

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ILEGALIDADE DE CONTRATAÇÃO DE ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR POR ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA, SEM O DEVIDO PROCESSO LICITATÓRIO.**

**I. DA NECESSIDADE DE INSTITUIÇÃO DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

1. Em 12 de novembro de 2019, foi promulgada a emenda constitucional número 103 que passou a estabelecer a obrigatoriedade de instituição do Regime de Previdência Complementar – RPC pelos Entes Federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), conforme disposto abaixo:

*“Artigo 39, III....*

*§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, regime de previdência complementar 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.*

*§ 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 efetivado por intermédio de entidade fechada de previdência complementar ou de entidade aberta de previdência complementar.”*

2. Sendo assim, em decorrência da publicação desta emenda, todos os entes federativos que possuem regime próprio de previdência social estão obrigados a instituir Regime de Previdência Complementar – RPC para seus servidores, no prazo de 2 anos, contados a partir da data de entrada em vigor da referida Emenda Constitucional.
3. A Constituição Federal de 1988 estabelece nos §§ 4º e 5º do artigo 202, 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.

4. As leis complementares em questão já foram editadas, quais sejam as de nº 108 e 109, ambas de 29 de maio de 2001.
5. Não obstante, segundo o que dispõe o artigo 33 da EC 103/19, até que seja dada nova redação ao disciplinamento da 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.
6. Nesta ordem, os entes federativos teriam que instituir entidades FECHADAS de previdência complementar ou contratar entidades FECHADAS já existentes com a finalidade de disponibilizar o Regime de previdência complementar a seus servidores efetivos.
7. Por sua vez, Resolução CNPC nº 35, de 20 de dezembro de 2019, estabelece critérios mínimos de criação de entidades de previdência complementar para patrocinadores públicos, e entre estes critérios, exige a adesão de 10 mil participantes para criação de entidades de previdência complementar para a criação de planos, considera 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, conseqüentemente, de redução de sua reserva previdenciária.
8. Tendo em vista os custos a incorrer, a criação de entidade fechada própria é inviável para vários dos entes federativos (grande parte dos entes federativos municipais) que deverão, no prazo de dois anos a contar da publicação da emenda constitucional, instituir o regime de

plano de previdência complementar para os seus servidores, a opção menos onerosa seria a contratação de entidades fechadas de previdência complementar já existentes.

## II. DA CONTRATAÇÃO DE ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR POR ENTES FEDERATIVOS

9. O regime jurídico administrativo estabelece limitações decorrentes do Princípio da indisponibilidade administrativa, exhaustivamente positivadas em regras constitucionais e infraconstitucionais.

10. Neste sentido, a constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo art. 37 , inciso XXI que, “**ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. “

11. Neste sentido, oportuno o entendimento do mestre Cretella Júnior:

*“Licitação, no Direito Público brasileiro atual, a partir de 1967, tem o sentido preciso e técnico de procedimento administrativo preliminar complexo, a que recorre a Administração quando, desejando celebrar contrato com o particular, referente a compras, vendas, obras, trabalhos ou serviços, seleciona, entre várias propostas, a que melhor atende ao interesse público, baseando-se para tanto em critério objetivo, fixado de antemão, em edital, a que se deu ampla publicidade” .A palavra Licitação provém do latim liceri, licitatione, licitatio e quer dizer: venda por lances, dar preço, oferecer lanço.”*

(CRETILLA JÚNIOR, José. Manual de Direito Administrativo: curso moderno de graduação. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992)

12. Vale dizer, no Direito Administrativo, a regra geral para contratação é o procedimento licitatório, atualmente regulamentado pela Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021, que substituiu a Lei 8.666/93, conforme será melhor explanado no item IV.
13. Insta destacar que a referida Lei 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 das mesmas.
14. Desta forma, a contratação de uma Entidade FECHADA de Previdência Complementar pelos Entes Federativos, suas Autarquias e Fundações, *ex vi legis*, haveria de ser precedida do correspondente processo licitatório ou, do **PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PREVISTO EM LEI PARA O SEU AFASTAMENTO, quais sejam, nas hipóteses de DISPENSA E INEXIGIBILIDADE.**
15. Pois bem, as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, encontram-se disciplinadas nos art. 24 e 25 da Lei 8.666/93, bem como nos art. 74 e 75 da Lei 14.133/2021.
16. De fato, o advento da Lei 14.133/2021, não trouxe alterações de relevância aos referidos procedimentos, também já previstos na Lei 8.666/93, porquanto integralmente mantida sua principiologia.
17. E, nesta senda, o procedimento de INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO aplica-se integralmente à contratação das Entidades FECHADAS de Previdência Complementar **de natureza pública**, consoante ver-se-á.
18. Outrossim, a eventual contratação de Entidade FECHADA de previdência Complementar privada pelos Entes Federativos, a seu

turno, não encontra correlação com os requisitos de lei para da dispensa ou inexigibilidade, o que implica na inviabilidade de contratação daquelas, sem o correspondente certame licitatório, igualmente previsto em lei.

19. Isto porque, **a vedação da criação de modalidades licitatórias ou a combinação das modalidades existentes encontra-se expressamente prevista**, tanto na lei 8.666/93, em seu art. 22, § 8º, quanto na Lei 14.133/2021, no art. 28 § 2º.
20. Destarte, **apenas a Lei poderia criar uma nova modalidade licitatória**.
21. Contudo, em louvável tentativa de orientar os diversos Entes Federativos, em condições díspares e variadas no território nacional, a proceder a contratação de Entidades Fechadas de Previdência Complementar, a ATRICON, órgão associativo dos membros dos Tribunais de Contas do Brasil, expediu Nota Técnica que, **malgrado sem a investidura para inovar no ordenamento jurídico**, ganhou o status de força normativa, o que tem levado os Entes Federativos, mormente os municípios, **d.v. à exposição de grave insegurança e elevado risco jurídico**
22. Com efeito, sem demérito dos ilustrados signatários da referida Nota Técnica da ATRICON, a premissa orientativa expedida foi no sentido de **criar um procedimento administrativo analógico**, como forma de contratação (e seleção) das EFPC.
23. Sob a nomenclatura de “processo de seleção público”, profere a ATRICON que o referido procedimento administrativo analógico, haveria de ser pautado pelos princípios gerais da administração pública, citando expressamente a transparência, a economicidade, a eficiência e a publicidade,  **todavia omitindo-se de citar o princípio da legalidade**.

24. Dita omissão, ousa-se dizer, não foi desarrazoada, **vez que não há previsão em lei para o referido procedimento analógico** idealizado e sugerido pela ATRICON.
25. Ora, não há se iludir pela nomenclatura dada ao procedimento analógico idealizado pela ATRICON – **trata-se de modalidade travestida de procedimento licitatório fora das hipóteses previstas, o que é expressamente vedado pela lei,** repita-se.

### III. PONDERAÇÕES QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DO TEMA

26. Antes de adentrar nas referidas inconsistências da nota técnica, cabe lembrar os preceitos constitucionais do tema, inclusive da ótica doutrinária.
27. 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.
28. 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.
29. 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;

**30.** 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.

**31.** 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**.

**32.** No ano de 2021, foi promulgada a Lei n. 14.133/2021 que estabelece as novas normas gerais de licitação para contratações pela Administração Pública, inclusive Municípios.

**33.** A legislação 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.

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

**35.** 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.<sup>1</sup>**

---

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



**36.** 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.

**37.** 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.<sup>2</sup>

**38.** 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 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.

---

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

39. 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 viabilizada da utilização dos procedimentos previstos em lei, inclusive dispensa de licitação e inexigibilidade, que estão previstos tanto na Lei n. 8.666/93 e Lei n. 14.133/2021.
40. 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.
41. Ademais, no tocante ao 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 contratação<sup>3</sup>.
42. 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,**

---

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

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.<sup>4</sup>

43. 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.

#### **IV DAS INCONSISTÊNCIAS DA NOTA TÉCNICA EXARADA PELA ATRICON**

44. A Nota Técnica nº 001/2021 da ATRICON, em exegese das leis de contratação em vigor na administração pública, firmou 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.**
45. 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*

---

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

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, é cediço, 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)

46. 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)

47. 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 inexigibilidade** de licitação, com os requisitos estabelecidos (motivação, forma, demonstração da vantajosidade, etc.)

48. Também ficou evidenciado pela análise que a contratação direta pelos Entes Federativos, por inexigibilidade, 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)*

49. Ora, os casos de inexigibilidade, 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.

50. 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)

51. Causa espécie 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.**
  
52. 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 a mesma, 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.
  
53. 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)

54. Contudo, não há se iludir pela nomenclatura utilizada pela normatização do órgão regulador da atividade – o Convênio de adesão é contrato – define direitos e obrigações do Patrocinador do Plano (Ente Federativo) e da Entidade FECHADA de Previdência Complementar. Cabe repisar que, conforme acima mencionado, contrato é ajuste de diretrizes entre as partes, conceito que também se aplica ao convênio.
55. A atuação administrativa deve observar o princípio constitucional da legalidade.
56. 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 convenio om 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**.
57. Porém, não apenas dos vícios apontados padece a Nota Técnica nº 001/2021 do Ente Associativo.

58. Efeito mais grave advém da aplicação da Nota Técnica, qual seja, **claro e inquestionável DIRECIONAMENTO da escolha (ou seleção)**.
59. É que, na forma como disposta a Nota Técnica em exame, os Entes Federativos, mormente os Municípios, têm adotado **sistema de pontuação** para os requisitos elencados no item e 59 daquela<sup>5</sup>.
60. A consequência é que a pontuação se concentre em torno das EFPC que têm **os maiores** patrimônios, **os maiores** retornos de investimentos, a **maior** quantidade de participantes, **maior** tempo de funcionamento, etc.
61. Inequívoca, pois, a nosso sentir, a ofensa ao art. 3º. Da Lei 8.666:

*“Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)”*

§ 1º. **É vedado aos agentes públicos:**

*I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, **clausulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;**”(grifou-se)*

---

<sup>5</sup> “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 entidade<sup>16</sup>;
- 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 ativos.”



62. Disposição no mesmo sentido encontra-se no art. 9º, da Lei 14.133 de 1º de abril de 2021.
63. Inequívoco, também, **em face do princípio da indisponibilidade da ação**, que tal fato terminaria por impor ao *Parquet* (mormente as estruturas do Ministério Público especializados na defesa do patrimônio público), a atuação face a tais “processos seletivos”.
64. Neste sentido, não é despiciendo destacar que o Ente Federativo, ao assumir a condição de Patrocinador, afinal, contribui com verba pública para o plano dos servidores (contribuição patronal), o que de per si já ensejaria a aplicação da Lei de Meios, e na escolha (ou seleção) na EFPC, os competentes processos de dispensa/inexigibilidade (se EFPC pública) ou de licitação (no caso de EFPC privada).
65. Por fim, como efeito secundário, também se vislumbra que os Municípios menores, malgrado a obrigação de criar o regime de previdência complementar, ficariam à mingua de EFPC para ofertar planos de benefícios a seus servidores, porquanto dificilmente haveriam de despertar o interesse da maiores EFPC.
66. **CONCLUSÃO:**
67. Ao final a nota técnica estabelece que: “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” e, para tanto cria um modelo de “seleção” para a escolha da entidade a ser contratada.”
68. Mais uma vez, contrariando a lei, já que ambas as regras legais trazem vedação da criação de nova modalidade licitatória a não ser pelo próprio legislador, conforme acima relatado.

69. O Art. 22 § 8º. da Lei 8666/93 e o Art. 28 § 2º. da Lei 14.133/21 proíbem a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das existentes.
70. A vedação à criação de novas modalidades (ou combinação das existentes) aplica-se ao administrador público e ao legislador de normas específicas.
71. Portanto, é inaplicável o modelo sugerido pela ATRICON tendo em vista não ter este 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.
72. Por todo o exposto, é inequívoco, ousa-se dizer, que a Nota Técnica nº 001/2021 da ATRITON, sem embargo da elevada intenção de orientar os Municípios, **está causando mais riscos que benefícios e impõe a necessidade de revisão pelas autoridades previdências ou pelo próprio Ente Associativo**, visando a proteger a integridade jurídica dos Municípios, servidores e das EFPC.