante.

10. A relação contratual derivada da adesão a um plano de previdência complementar é de natureza civil, não integrando, em hipótese alguma, o contrato de trabalho do participante, conforme previsto no § 2º do art. 202 da Constituição Federal e já decidido pelo STF (Recurso Extraordinário nº 586.453).

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

*§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada **não integram o contrato de trabalho dos participantes**, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei (grifo nosso).*

11. Regulado pela Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, o RPC é subdividido em dois segmentos: o dos planos abertos de previdência, operados por EAPC, e seguradoras, que, em regra, têm finalidade lucrativa; e o dos planos fechados de previdência, administrados por EFPC, sem finalidade lucrativa.

12. Em se tratando de EFPC, a LC nº 109, de 2001, define que a condição de patrocinador de um plano será efetivada por intermédio da celebração de um convênio de adesão entre o patrocinador (Ente Federativo) e a EFPC.

13. Observa-se que a relação aqui firmada se enquadra no conceito de convênio específico estabelecido para o universo de previdência complementar, *denominado convênio de adesão, no qual existe a convergência de interesses dos partícipes, com o fim comum de ofertar e gerir planos de previdência complementar.*

14. Conforme definido pelo órgão regulador das EFPC, o Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC, por intermédio da Resolução CGPC nº 08, de 19 de fevereiro de 2004, que dispõe sobre normas procedimentais para a formalização de processos de estatutos, regulamentos de plano de benefícios, convênios de adesão, consta que esse último instrumento, dentre outras características, deverá ser celebrado por prazo indeterminado, conforme transcrito abaixo:

“Art. 3º O convênio de adesão deverá conter:

I - qualificação das partes e seus representantes legais;

II - indicação do plano de benefícios a que se refere a adesão;

III - cláusulas referentes aos direitos e às obrigações de patrocinador ou instituidor e da entidade fechada de previdência complementar;

IV - cláusula com indicação do início da vigência do convênio de adesão;



ATRICON

ASSOCIAÇÃO DOS
MEMBROS DOS TRIBUNAIS
DE CONTAS DO BRASIL

V - cláusula com indicação de que o prazo de vigência será por tempo indeterminado;

VI - condição de retirada de patrocinador ou instituidor;

VII - previsão de solidariedade ou não, entre patrocinadores ou entre instituidores, com relação aos respectivos planos;

VIII - foro para dirimir todo e qualquer questionamento oriundo do convênio de adesão" (grifo nosso).

15. A gestão de entidades e planos de benefícios é complexa, exige equipe técnica qualificada e possui uma série de custos operacionais que, a depender da quantidade de servidores, torna inviável a criação de uma entidade de previdência específica para o Ente Federativo. Nesse contexto, a maior parte das Unidades Federadas não terão escala suficiente para criarem as suas próprias entidades de previdência complementar, hipótese na qual a adesão a Entidades já estabelecidas se apresenta como melhor solução.

16. É importante também destacar que a Resolução CNPC nº 35, de 20 de dezembro de 2019, estabeleceu critérios mínimos de criação de EFPC para patrocinadores públicos. A Resolução exige a adesão de 10 mil participantes para criação de EFPC e para a criação de planos, faz-se necessária a apresentação de estudo de viabilidade que comprove o equilíbrio de receitas e despesas, sob o risco de oneração em demasia do participante do plano e, consequentemente, de redução de sua reserva previdenciária.

17. Desta maneira, para os 2.155 Municípios que possuem RPPS, a situação mais comum será a de adesão a plano de benefícios multipatrocinados em uma entidade já existente.

IV. Sobre o embasamento legal a ser observado para a contratação de Entidade Fechada de Previdência Complementar

18. No tocante à ampliação das possibilidades de escolha provocada pelas alterações constitucionais, algumas questões surgem sobre o processo de contratação da entidade:

- **Qual o embasamento legal para a contratação da entidade? A Lei de Licitações deve ser aplicada? Qual a forma de contratação: chamamento, concorrência, dispensa, inexigibilidade, ou está integralmente regida pela LC 109/2001?**
- **Um processo de seleção público deve ser realizado?**
- **Há carência de regulamentação sobre o tema?**

19. Com vistas a dar maior segurança jurídica no processo de contratação da entidade e melhor interpretar as questões apresentadas e auxiliar o entendimento das Cortes de Contas, esta seção e as próximas analisarão as questões elencadas.

20. De plano, interessa anotar que o regime estabelecido pela Lei 8.666/93 constitui norma geral de licitações públicas e de contratos administrativos, a ela devendo aderir tanto a forma dos negócios jurídicos da administração pública quanto ao rito de escolha das contrapartes, em regra.



ATRICON

ASSOCIAÇÃO DOS
MEMBROS DOS TRIBUNAIS
DE CONTAS DO BRASIL

21. Nada inibe, entretanto, a superveniência de norma específica que venha a regular tais temas, seja em virtude do objeto pretendido – tal como serviços de publicidade³ –, seja em virtude da pessoa jurídica interessada – tal como na lei das estatais⁴, – seja ainda em virtude da circunstância que motiva as contratações – tal como nas compras emergenciais da pandemia⁵.

22. Tais normas específicas podem, ademais, limitar-se a regular tão somente um dos temas (forma do negócio jurídico ou procedimento de escolha) legando o outro à norma geral. Em tais casos, a Lei 8.666/93 se erige como subsidiária, gozando de eficácia plena na ausência de dispositivos específicos.

23. Após analisarmos o arcabouço normativo, pensamos ser inquestionável a existência de norma específica aplicável ao negócio jurídico em tela⁶, estipulando expressamente a forma prescrita, qual seja, o convênio de adesão⁷. **Assim, fica afastado o regime do contrato administrativo.** Disposições acerca da duração do acordo, sua interrupção, multas, rescisões e sua extinção ou emenda, portanto, devem recorrer a essa regulamentação específica.

24. A investigação do mesmo arcabouço não ofereceu, entretanto, respostas satisfatórias às dúvidas acerca das regras aplicáveis para a forma de escolha da entidade fechada a ser contratada pelo Ente público. De fato, a norma é integralmente silente, por não ter sido sua preocupação. Não é possível – e nem conveniente – inferir intenções desse silêncio. A única disposição que exsurge é a competência do patrocinador para escolher a entidade de previdência fechada e a definição pelo uso do convênio de adesão, conforme redação da Lei Complementar 109/2001:

Art. 13. A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo.

§ 1º Admitir-se-á solidariedade entre patrocinadores ou entre instituidores, com relação aos respectivos planos, desde que expressamente prevista no convênio de adesão.

§ 2º O órgão regulador e fiscalizador, dentre outros requisitos, estabelecerá o número mínimo de participantes admitido para cada modalidade de plano de benefício (grifo nosso).

25. Outros efeitos, não se os reconhecem nas Leis Complementares 108/2001 e 109/2001, uma vez que não cuidaram de afastar a necessidade nem a conveniência da licitação, não abordam procedimentos de escolha ou de habilitação, nem parecem pretender fazê-lo – ainda que tacitamente. As leis não estão aptas, por si mesmas, a assentar a conclusão de que a

³ Lei 12.232/2010 - Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências.

⁴ Lei 13.303/2016.

⁵ Lei 14.065/2020.

⁶ Referimo-nos à Lei Complementar 109/2001 e a Resolução CGPC 8/2004.

⁷ Objeto do art. 13 da Lei Complementar 109/2001 e do art. 3º da Resolução CGPC 8/2004.

contratação é – ou que devia ser – direta. O paradigma normativo considerado inicialmente, portanto, é a possibilidade de aplicação da regra geral, mesmo que de forma subsidiária.

26. Tal conclusão se alcança, repise-se, independentemente da forma adotada pelo negócio jurídico ou do custo que o eventual procedimento licitatório teria, mormente nos pequenos municípios brasileiros em que empecilhos de toda sorte atribulam a seleção de um prestador de serviços com quem estabelece-se duradoura relação jurídica de trato sucessivo. A análise se deixará guiar pelos ditames da norma geral, para o descortino paulatino da solução.

27. Em uma investigação lateral sobre procedimentos de escolha, além daqueles constantes na norma geral, consideramos outras normas, nenhuma delas se conformando. O objeto não é comum, o que afasta o pregão, nem se insere na relação daqueles admitidos pelo art. 1º da lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), afastando-o também⁸.

28. Ademais, é de se concluir pela inaplicabilidade do regime preconizado pela Lei 13.019/2014 (Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil), bem como do chamamento público na roupagem por ela estabelecido (art. 23). Assim se conclui por três motivos. Em primeiro, há inadequação subjetiva, posto que as Entidades de Previdência Complementar não preenchem os requisitos exigidos das Organizações da Sociedade Civil. Por segundo, há inadequação objetiva, ou seja, o objeto social das Entidades de Previdência não se insere entre aqueles que a lei reputa como sendo atividade do terceiro setor. Por terceiro, enfim, o rito ali disposto é inadequado, posto que, vocacionado por tema diverso, não guarda nenhuma afinidade com a previdência complementar, lançando exigências tais como prévio plano de trabalho (art. 22) com relação de metas, parâmetros e projetos a executar, necessidade de a organização prestar contas (art. 69), bem como diversas sanções aplicáveis (art. 73). Tal conclusão não significa, entretanto, que o título “chamamento público” não possa ser empregado - desde que genericamente adotado -, nem que pontos de similaridades entre os dois ritos não surjam. Além disso, no Chamamento Público todas as interessadas que se apresentarem teriam a favor de si adjudicado o direito de contratar com a administração pública, o que não é possível na previdência complementar, que preconiza unicidade de Entidade Fechada.

⁸ Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), **aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:**

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo;

VII - das ações no âmbito da segurança pública;

VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A.

X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. [...] **Lei 12.462/2012**

Art. 1º **Para aquisição de bens e serviços comuns**, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. **Lei 10.520/2002.**

29. Essa breve digressão propicia a conclusão de que não restam normas específicas de contratação a ponderar: o parâmetro normativo relevante recai sobre uma avaliação da norma geral. Cabe, no entanto, ainda outra digressão, avaliar se o advento da nova lei de licitações estaria a autorizar nova abordagem acerca do assunto.

A. Avaliação preliminar: da possibilidade de aplicação da Nova Lei de Licitações

30. A nova lei de licitações, Lei 14.133/2021, sancionada em 01 de abril de 2021, não parece alterar o panorama anteriormente traçado. Em primeiro lugar, há uma longa *vacatio legis* prevista:

Art. 193. Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei (grifo nosso).

31. Tendo em vista que a janela para estruturação das operações de escolha finda, conforme art. 9º, § 6º, da EC nº 103/2019, no prazo máximo de 2 anos da data de sua entrada em vigor, prazo esse peremptório, uma vez que deitado com a definitividade da Emenda Constitucional, há o limite cravado em 13/11/2021. Tal brevidade sugere que se recorra à lei que é conhecida e está em vigor.

32. Em segundo lugar, ainda que se socorra da nova lei de licitações, uma vez que há um regime de aproximação, ao dispositivo 191:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

33. Em primeira análise, colhemos a reiteração dos institutos da inexigibilidade (art. 74) e da dispensa de licitação (art. 75) na nova lei com poucas alterações, de forma que pouco acrescentam em possibilidades⁹. De fato, são muito similares aos seus equivalentes na Lei 8.666/93, de forma que o estudo aqui articulado não se perde, posto que as considerações acerca da contratação direta da nova legislação se mantêm.

B. Avaliação sobre o enquadramento como dispensa de licitação

34. O art. 24 da Lei de Licitações busca congrega diversas hipóteses subjetivas e objetivas que autorizam a contratação direta sob o *nomen juris* “dispensa de licitação”. Em análise a todas

⁹ A íntegra dos artigos 74 e 75 da Nova Lei de Licitações pode ser acessada em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20estabelece,e%20dos%20Munic%C3%ADpios%2C%20e%20abrange%3A&text=II%20%2D%20os%20fundos%20especiais%20e,ou%20indiretamente%20pela%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%ABlica.

as circunstâncias que autorizam o rito expedito, exsurge o inciso VIII como possível incurso, com a seguinte redação:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;¹⁰

35. Nada obstante, tendo em vista que um dos requisitos a ser preenchido pelo tipo é de que o contratado integre a Administração Pública, entidades privadas não podem participar, restringindo a competitividade. Ademais, o requisito de que a criação tenha se dado para o fim específico, a exclusão de outras entidades ainda que integrantes da Administração Pública¹¹ parece constituir empecilho relevante a considerar. Parece autorizada, a criação de uma entidade local especialmente para funcionar como Entidade Fechada para aquele ente, sendo, então, contratada diretamente sob esse fundamento.

C. Avaliação sobre o enquadramento como inexigibilidade de licitação

36. Os casos de inviabilidade de competição – **que se confundem com os casos de inconveniência jurídica da competição** – congregam-se ao art. 25 e são intitulados “inexigibilidade de licitação”. Contrariamente ao art. 24, em que se reputa a lista como relação fechada de casos típicos, há apenas a exemplificação de casos. O rol é chamado de “exemplificativo”. Mesmo assim, dentre os casos, desponta o inciso II, que exhibe a seguinte redação:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; Lei 8.666/1993

37. O **primeiro requisito** é que o serviço técnico esteja enumerado no art. 13 da Lei 8.666/1993. De plano, anotamos que é assente na doutrina a compreensão de que a relação de serviços técnicos constantes dos incisos do dispositivo não é exaustiva¹². Assim, ainda que não figure textualmente no art. 13, cabe perguntar: a atividade da EFPC adere ao conceito de serviço

¹⁰ Na nova Lei, art. 73. IX – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

¹¹ Atualmente, 12 entidades de natureza pública oferecem planos para Entes Federativos.

¹² Por exemplo, Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 284/286. Em especial: “Deve reconhecer-se que os incisos do art. 13 comportam interpretação ampliativa para casos assemelhados. As hipóteses ali foram previstas em termos genéricos, de molde a atingir outras situações que delas se aproximem.”



ATRICON

ASSOCIAÇÃO DOS
MEMBROS DOS TRIBUNAIS
DE CONTAS DO BRASIL

técnico profissional especializado? Quanto a isso, percebe-se certa proximidade ao inciso III (assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias)¹³, pois este remete à assessoria financeira. Ademais, ainda que não se aproxime tanto do enunciado mencionado, a atividade de EFPC certamente é profissional, especializada e técnica.

38. O **segundo requisito** é que a contratação sustente natureza singular. Novamente muito se debate na doutrina acerca de como se apreciaria tal adjetivo. Pondera-se, entretanto, que a contratação possivelmente será a única do gênero na expectativa de vida laboral dos segurados. Enquanto unicidade se contrapõe àquilo que é assíduo, reiterado ou usual, parece, já semanticamente, preenchido o mencionado requisito.

39. O **terceiro e último** requisito para a inexigibilidade em testilha é a **notória especialização** do contratado. Antes de prosseguir diretamente ao requisito do caso, cumpre observar que os arts. 32 e 71 da Lei Complementar 109/2001 bem esclarecem que as EFPC têm excluída a prestação de quaisquer serviços diversos dos de administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária, o que depõe a favor de uma extraordinária especialização.

Art. 32. As entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.

Parágrafo único. É vedada às entidades fechadas a prestação de quaisquer serviços que não estejam no âmbito de seu objeto, observado o disposto no art. 76.

[...]

Art. 71. É vedado às entidades de previdência complementar realizar quaisquer operações comerciais e financeiras:

I - com seus administradores, membros dos conselhos estatutários e respectivos cônjuges ou companheiros, e com seus parentes até o segundo grau;

II - com empresa de que participem as pessoas a que se refere o inciso anterior, exceto no caso de participação de até cinco por cento como acionista de empresa de capital aberto; e

III - tendo como contraparte, mesmo que indiretamente, pessoas físicas e jurídicas a elas ligadas, na forma definida pelo órgão regulador.

Parágrafo único. A vedação deste artigo não se aplica ao patrocinador, aos participantes e aos assistidos, que, nessa condição, realizarem operações com a entidade de previdência complementar (grifo nosso).

40. Ademais, a nova Lei de Licitações oferece uma definição para notória especialização, que pode, inclusive, servir de guia na busca por uma Entidade Fechada:

*Art. 6º. [...] XIX – **notória especialização**: qualidade de profissional ou de empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permite inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato (grifo nosso).*

¹³ Equivalentemente, na nova Lei: Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] XVIII – serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a: [...] c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias;



ATRICON

ASSOCIAÇÃO DOS
MEMBROS DOS TRIBUNAIS
DE CONTAS DO BRASIL

41. Ressalta-se que a avaliação de que uma licitação é inexigível não se incompatibiliza com a conclusão de que é necessário um processo formal de escolha, inclusive com cotejamento de estruturas e custos de operacionalização. Além da necessidade de que a escolhida para o convênio de adesão preencha o requisito de notória especialização, como visto acima, o art. 26 é repleto de outras exigências, tais como motivações, divulgação prévia e justificativa de preços¹⁴.

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. Lei 8.666/1993 (grifo nosso).

42. Em uma análise restrita à “forma de contratar” e partindo-se do pressuposto que se recorrerá à Lei Geral, estão presentes para o caso em análise, qual seja o da contratação de entidade de previdência complementar pelo Ente, os requisitos para o possível enquadramento como contratação direta por inexigibilidade.

43. No entanto, avalia-se que a aplicação desse enquadramento seria apenas uma aproximação em relação à “forma de contratar” uma vez que a Lei Geral foi formulada para contratos administrativos que visam a disciplinar relações contratuais e não de parceria, ou seja, possuem escopo diferente, mas, em especial, porque dele poderia ser extraída equivocadamente a interpretação de que serão aplicadas as normas da Lei de Licitações não só à forma de contratação das entidades, mas, também, à execução, ao acompanhamento e ao controle do convênio de adesão, aspectos já regulados por Lei Específica, quais sejam a LC 108

¹⁴ Novamente, não muito diferente dos requisitos da nova Lei, confira, ao art. 71:

Seção I Do Processo de Contratação Direta

Art. 71. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I – documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II – estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III – parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV – demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V – comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI – razão da escolha do contratado;

VII – justificativa de preço;

VIII – autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

e a LC 109, ambas de 2001. Acresce-se a isso a opção do legislador constituinte, ao disciplinar a matéria, de retirar do texto da Emenda Constitucional 103/2019 a obrigação de licitação, conforme referido no item 7 desta Nota Técnica.

44. Portanto, conclui-se que o modelo de convênio de adesão do art. 13 da LC 109/2001 é incompatível com qualquer procedimento licitatório estabelecido na legislação vigente. Ainda que se buscasse a Lei Geral, para esse enquadramento, a contratação seria equiparada à inexigibilidade.

45. Nesse caso, na ausência de norma regulamentando de forma explícita a forma da referida contratação a orientação da ATRICON é que o Ente Federado realize processo de seleção público preservando os princípios constitucionais e basilares da Lei Geral como a transparência, a economicidade, a eficiência e a publicidade. Na seção de orientações, a aplicação prática desses princípios será mais bem explorada.

46. A recomendação de um processo público decorre ainda do fato de existir a possibilidade de o Ente Federado poder comparar propostas, principalmente a partir do estabelecimento da Emenda 103/2019, em que passou a ser autorizada a atuação de forma ampla de todas as entidades fechadas que operam neste segmento. No entanto, o segmento detém características muito específicas que trazem dificuldades de estabelecimento de critérios objetivos de escolha sendo nesse caso, indispensável a motivação, a apresentação das razões e fundamentações da escolha de uma proposta em detrimento de outra.

D. Sobre o prazo do convênio de adesão

47. Já concluímos em outras linhas que, por serem normas específicas, são aptas a regular a forma do negócio jurídico de interesse a Lei Complementar 109/2001 e a Resolução CGPC 08, de 19 de fevereiro de 2004. Esses normativos se estruturam em torno da noção de prazo indeterminado para a vigência dos convênios de adesão, sendo, cláusula razoável a se contemplar. Tal se dá a despeito da norma geral, que veda expressamente tal possibilidade (art. 57, § 3º, da Lei 8.666/1993), tolerando-os que a duração se estenda pelo prazo máximo de até 60 meses.

48. Não poderia se aceitar diversamente, uma vez que as características dos planos de previdência complementar envolvem investimentos de longo prazo, custeio administrativo estimado atuarialmente, tornando inadequada a comparação de planos de horizontes tão curtos, como 60 meses. A natureza previdenciária requer previsibilidade e prazo elastecido nos contratos, seja no Regime Geral de Previdência Social, nos Regime Próprios de Previdência Social e no Regime de Previdência Complementar.

49. Impõe-se concluir mais uma vez que predomina a regulamentação estabelecida pela legislação do Regime de Previdência Complementar, e que esta preconiza o prazo indeterminado da relação jurídica entre a EFPC e o patrocinador público.

50. Tal indeterminação de prazo, anote-se, não inviabiliza a rescisão do convênio de adesão com a EFPC, desfazimento este regulamentado na possibilidade de transferência de

gerenciamento do plano para outra EFPC, por prerrogativa do patrocinador a qualquer tempo. Essa operação é disciplinada pela Resolução CNPC 25, de 13 de setembro de 2017.

V. Da Orientação

51. Por todo o exposto, relativamente ao procedimento de escolha de Entidade de Previdência Complementar pelos entes federativos e com base na análise ampla da legislação, a conclusão é a de que a contratação em voga não se enquadra em qualquer rito estabelecido pela legislação em vigor devendo os princípios de uma contratação pública serem preservados e sempre alicerçados no regramento estabelecido pela Lei Complementar 108 e 109, ambas de 2001, que regulam o caráter *sui generis* do objeto previdenciário.

52. Na ausência de regramento específico, em análise à Lei Geral, avalia-se que o regramento tem analogia à inexigibilidade. No entanto, avalia-se que a aplicação desse enquadramento **seria apenas uma aproximação** em relação à “forma de contratar” uma vez que a Lei Geral foi formulada para contratos administrativos que visam a disciplinar relações contratuais e não de parcerias e do próprio convênio de adesão.

53. Neste caso, para a contratação de Entidade de Previdência os princípios constitucionais de uma contratação pública devem ser **necessariamente** observados como o da moralidade, impessoalidade, publicidade, transparência e economicidade, aplicando-se um processo de seleção público com instrução processual diligente e devidamente motivado.

54. Outrossim, havendo diversas entidades aptas a oferecer planos a Entes Federativos, atualmente cerca de 40 entidades¹⁵, a forma de justificar a escolha seria a realização de processo de seleção transparente e motivado, com fundamentação pautada por critérios de qualificação técnica e economicidade e contendo as razões de escolha de uma entidade em detrimento de outras alternativas, principalmente levando em consideração que há diferença das condições econômicas nas propostas.

55. Recomenda-se, a fim de garantir o cumprimento dos princípios da impessoalidade e transparência, a constituição de grupo de trabalho com servidores do órgão responsável pela área de pessoal do Ente, por representante do RPPS e de seus colegiados e dos demais Poderes para participarem de todo o processo de implantação, que se inicia com a elaboração do Projeto de Lei e finda com a assinatura do convênio de adesão com a Entidade selecionada.

56. Este grupo iniciaria os trabalhos a partir da realização de um estudo prévio que percorra as características e complexidades do Ente, da sua massa de servidores e do potencial esperado de ingresso no RPC, da remuneração média desses servidores e dos impactos esperados no RPPS decorrentes da implantação.

¹⁵ A Secretaria da Previdência publica em seu sítio eletrônico lista de EFPC que demonstraram interesse em administrar planos de Entes Federativos que pode ser acessado em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-complementar/mais-informacoes/arquivos/guiaentidades_listaefpcmultip_20-11.pdf

57. Os princípios da impessoalidade e publicidade serão observados necessariamente pelo acolhimento e recebimento de diferentes propostas.

58. Não há como se estabelecer o formato exato para a seleção, uma vez que a legislação é silente neste aspecto. No entanto, o processo de escolha pode envolver os seguintes expedientes:

- a) Publicação de edital/termo para que as EFPC apresentem propostas especificando o objeto a ser contratado e o potencial de participantes a ingressar no plano e contendo a especificação de requisitos técnicos e econômicos mínimos a serem apresentados pelas Entidades;
- b) Elaboração de quadro comparativo das condições econômicas das propostas, qualificação técnica e plano apresentados ao Ente;
- c) Motivação da escolha de determinada entidade em face das demais propostas apresentadas.

59. A recomendação é que o processo esteja minimamente instruído com aspectos relevantes como:

- avaliação do processo de governança e experiência técnica das entidades;
- a comprovação da qualificação da diretoria e demais responsáveis pela gestão da entidade;
- o histórico de rentabilidade obtido nos planos de benefícios, a política de investimento e o desempenho da EFPC;
- a análise da estrutura de custeio da entidade¹⁶;
- os controles internos e processos de gestão de riscos da EFPC;
- análise da economicidade da proposta escolhida, sendo o Ente capaz de comparar e simular as diferentes propostas apresentadas bem como solicitar que a EFPC torne transparentes todos os custos, inclusive o da gestão de ativos¹⁷.

60. Sobre este último ponto, destaca-se que, ao final de 2019, foi constituído grupo de trabalho no âmbito do CNPC e coordenado pela Secretaria de Previdência que apresentou, dentre outros temas, o [Guia da Previdência Complementar dos Entes Federativos](#) com orientações para a implantação em que se destaca critérios mínimos a serem observados pelos Entes na escolha de uma EFPC. A título de recomendação, seria oportuno que a Secretaria de Previdência realizasse maior detalhamento neste Guia dos critérios a serem observados como forma de melhor orientar os Entes neste processo de escolha, indicando meios de ateste de aspectos relacionados à experiência, qualificação e boas práticas de governança que devem ser observados no processo de escolha da EFPC.

¹⁶ O limite anual de recursos prudenciais de atendimento do PGA de entidades fechadas que possuam patrocínio majoritariamente público, de que trata a Lei Complementar nº 108/2001, considerado pelo percentual do patrimônio administrado pela entidade, é determinado pela Resolução CGPC nº 29 de 31 de agosto de 2009, em seu artigo 6º:

“... O limite anual de recursos destinados pelo conjunto dos planos de benefícios executados pela EFPC de que trata a Lei Complementar nº 108, de 2001, para o plano de gestão administrativa, observado o custeio pelo patrocinador, participantes e assistidos, é um entre os seguintes:

I – taxa de administração de até 1% (um por cento); ou

II – taxa de carregamento de até 9% (nove por cento). Parágrafo único. O Conselho Deliberativo da EFPC deve estabelecer o limite de que trata o caput.”

¹⁷ Importante esclarecer que qualquer aporte à EFPC pelo patrocinador público pode acontecer tão somente na condição de patrocinador e como adiantamento de contribuições futuras, não podendo Ente alocar recursos fora dessa condição.



ATRICON

ASSOCIAÇÃO DOS
MEMBROS DOS TRIBUNAIS
DE CONTAS DO BRASIL

61. Recomenda-se que os critérios apresentados pela Secretaria da Previdência, no seu Guia de Orientações, sejam devidamente utilizados pelos Tribunais de Contas no seu processo de fiscalização uma vez que este é o órgão técnico e que tem a missão de formulação de política para o segmento e tendo em vista que não cabe a esta Associação explicitar aspectos técnicos específicos do negócio em análise.

62. Em que pese a motivação da escolha ser privativa de cada Ente, não há qualquer óbice em que o processo de escolha seja realizado em cooperação com outros entes federativos, ou fazendo uso, no que couber, da documentação produzida em processo realizado por outro Ente. Cabe clarificar que esta possibilidade não se trata da formação de consórcio nos termos da Lei 11.107, de 06 de abril de 2005. Trata-se apenas da cooperação para a escolha de entidade de forma coletiva para a adesão a um único plano de benefícios, em que serão firmados convênios de adesão distintos por patrocinador. Dessa forma, vários entes federativos poderão se agrupar para formar um processo singular de adesão a um plano multipatrocinado, podendo obter maior economicidade e ganho de escala.

63. Para os Municípios que não possuem servidores com remuneração superior ao teto do RGPS, importante destacar que o Ente Federativo permanece com a obrigação de aprovar a Lei de Implantação do RPC, para que, caso venha a ter o ingresso de servidores nessa condição, possa prontamente realizar o processo de seleção de Entidade e manter sua regularidade previdenciária.

64. Por fim, é importante que o Ente estabeleça processo formal de acompanhamento da gestão do plano após a contratação, designando formalmente os responsáveis que exercerão esse papel. Avalia-se que o Conselho Deliberativo do RPPS possa contribuir neste processo.

VI. **Recomendação de Regulamentação Posterior**

65. Conforme observado nas seções anteriores, a avaliação é que seria recomendável uma melhor clarificação dessa modalidade de contratação em Lei Complementar. Dessa forma, apresenta-se à Secretaria de Previdência, a título de colaboração, proposta de artigo a constar de alteração da Lei Complementar 108/2001 ou até mesmo da Lei de Responsabilidade Previdenciária de que trata o § 22 do art. 40 da Constituição, que clarifique a forma de contratação da entidade de previdência por seleção, bem como reforce o convênio de adesão como instrumento jurídico da relação entre o patrocinador e a entidade de previdência, além da indeterminação do prazo de sua vigência.

66. Vejamos:

Art. XX A seleção e contratação da entidade responsável pela gestão do regime de previdência complementar observará o disposto nas leis complementares de que trata o art. 202 da Constituição Federal e as seguintes diretrizes:

I – o processo se dará por seleção pública e observará principalmente critérios que considerem a transparência, a qualificação técnica, a impessoalidade e a economicidade;

II - será formalizado convênio de adesão, com vigência por prazo indeterminado.

VII. CONCLUSÃO

67. Não há, no sistema jurídico nacional, uma forma expressa para o Ente Federado realizar a contratação das Entidades Fechadas de Previdência Complementar - EFPC quando da instituição, por lei, do Regime de Previdência Complementar, exigida pela Emenda Constitucional nº 103/2019.

68. O objeto contratado não se enquadra na Lei de Licitações, mas guarda proximidade com a forma de contratação direta por inexigibilidade. Neste caso, as Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001, de fato, terão o condão de nortear a contratação, não havendo que se falar em processo licitatório, mas sim em processo de seleção, alicerçado nos princípios constitucionais de uma contratação pública, cujo resultado seja a escolha de entidade que demonstre conhecimento e capacidades para a gestão dos passivos e ativos do regime de previdência complementar.

69. Impõe-se concluir que predomina a regulamentação estabelecida pela legislação do Regime de Previdência Complementar, sendo o convênio de adesão por prazo indeterminado o instrumento devido.

70. A seção V desta Nota Técnica apresenta orientações e recomendações detalhadas sobre a devida instrução processual.



Fábio Túlio Filgueiras Nogueira
Presidente

PROCESSO Nº: @LEV 21/00379709
UNIDADE GESTORA: Prefeitura Municipal de Águas Mornas e outras
INTERESSADOS: Prefeitura Municipal de Águas Mornas e outras
ASSUNTO: Orientação aos gestores municipais com relação critérios a serem observados para contratação de entidades de previdência complementar.
RELATOR: Luiz Roberto Herbst
UNIDADE TÉCNICA: Divisão 10 - DGE/COORD4/DIV10
DESPACHO: GAC/LRH - 1206/2021

DESPACHO

Considerando as determinações da Emenda Constitucional nº 103/2019 no sentido de que todos os Entes Federativos que possuam Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS devem implementar o respectivo Regime de Previdência Complementar – RPC até dois anos da data da entrada em vigor da referida Emenda, ou seja, até 12.11.2021, este Tribunal de Contas enviou aos Municípios orientações gerais acerca dos procedimentos para efetivação do RPC, baseadas nas regras constitucionais, no Guia da Previdência Complementar para Entes Federativos (5ª edição) da Secretaria de Previdência do Ministério da Economia e nos estudos realizados sobre o tema, notadamente a Nota Técnica nº 001/2021-ATRICON (Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil)

Dentre as orientações estavam a necessidade de processo público de seleção para contratação de entidade fechada de previdência complementar para gestão do Regime de Previdência Complementar (RPC), com observância dos princípios da impessoalidade, da publicidade, da economicidade e da transparência e embasado no regramento da Lei Complementar 108 e 109, ambas de 2001, o que implica em estabelecimento de critérios objetivos para a escolha da entidade, que avaliem os diversos aspectos e requisitos técnicos e econômicos mínimos em relação à entidade e aos planos, de forma a possibilidade comparativo objetivo entre as propostas, a fim de justificar e motivar a escolha.

Até 27.09.2021 este Tribunal havia recebido apenas quatro editais de seleção de entidade fechada de previdência complementar (municípios de São Bento do Sul, Novo Horizonte, Rio Negrinho e Forquilha).

Conforme exame preliminar da Diretoria de Contas de Gestão (DGE) deste Tribunal, os editais encaminhados por São Bento do Sul, Novo Horizonte e Forquilha não contém critérios objetivos de avaliação, com respectiva forma de mensuração/avaliação (como pontuação, pesos ou outros critérios objetivos) que permitam aferição dos diversos aspectos técnicos e econômicos das propostas a serem recebidas (Relatório DGE-484/2021).

A Diretoria técnica anotou que “a definição dos critérios objetivos de avaliação, bem como a gradação com que cada qual irá importar no resultado final do certame não estão corretamente delineados nos editais dos referidos municípios, maculando a transparência dos processos em relação à coletividade e aos órgãos de controle, bem como aos próprios proponentes, além de caracterizar infringência ao princípio da impessoalidade, princípios basilares da Administração Pública insertos no artigo 37 da CF/88”.

A previsão de critérios de mensuração e apuração objetivos (geralmente por meio de pontuação) revela-se essencial para que a escolha observe os princípios da impessoalidade, da isonomia no tratamento entre os participantes, da legalidade e da transparência, o que deve resultar na legitimidade e segurança da escolha.

De outro lado, os critérios devem permitir ampla participação de entidades, de modo que não devem ser fixados critérios e pesos que possam beneficiar determinadas categorias de entidades fechadas ou abertas de previdência complementar.

Nesse sentido, revela-se pertinente:

I - Encaminhar aos municípios que possuem Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), as seguintes **orientações complementares**:

1. O edital do processo público de seleção para contratação de entidade fechada de previdência complementar para gestão do Regime de Previdência Complementar (RPC), deve conter critérios objetivos para que haja observância dos princípios da impessoalidade, da igualdade no tratamento entre os proponentes, da publicidade, da transparência, probidade administrativa, da competitividade, da economicidade, do interesse público e da obtenção da proposta mais vantajosa;

2. Os critérios de apuração ou aferição das exigências de comprovação de qualificação técnica e das condições econômicas e do plano de previdência apresentados ao Ente, devem estar baseados em fatores objetivos de mensuração, tais como pontuação ou fator de habilitação, para os diversos aspectos, com elaboração de quadro comparativo, de modo a motivar a escolha de determinada entidade;

3. Na fixação dos critérios objetivos deve-se atentar para elementos como necessidade do critério, grau de relevância para o Ente e respectiva gradação na pontuação, bem como evitar critérios que possam inviabilizar, reduzir ou restringir o universo de possíveis proponentes.

II - Dar ciência aos Prefeitos e às Câmaras de Vereadores dos municípios que possuem Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS).

III - Dar ciência desta deliberação aos membros do Tribunal Pleno.

Florianópolis, 13 de outubro de 2021.

LUIZ ROBERTO HERBST
CONSELHEIRO RELATOR

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO ANTÔNIO
CESAR ALVES DE ARRUDA – DO MUNICÍPIO DE LAGES**

Anulação do processo seletivo

Pedido liminar

**Edital n. 01/2021 – seleção de Entidade Fechada de Previdência
Complementar**

**FUNDAÇÃO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO ESTADO
DE SANTA CATARINA – SCPREV**, neste ato representada pelos seus
advogados, criada pela Lei Complementar Estadual n. 661/2015, inscrita no
CNPJ sob o número 24.779.565/0001-87, com sede na Rua Emílio Blum, nº.
131, 5º andar, sala 506, Florianópolis, SC, vem apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao
Edital nº 01/2022, diante dos fatos e fundamentos que abaixo seguem:

1. Fatos

Em 23.11.2021, o Município de Lages, representado no ato pelo
Secretário Antônio Cesar Alves de Arruda, publicou o edital n. 01/2022 com
objetivo de:

- “1.1 Apresentação de propostas por Entidades Fechadas de Previdência Complementar, interessadas em administrar plano de benefícios previdenciários dos servidores de cargo efetivo da administração direta e indireta do Poder Executivo e do Poder Legislativo do Município de Lages.
- 1.2 O presente Processo de Seleção não implicará em seleção de Entidade Fechada de Previdência Complementar, nem em futura assinatura de Convênio de Adesão, objetivando somente o encaminhamento de propostas.
- 1.3 O recebimento das propostas ficará a cargo da Diretoria de Licitações e Contratos, órgão pertencente à estrutura da Prefeitura Municipal de Lages.
- 1.4 O julgamento das propostas ficará a cargo do Grupo de Trabalho para

Seleção da EFPC, criado pela Portaria nº 846/2021 de 09 de novembro de 2021.” (extraíu-se do edital)

No entanto, a criação de processo de seleção simplificado para escolha de Entidade Fechada de Previdência Complementar (EFPC) não possui respaldo legal, tendo em vista que fundada meramente em entendimento inconstitucional da ATRICON – Associação dos Membros dos Tribunais de Conta. A Nota Técnica e o entendimento de associação não têm efeito, tampouco validade de lei.

Ademais, cabe mencionar que a impugnação é tempestiva, tendo em vista que o edital não prevê prazo para impugnação, tampouco faz referência a legislação vigente, porém, utilizando a lei de licitações por analogia, o prazo de impugnação é de até 2 (dois) dias úteis anteriores a abertura dos envelopes, nos termos do artigo 41, §2º da Lei n. 8.666/93.

Dito isto, passa-se aos fundamentos jurídicos.

2. Direito

Os Municípios fazem parte da estrutura federativa brasileira, compondo a Administração Pública Direta, nos termos do artigo 18 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Compete, privativamente, à União legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a Administração Pública Direta, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A Carta Magna, no seu artigo 37, prevê que a Administração Pública deverá respeitar os princípios da **legalidade**, impessoalidade, entre outros, senão vejamos:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade**, moralidade, publicidade e eficiência;”

Com intuito de instituir as normas gerais, regras e diretrizes sobre o procedimento licitatório e os contratos administrativos foi redigida a Lei n. 8.666/1993, a qual buscava resguardar a melhor proposta para o Ente licitante.

Conforme o artigo 1º da Lei n. 8.666/1993 os Municípios são subordinados a supramencionada legislação, senão vejamos:

*“Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. **Subordinam-se ao regime desta Lei**, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e **Municípios**. “*

No ano de 2021, promulgou-se a Lei n. 14.133/2021 que estabeleceu as novas normas gerais de licitação para contratações pela Administração Pública, inclusive Municípios.

Insta destacar que a referida Lei n. 14.133, **entrou em vigor na data de publicação** (não houve ***vacatio legis***), mas estabeleceu período de **transição de 2 (dois) anos, nos quais a Administração Pública poderá optar por licitar ou contratar de acordo com o disposto na lei anterior (Lei 8.666) ou na atual (lei 14.133)**, vedada a utilização combinada de regras previstas nas referidas leis.

A legislação em tela prevê que não se subordinam ao regime da referida Lei apenas as seguintes situações:

“Art. 3º Não se subordinam ao regime desta Lei:

- I - contratos que tenham por objeto operação de crédito, interno ou externo, e gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionadas a esses contratos;
- II - contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria.”

Neste sentido, salvo as contratações acima mencionadas, os **contratos da Administração Pública Direta estão subordinados à Lei de Licitação.**

Marçal Justen Filho, em seus comentários à nova Lei de Licitação, trouxe as diretrizes da licitação e a necessidade da rigidez do procedimento, ainda que se trate de Municípios pequenos, a fim de coibir a corrupção:

“A relevância da matéria e o tratamento peculiar

O modelo diferenciado para disciplina das normas gerais sobre licitação e contratação administrativa decorre da relevância do tema.

As contratações administrativas envolvem recursos financeiros muito vultosos e são o instrumento para assegurar a satisfação de necessidades coletivas de grande relevo. Os problemas políticos, sociais e financeiros gerados por práticas reprováveis relativamente a licitações e contratações administrativas são notórios.

O combate à ineficiência e à corrupção conduziu a uma pluralidade de providências legislativas. Assim, por exemplo, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) reprime práticas e omissões reprováveis relacionadas ao exercício da função pública. A Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) trata da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de direito privado pela prática de atos dolosos contra o Poder Público nacional ou estrangeiro. A própria Lei 14.133/2021 reformulou a tipificação penal de infrações nessa matéria.

A atribuição à União da competência privativa para editar normas gerais sobre licitações e contratações administrativas é uma outra providência para combater a ineficiência e a corrupção. Usualmente, os controles políticos e sociais no âmbito da União são muito mais intensos e rigorosos, reduzindo risco de desvios propiciados por uma legislação local inexistente, insuficiente ou mal elaborada.

As eventuais decorrências negativas

A adoção de um modelo legislativo rígido, fundado nas normas gerais editadas pela União, acarreta alguns efeitos negativos. Há um regime jurídico nacional, rígido e uniforme, a ser observado em todas as unidades da Federação. Em muitos casos, é problemática (se não impossível) a observância exata e rigorosa das normas gerais nacionais por parte de pequenos Municípios. Essa disciplina pode ser inadequada mesmo para alguns Estados.

O reconhecimento dessas dificuldades não autoriza a inobservância das normas gerais nacionais. A gravidade dos problemas relacionados à ineficiência e à corrupção foi

reputada pela CF/1988 como superior às dificuldades e limitações dos entes políticos locais.”¹

No tocante ao custo da realização do procedimento licitatório para os pequenos Municípios, justamente para resguardar o erário, a legislação prevê a possibilidade de dispensa de licitação dentro dos valores compatíveis com a complexidade do procedimento. Quando a aquisição de serviços supera determinado valor, a utilização do procedimento da licitação com competitividade é adequada porque assegura os objetivos da proposta mais vantajosa, além de respeitar os princípios da legalidade, competitividade e isonomia.

Aliás, cabe ressaltar o conceito de licitação:

*“Licitação é o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei, **com o objetivo de garantir a isonomia, selecionar a melhor proposta e promover o desenvolvimento nacional sustentável, por meio de critérios objetivos e impessoais, para celebração de contratos.** O art. 3º, da Lei n. 8.666/1993 elenca os objetivos da licitação, quais sejam: a) garantir observância do princípio constitucional da isonomia; b) selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e c) promover o desenvolvimento nacional sustentável.”²*

Portanto, no tocante aos pontos levantados ressalta-se que a **subordinação dos Municípios à contratação por meio de procedimento licitatório não é uma faculdade, em especial pelas diretrizes constitucionais e infraconstitucionais emitidas pelo Ente Legislativo exclusivamente competente para legislar sobre o tema.**

A União desenvolveu uma série de procedimentos a fim de resguardar o cumprimento dos princípios constitucionais da isonomia, ausência de danos ao erário com a escolha da proposta mais vantajosa, bem como a tentativa de inviabilizar as práticas de corrupção. **A ausência de subordinação à Lei de Licitação para contratação de prestação de serviços ou aquisição de bens somente será resguardada de licitude se com previsão legal expressa.**

¹ Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [livro eletrônico] / Marçal Justen Filho. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

² OLIVEIRA, R. C. R. *Licitações e contratos administrativos*. 8ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 1.

Neste sentido, cabe mencionar que a **Administração Pública Direta está regida pelo manto da legalidade estrita, nos termos do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, considerando o princípio da legalidade, não cabe ao Município a criação de procedimento próprio, mas unicamente a gestão de acordo com o permitido e viabilizado em lei.**

Cabe ao Município apenas analisar a viabilidade da utilização dos procedimentos previstos em lei, inclusive a dispensa de licitação e inexigibilidade, que estão previstos tanto na Lei n. 8.666/93 e Lei n. 14.133/2021.

A criação de procedimentos simplificados, além de ausente de respaldo legal, poderá ensejar uma série de discussões quanto à ofensa aos princípios constitucionais, em especial da impessoalidade, práticas de corrupção, dano ao erário e viabilidade de atos ímprobos.

Ademais, no tocante à convênio, ressalta-se que os contratos administrativos são ajustes celebrados entre as partes, dentro das permissões legais. Assim, desde com o respeito à legislação pertinente, Leis n. 108/2001 e 109/2001, é possível a celebração de contrato com as adequações necessárias para natureza da contratação³.

Cabe mencionar que eventuais parcerias por meio de processo seletivo apenas deveriam ser realizadas quando os partícipes possuem objetivos institucionais comuns e pretendem alcançar objetivos comuns, sem obrigações recíprocas típicas de vínculos contratuais. Vejamos:

*“Nos convênios tradicionais (agora denominados “termo de colaboração”, “termo de fomento” ou “acordo de cooperação”), os partícipes possuem objetivos institucionais comuns e pretendem alcançar objetivos comuns. Em virtude da inviabilidade de competição, não se cogita, em princípio, da realização de licitação, o que não afasta a necessidade de realização de processo seletivo com regras impessoais (chamado público). **Ressalta-se que nos casos em que, não obstante a nomenclatura utilizada, existam obrigações reciprocamente típicas de vínculos contratuais, o instrumento jurídico deverá ser precedido de licitação, na forma do art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993**”.*⁴

³ OLIVEIRA, R. C. R. *Licitações e contratos administrativos*. 8ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 236.

⁴ OLIVEIRA, R. C. R. *Licitações e contratos administrativos*. 8ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, p. 238/239.

Ora, no caso em tela, existem obrigações recíprocas, a Entidade de Previdência Complementar deverá fazer gestão de plano de benefícios, bem como o Município atender o convênio de adesão. Portanto, a relação de parceria ou acordo de cooperação com objetivos institucionais comuns aparentemente não se aplica ao caso, de forma capaz de afastar a necessidade de licitação, devendo ser adotado os procedimentos competitivos ou dispensa de licitação ou inexigibilidade, se cabível.

É consabido que a ATRICON emitiu a Nota Técnica nº 001/2021, tendo firmado o entendimento no sentido de inaplicabilidade do regime de contratações públicas na relação jurídica dos Entes Federativos com as Entidades Fechadas de Previdência Complementar, isso, em face da **existência de lei específica disciplinadora da modalidade de contratação.**

Realmente, as Leis Complementares 108 e 109, ambas de 29 de maio de 2001, bem com a normatização do órgão Regulador da Atividade, que expediu a Resolução CGPC nº 8 de 19 de fevereiro de 2004, disciplinam as características do termo contratual dos Entes Federativos com as EFPC, confira-se:

*23. Após analisarmos o arcabouço normativo, pensamos ser inquestionável a existência de norma específica aplicável ao negócio jurídico em tela, estipulando expressamente a forma prescrita, qual seja, o convênio de adesão. Assim, fica afastado o regime do contrato administrativo. Disposições acerca da duração do acordo, sua interrupção, multas, rescisões e sua extinção ou emenda, portanto, devem recorrer a essa regulamentação específica.
(Nota Técnica ATRICON nº 001/2021)(grifos no original)*

Contudo, situação diversa é a questão da **forma de seleção das EFPC** que prestarão o serviço especializado aos Entes Federativos que continuarão sob o disciplinamento das leis 8.666/93 e 14.133/2021.

Curiosamente, a própria ATRICON reconhece tal vinculação:

*25. Outros efeitos, não se os reconhecem nas Leis Complementares 108/2001 e 109/2001, **uma vez que não cuidaram de afastar a necessidade nem a conveniência da licitação, não abordam procedimentos de escolha ou de habilitação, nem parecem pretender fazê-lo – ainda que tacitamente.** As leis não estão aptas,*

*por si mesmas, a assentar a conclusão de que a contratação é – ou que devia ser – direta. O paradigma normativo considerado inicialmente, portanto, é a possibilidade **de aplicação da regra geral, mesmo que de forma subsidiária.***

(Nota Técnica ATRICON nº 001/2021)(grifou-se)

Neste pensar, em análise à aplicação dos processos administrativos quanto à forma de seleção das EFPC pelos Entes federativos, à luz das leis 8.666/93 e 14.133/2021, concluiu a ATRICON que o processo administrativo aplicável é o de INEXIGIBILIDADE de licitação:

*” 42. Em uma análise restrita à “forma de contratar” e partindo-se do pressuposto que se recorrerá à Lei Geral, **estão presentes para o caso em análise, qual seja o da contratação de entidade de previdência complementar pelo Ente, os requisitos para o possível enquadramento como contratação direta por inexigibilidade.*** (grifou-se)

E,

*44. Portanto, conclui-se que o modelo de convênio de adesão do art. 13 da LC 109/2001 é incompatível com qualquer procedimento licitatório estabelecido na legislação vigente. **Ainda que se buscasse a Lei Geral, para esse enquadramento, a contratação seria equiparada à inexigibilidade.*** (grifou-se)

Induvidoso, pois, na análise da própria ATRICON, que **a solução para a contratação e sua forma, das EFPC pelos Entes Federativos, já encontrava previsão na própria Lei de Meios – a dispensa e a inexigibilidade** de licitação, com os requisitos estabelecidos (motivação, forma, demonstração da vantajosidade, etc.)

Também ficou evidenciado pela análise que a contratação direta pelos Entes Federativos, por inexigibilidade ou dispensa, restringir-se-ia às Entidades Fechadas de Previdência Complementar **de natureza pública:**

*35. Nada obstante, **tendo em vista que um dos requisitos a ser preenchido pelo tipo é de que o contratado integre a Administração Pública, entidades privadas não podem participar,** restringindo a competitividade. Ademais, o requisito de que a criação tenha se dado para o fim específico, a exclusão de outras entidades ainda que integrantes da Administração Pública parece constituir empecilho relevante a considerar.* (grifou-se)

Ora, os casos de inexigibilidade ou dispensa, por concepção da própria Lei já são restritos, como é cediço na Administração Pública - não há

novidade no tema, tampouco há se imaginar que tais casos haveriam de ser estendidos além das hipóteses previstas em Lei.

Todavia, aparentemente inconformada com a limitação da previsão legal de inexigibilidade para as Entidades Fechadas de Previdência Complementar privadas, A ATRICON aventurou-se em especulativa interpretação teleológica da EC 103/2019:

“7. Cumpre registrar que substitutivo adotado pela Comissão Especial que analisou a Proposta de Emenda à Constituição - PEC nº 287/2016 2 previa no § 15-A do art. 40 que “Somente mediante prévia licitação a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão patrocinar planos de previdência de entidades fechadas de previdência complementar que não tenham sido criadas por esses entes ou planos de previdência de entidades abertas de previdência complementar.” De igual modo, a PEC nº 06/2019, no texto original enviado pelo Executivo previa de forma expressa no § 15 a figura da licitação, nos seguintes termos: “...bem como, por meio de licitação, o patrocínio de plano administrado por entidade fechada de previdência complementar não instituída pelo ente federativo ou por entidade aberta de previdência complementar”. A retirada dessa obrigação de licitação do texto final da Emenda Constitucional nº 103/2019 aprovado pelo Congresso Nacional indica uma reflexão e decisão do constituinte quanto à inadequação desse modelo para a seleção das entidades de previdência complementar. (nosso grifo e observação)

Causa espanto que a ATRICON, experiente entidade associativa, tenha esposado tão questionável análise, pois que, se fosse desejo do Legislador afastar o regime de licitações, tal disposição haveria de estar expressamente incluída no texto.

O fato de não constar do texto da emenda constitucional 103/19 a determinação de ser obrigatório a aplicação da Lei 8.666/93 para a escolha da entidade a ser contratada para oferecer o benefício de previdência complementar, não tem o condão de afastar a submissão dos Entes Federativos, conforme intenta induzir a Nota Técnica da ATRICON, uma vez que a Administração Pública deve obedecer aquilo que a lei expressamente determina, ao contrário dos particulares que podem realizar tudo aquilo que a lei não veda. Não sendo necessário que se repita a necessidade de submissão dos Entes Federativos para que o disposto na Constituição e nas leis seja cumprido.

E não é só – malgrado a clareza da natureza do vínculo contratual determinado pelas Leis Complementares 108 e 109, de 2001, CONTRADIZENDO-SE (vide item 23 da Nota Técnica), a ATRICON alega o afastamento da Lei Geral por “ser apenas uma aproximação” da forma de contratar:

“13. Observa-se que a relação aqui firmada se enquadra no conceito de convênio específico estabelecido para o universo de previdência complementar, denominado convênio de adesão, no qual existe a convergência de interesses dos partícipes, com o fim comum de ofertar e gerir planos de previdência complementar.

*52. Na ausência de regramento específico, em análise à Lei Geral, avalia-se que o regramento tem analogia à inexigibilidade. No entanto, avalia-se que a aplicação desse enquadramento **seria apenas uma aproximação** em relação à “forma de contratar” uma vez que a Lei Geral foi formulada para contratos administrativos que visam a disciplinar relações contratuais e não de parcerias e do próprio convênio de adesão.” (grifos no original)*

A atuação administrativa deve observar o princípio constitucional da legalidade.

A obrigatoriedade de observância da Lei de Meios é regra na Administração Pública, só podendo dispensar o procedimento licitatório nos casos de dispensa e inexigibilidade, que são as exceções devidamente estabelecidas em lei, e ainda assim, ao se adotar uma destas determinações legais de contratação direta, deve se realizar um procedimento próprio, em atendimento ao princípio da obrigatória motivação dos atos praticados pelo poder público. Assim, para a definição de qual entidade deve ser escolhida para firmar convênio com a Administração Pública, faz-se sim, necessário um dos procedimentos previstos na lei de licitações, o procedimento licitatório, no caso de Entidades Fechadas de Previdência Complementar PRIVADA, ou se for o caso, uma das hipóteses de **dispensa ou inexigibilidade**, devidamente motivado, no caso de Entidades FECHADAS de Previdência Complementar **DE NATUREZA PÚBLICA** ou, alternativamente, **mediante convênio de cooperação técnica** firmado com os Estados que instituíram EFPC para este fim.

Portanto, é inaplicável o modelo sugerido pela ATRICON tendo em vista não ter aquele Ente Associativo a competência legislativa para criar uma nova modalidade licitatória, e ser necessária a observância da Lei de Meios para a escolha da Entidade Fechadas que irá firmar o contrato com o poder público, sob pena de ilegalidade.

Tais observações quanto à ilegalidade do entendimento são importantes porque no edital n. 01/2022 juntou-se despacho do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (processo n. 21/0037909) Dr. Luiz Roberto Herbst, em que adota o entendimento da ATRICON e orienta pela utilização do processo seletivo simplificado.

Ocorre que se trata de orientação isolada e não decisão consolidada do Tribunal de Contas do Estado Santa Catarina (TCE/SC). Aliás, o Tribunal de Contas está analisando o tema, diante da possível ilegalidade que poderá ensejar na anulação de todos os atos subsequentes.

Assim, o processo seletivo simplificado está em flagrante risco de anulação, diante da ausência de respaldo legal.

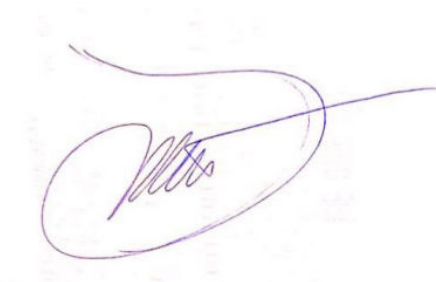
Diante do exposto, com fundamento no artigo 300 do CPC, requer a suspensão liminar do procedimento simplificado.

3. PEDIDO:

Por todo o exposto, o requerente requer: a) liminarmente, a suspensão imediata do processo seletivo simplificado ao menos até a decisão definitiva do Tribunal de Contas; b) no mérito, a anulação do procedimento seletivo simplificado diante da inconstitucionalidade; c) subsidiariamente, se entender pelo prosseguimento, o fornecimento expresso do esclarecimento quanto ao respaldo legal, e não eventualmente a tese de entendimento, no tocante à ilegalidade do procedimento adotado.

Nestes termos, pede deferimento.

Florianópolis/SC, 16 de março de 2022.

A handwritten signature in purple ink, appearing to read 'Diogo', is written over a faint, circular purple stamp. The stamp contains some illegible text, possibly a professional registration number or name.

DIOGO MACHADO ULISSES FIGUEIREDO
OAB/SC 30.037

NATÁLIA DOMÊNICA EYNG RATTIN
OAB/SC 46.801