

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO COMITÊ ESPECIAL DE ANÁLISE E IMPLEMENTAÇÃO DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO ESTADO DO AMAZONAS - CERPC

Ref.: EDITAL DO PROCESSO DE SELEÇÃO PÚBLICA PARA CONTRATAÇÃO DE EFPC N. 001/2021 – ESTADO DO AMAZONAS

MONGERAL AEGON FUNDO DE PENSÃO, entidade fechada de previdência complementar, com sede na TRAVESSA BELAS ARTES Nº 15- 7º ANDAR – PARTE, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20060-000, CNPJ/MF sob o nº07.146.074/0001-80, neste ato representada, na forma de seu Estatuto Social, por sua bastante procuradora Sra. Tatiana Cardoso Guimarães Silva, brasileira, casada, atuária, portadora da Cédula de Identidade do DIC/RJ nº 98764996 e CPF nº 075.220.447-58, doravante denominada simplesmente IMPUGNANTE vem respeitosamente à vossa presença, com fundamento no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal e nos art. 3º, § 1º e art.41, § 2º, da Lei de Licitações, apresentar a presente:

IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

Pelos motivos fáticos e jurídicos expostos a seguir, esperando o seu completo acolhimento, para afastar do presente processo seletivo exigência de habilitação dos participantes que impõe restrição indevida à competitividade do certame, em desrespeito aos princípios da isonomia, eficiência, ampla concorrência, razoabilidade e finalidade que regem a atuação da Administração Pública e em afronta aos princípios da contratação pública disciplinados pela Lei 8.666/1993, aplicável subsidiariamente à espécie.

DA TEMPESTIVIDADE

A presente impugnação tem por objeto apontar equívoco contido no instrumento convocatório para seleção pública da EFPC que assumirá a administração da previdência complementar do Estado do Amazonas, cuja prévia correção se mostra indispensável à integridade e efetividade do processo.

Segundo previsto no item 4.3 do Edital, publicado no Diário Oficial do Estado no dia 01 de outubro de 2021, “os pedidos de esclarecimentos ou informações sobre este edital de seleção pública poderão ser encaminhados ao CERPC no prazo de 05 (cinco) dias corridos, contados da data de publicação deste edital no Diário Oficial do Estado.”

Note-se, portanto, que, embora a regra editalícia não tenha previsto a possibilidade de apresentação de impugnação, trata-se de direito inafastável de qualquer interessado em participar do processo seletivo e de qualquer cidadão no legítimo exercício do controle social dos atos da Administração Pública.

Não sem razão, a Lei 8.666/1993, que se aplica subsidiariamente ao presente processo, disciplina o exercício desse direito de impugnar, estabelecendo inclusive o prazo decadencial

para oferecimento de Impugnação de até 02 (dois) dias úteis anteriores à data da abertura da sessão pública, *in verbis*:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 2º Decairá do **direito de impugnar** os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

§ 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

In casu, a impugnação ora apresentada atende não somente o prazo estipulado pela Lei 8.666/1993, mas, também, o prazo estabelecido pelo Edital n. 001/2021 para apresentação de pedidos de esclarecimentos ou informações, o que faz com a presente impugnação atenda plenamente ao requisito da tempestividade e deva ser conhecida e julgada.

DO OBJETO DA IMPUGNAÇÃO

Com o objetivo de evitar a posterior declaração de nulidade do processo seletivo em referência se fez necessário o oferecimento da presente impugnação no intuito de ver corrigido e/ou suprimido critério de habilitação excessivamente restritivo, constante do item 2.2 do Edital, que requer dos participantes, como condição à participação no certame, o qual exige do participante prova do montante de ativo total, igual ou superior a R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

Ora, o MAG Fundo de Pensão é uma das entidades fechadas de previdência complementar do Brasil em funcionamento. Com uma atuação sólida e confiável de previdência privada, autorizada a ofertar planos para os entes públicos e indicada no Guia da Previdência Complementar para Entes Federativos, do Ministério da Economia, essa tradicional e conceituada entidade, embora totalmente apta a exercer as atividades objeto do presente processo seletivo – tendo sido escolhida, por exemplo, pela Prefeitura de Salvador em chamamento público recentemente realizado para selecionar a EFPC que administrará a previdência complementar daquele município – estaria proibida de participar do processo.

Ou seja, não obstante o seu grande interesse em participar do processo seletivo – como tem feito em todas as seleções em curso pelo país – por conta de exigência excessiva e desproporcional prevista no referido Edital, a qual não foi incluída em nenhum outro edital dentre os que têm sido lançado por diversos entes públicos em todo o Brasil, o MAG Fundo de Pensão estaria excluído desta seleção caso a exigência de prova do montante de ativo total, igual ou superior a R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) seja mantida.

Sendo assim, **diante da restrição à ampla concorrência indevidamente imposta no instrumento editalício, o MAG Fundo de Pensão não viu outra alternativa que não a apresentação da presente IMPUGNAÇÃO** para que seja suprimido o critério de habilitação que exige do participante prova do montante de ativo total, igual ou superior a R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

Exposto o objeto desta IMPUGNAÇÃO, passa-se à apresentação das razões de Direito que a fundamentam.

DO DIREITO

VIOLAÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DA SELEÇÃO

Inicialmente, cumpre salientar que todo processo seletivo realizado pela Administração para a contratação de bens e serviços visa, por meio de um processo transparente e impessoal, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, selecionar a proposta mais vantajosa.

Por esse motivo, a obrigatoriedade de realização de um processo seletivo que garanta a isonomia e a ampla concorrência é prevista na própria Constituição Federal Brasileira, a qual estabelece, no inciso XXI do seu art. 37 que:

Art. 37

XXI - 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.**

Veja que a Constituição é expressa em proibir que sejam incluídas em editais de seleção quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não se mostrem indispensáveis ao cumprimento das obrigações, exatamente porque **o estabelecimento de requisitos desnecessários ou desproporcionais reduzem a competitividade dos certames e, por consequência, comprometem a busca da proposta mais vantajosa pela Administração e, em última análise, o próprio interesse público.**

Desse modo, visando a garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais, a **orientação da Nota Técnica da ATRICON n. 01/2021 foi no sentido de que os princípios de uma contratação pública devem ser necessariamente observados no procedimento de escolha de Entidade de Previdência Complementar pelos entes federativos:**

“Da Orientação

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.

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.

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.**

Tal entendimento enseja, portanto, a aplicação, aos processos seletivos para a escolha de EFPC, dos princípios constantes da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 8.666/93, que regem todas as contratações realizadas pela Administração e, também, nos termos do *caput* de seu art. 116, todos os convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades públicas.

Disso decorre **a inafastável aplicação, por exemplo, em tais processos seletivos, do princípio previsto no § 1º, do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, que veda aos agentes públicos, de forma clara e veemente, admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo:**

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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas 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.

Denota-se, portanto, que **a competitividade é um princípio fundamental que rege todos os processos de contratação pública** e que tem a devida proteção pela legislação, a ponto de tipificar a ação dos agentes públicos que agem para frustrar a sua aplicação.

Isso significa que **exigências desarrazoadas não podem ser legitimadas sob o argumento abstrato de que a Administração necessita estabelecer, visando à suposta segurança maior da contratação, exigências de qualificação do participante que não se mostram razoáveis e efetivamente necessárias à execução do objeto a ser contratado, sob pena de ofensa ao texto constitucional que preceitua a máxima concorrência.**

Nesse sentido, é a lição da mais balizada doutrina, como a de Hely Lopes Meirelles, que nos ensina acerca do tema que:

A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, que através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais. **O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio do poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos** em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27. ed Ed. Malheiros Editores. São Paulo:2002. pg. 262.)

No mesmo diapasão, é o ensinamento de Marçal Justen Filho:

“(...) não é possível a Administração invocar algum tipo de presunção de legitimidade de atos administrativos para transferir ao particular o ônus de prova extremamente complexa. Assim o é porque **foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas das exigências as mais mínimas possíveis. Portanto, quando a Administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição.** Mas há outro motivo para isso. É que, se

a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade na fixação das exigências de qualificação técnico-operacional não significa que a Administração possa escolher as que bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas. Portanto, o questionamento do particular conduz, em primeiro lugar, à Administração revelar publicamente os motivos de sua decisão. Depois, conduz à aplicação da teoria dos motivos determinantes. Ou seja, se a Administração tiver avaliado mal a realidade, reputando como indispensável uma experiência que tecnicamente se revela dispensável, seu ato não pode prevalecer.” (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Dialética, 7ª edição, p.337).

Aliás, ressalte-se que **também os Tribunais de Contas têm jurisprudência uníssona no sentido de que as exigências do edital devem estar voltadas à seleção da proposta mais vantajosa, sem, no entanto, restringir injustificadamente a competitividade:**

“o ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, não se admitindo cláusulas desnecessárias ou inadequadas, que restrinjam o caráter competitivo do certame. Tanto é que o próprio art. 37, inciso XXI, da CF, que estabelece a obrigatoriedade ao Poder Público de licitar quando contrata, autoriza o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica e econômica, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Por outras palavras, pode-se afirmar que fixar requisitos excessivos ou desarrazoados iria de encontro à própria sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações, porquanto a Constituição Federal determinou apenas a admissibilidade de exigências mínimas possíveis. Dessarte, se a Administração, em seu poder discricionário, tiver avaliado indevidamente a qualificação técnica dos interessados em contratar, reputando como indispensável um quesito tecnicamente prescindível, seu ato não pode prosperar, sob pena de ofender a Carta Maior e a Lei de Licitações e Contratos.” TCU - AC-0423- 11/07-P Sessão: 21/03/07 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa - FISCALIZAÇÃO - REPRESENTAÇÃO - <https://contas.tcu.gov.br>, acesso em 01 março de 2010.

A violação ao caráter competitivo da presente seleção, imposta pela exigência restritiva prevista no Edital em comento, se mostra ainda mais gritante ao se considerar, como bem aponta a Nota Técnica da ATRICON n. 01/2021, a existência de um substancial universo

de possíveis entidades fechadas de previdência complementar interessadas e aptas a participar da concorrência, o qual contemplaria atualmente cerca de 40 entidades, segundo dados da Secretaria da Previdência.

Diante desse cenário, qual pode ser a justificativa plausível ou a necessidade indispensável para se exigir que uma EFPC disponha de um montante de ativo total, igual ou superior a R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) para que possa participar do processo seletivo? Qual a razão técnica embasa uma decisão restritiva do caráter competitivo do processo dessa natureza? Em que medida a exigência de valor tão exagerado de montante de ativo total da entidade se faz realmente necessária para a boa execução do Convênio de Adesão? Por que não possibilitar a ampla concorrência a fim de propiciar a busca da proposta efetivamente mais vantajosa para a Administração?

Resta evidente, portanto, que o Edital do processo de seleção pública para contratação de EFPC n. 001/2021 do Estado do Amazonas precisa ser revisto para se evitar a restrição ao caráter competitivo do certame e se assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes aptos e interessados em oferecer propostas que permitam à Administração selecionar aquela mais vantajosa.

DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, o MAG Fundo de Pensão requer que a presente **IMPUGNAÇÃO** seja inteiramente acolhida, a fim de excluir a exigência constante do item 2.2 do Edital, a qual requer dos participantes, como condição à participação no processo seletivo, que esses apresentem prova do montante de ativo total, igual ou superior a R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

Caso não seja este o entendimento de Vossa Senhoria, requer-se desde logo, que a presente **IMPUGNAÇÃO** seja submetida à apreciação da Autoridade Superior competente, para que delibere sobre seus termos, conforme legislação em vigor.

Nestes termos, pede e espera, respeitosamente, deferimento.

Rio de Janeiro, 06 de outubro de 2021.

MONGERAL AEGON FUNDO DE PENSÃO
Tatiana Cardoso Guimarães Silva