



EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

URGENTE!!!

PROCESSO ADMINISTRATIVO 9900008313/2024

CREDENCIAMENTO NITTRANS 01/2024

PERÍODO PARA CREDENCIAMENTO: ATÉ DIA 17/09/2024

MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA,

pessoa jurídica de direito privado, representada neste ato pelo sócio administrador Sr. XXXXXXXXXXXXX, RG nº. XXXXXXXXX e CPF sob o nº XXXXXXXXXXXXX, devidamente inscrita no CNPJ sob o nº. 21.922.507/0001-72, com sede em Barueri/SP, à Avenida Marcos Penteadado de Ulhôa Rodrigues, nº 939, 8º andar, Torre I, Ed. Jacarandá, Bairro Sítio Tamboré Jubran, CEP 06460-040 – licitacao@megavalecard.com.br, (11) 93277-0546, por seus advogados que esta subscreve, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, a fim de:

IMPUGNAR COM MEDIDA DE URGÊNCIA

Os termos do Edital em referência, que adiante especifica o que faz na conformidade seguinte:

I - TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, quanto à tempestividade desta impugnação, dado que o CRENCIAMENTO está previsto para até o dia 17/09/2024 a representante interpõe medida adequada dentro do prazo legal estampado pelo parágrafo primeiro do artigo 87 da Lei 13.303/16.

II - DOS FATOS

A Impugnante atua com forte destaque em âmbito nacional no mercado de gerenciamento de cartões alimentação, refeição e benefícios. Deste modo, deseja participar do Credenciamento promovido pelo Niterói Trânsito S.A. - NITTRANS, cujo objeto é:

“O objeto do presente Chamamento é a contratação, por meio de credenciamento, de empresa para prestação de serviços de administração e gerenciamento de benefício de Auxílio Alimentação e/ou Refeição que possibilitem a aquisição de gênero alimentícios “in natura” e refeições prontas, através de ampla rede de estabelecimentos credenciados, na forma de Cartão-Alimentação e/ou Cartão-Refeição, cartões eletrônicos dotados de microprocessador com chip de segurança para atender aos colaboradores da Niterói Trânsito, de acordo com as especificações e detalhamentos consignados neste Edital e seus Anexos.”

Porém entende como equivocada a forma de CONDUÇÃO do chamamento público, pelo QUÓRUM DE ESCOLHA, **tendo em vista que consta no edital que será contratada a empresa que atingir a maioria absoluta dos votos, bem como a vedação do arranjo aberto, a forma de pagamento e ainda quanto ao índice de endividamento,** desvirtuando, portanto, o quanto previsto na modalidade Credenciamento.

Vejamos o edital:

Do quórum de escolha:

11.5. A empresa que atingir a maioria absoluta dos votos será contratada.

Da vedação do arranjo aberto:

11.1. Opção pelo arranjo de pagamento fechado:

Considerando que a Gestão de Pessoas propõe a continuidade do modelo adotado atualmente (arranjo fechado) vedando assim subcontractações.

Além disso, a análise enfatiza que a exigência à vedação ao arranjo aberto se alinha com a atual falta de regulamentação completa sobre o tema.

Do índice de endividamento:

$$LG = \frac{\text{Ativo Circulante} + \text{Realizável a Longo Prazo}}{\text{Passivo circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}} \geq 1$$

$$LC = \frac{\text{Ativo Circulante}}{\text{Passivo circulante}} \geq 1$$

$$GE = \frac{\text{Passivo Circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}}{\text{Ativo Total}} \leq 0,75$$

Do pagamento pós pago:

PARÁGRAFO QUARTO – Satisfeitas as obrigações previstas nos parágrafos segundo e terceiro, o prazo para pagamento será realizado no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data final do período de adimplemento de cada parcela.

Verifica-se, portanto, exigências incabíveis e incompatíveis com a modalidade de credenciamento, que maculam o chamamento público e constitui grave ilegalidade que acaba direcionando o objeto da licitação, assim, busca esta Impugnação a apuração do ocorrido, com a consequente correção do ato convocatório.

II. DO DIREITO

II.1 – DOS INCORRETOS CRITÉRIOS UTILIZADOS NA MODALIDADE CREDENCIAMENTO – QUORUM DE ESCOLHA (MAIORIA SIMPLES)

A Constituição da República Federativa do Brasil, especificamente em seu art. 37, XXI, determina, **como regra, que todo contrato público deve ser precedido de procedimento licitatório, para que, a partir da pluralidade de propostas,** a Administração empreenda a contratação que seja mais favorável à satisfação do interesse público. **Contudo, a própria Carta Maior permite que a Lei aponte situações em que a Administração Pública poderá efetuar contratação direta,** dispositivos que foram regulamentados por normas específicas ao disciplinar o instituto jurídico da inexigibilidade de licitação, em especial.

Em que pese a Niterói Trânsito S.A. - NITTRANS seja **constituída sob a forma de Sociedade de Economia Mista Municipal,** ou seja, não se sujeitando a Lei 14.133/21, possuindo assim, Lei que rege referidas empresas sendo a Lei nº 13.303/16, no próprio edital é deixado claro que foi utilizada da lei supracitada por analogia, vejamos:

A Niterói Trânsito S.A. - NITTRANS, Sociedade de Economia Mista Municipal, com sede na Praça Fonseca Ramos s/n, 6º e 7º andares, CEP 24030-020, Niterói – RJ, inscrito no CNPJ sob o nº 08.357.430/0001-77, torna-se público para ciência dos interessados que iniciará, a partir da publicação deste, o Chamamento público para Credenciamento, com fundamento no Decreto nº 11.878/24 e na Lei nº 14.442/22, bem como no art. 79 da Lei nº 14.133/2021 (utilizada por analogia), Lei nº 13.303/2016, Decreto nº 3.722/2001, que dispõe sobre o SISTEMA DE CADASTRAMENTO UNIFICADO DE FORNECEDORES - SICAF, e no Regulamento de Licitações e Contratos da NITTRANS, disponível no endereço <https://nittrans.niteroi.rj.gov.br/>

Veja ainda que a Lei 13.303/16 a qual regulamenta as licitações das empresas públicas, autarquias da **empresa pública** e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, prevê em seu artigo 30 a possibilidade de contratação **direta quando a competitividade estiver prejudicada**, **especificamente para contratar os seguintes serviços:**

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver **inviabilidade de competição**, em especial na hipótese de:

I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;

II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) **fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;**
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Ora, o artigo supracitado é um rol taxativo e dispõe que será aplicado quando a inviabilidade da licitação está caracterizada, por exemplo, **diante da existência de apenas um fornecedor específico para a prestação de serviços ou fornecimento de bens, o que não é o caso, já que dezenas são as empresas que podem prestar o serviço.**

Veja que a licitação se torna inexigível na Lei 13.303/16 na medida em que se mostra materialmente impossível a comparação entre propostas, à falta de parâmetros

objetivos de julgamento que viabilizem cotejo entre elas. Seja por inviabilidade de competição fática ou jurídica.

Como já mencionado, nas hipóteses relacionadas no art. 30 da Lei nº 13.303/16 temos inviabilidade de competição fática ou jurídica, dada a ausência de parâmetros objetivos de julgamento, como na hipótese de existir **fornecedor exclusivo**. A inviabilidade de competição afasta a licitação de forma imperativa e não há possibilidade de licitação por haver apenas um contratado que atende a empresa.

Portanto, considerando que a Lei própria não prevê outra possibilidade de contratação direta, **temos que o órgão utilizou por analogia o credenciamento previsto no artigo 79 da Lei de Licitações Públicas 14.133/21**, especificamente o inciso II que **dispõe sobre a escolha recair sobre o beneficiário direto dos serviços prestados**.

Cabe ressaltar o que dispõe a Lei 13.303/16 sobre a função social da sociedade de economia mista, vejamos:

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista **terão a função social de realização do interesse coletivo** ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

§ 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte:

I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

§ 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

Ora, se a função social da sociedade de economia mista é justamente a realização do interesse **coletivo**, essa no presente caso, ao contratar que **apenas a empresa que obtiver a maioria da quantidade de votos dos empregados irá ser contratada, será totalmente contrária à sua função social.**

Cabe ressaltar que as contratações com a utilização de recursos públicos se destinam também à promoção do desenvolvimento sustentável, ou seja, significa que as contratações públicas são também poderoso instrumento para o atingimento de finalidades de cunho ambiental, econômico e social. Em outros termos, as contratações públicas são, e devem ser, instrumento de fomento estatal e o mesmo ocorre com relação as empresas de economia mista.

No que tange ao âmbito econômico, há agentes econômicos que demandam atenção especial e fomento estatal, como é o caso das microempresas e as empresas



de pequeno porte. As ME/EPPs representam cerca de 30% da produção de riqueza do país. São responsáveis por 51% do emprego gerado no país. São fonte indiscutível de riqueza e renda, e de promoção do desenvolvimento econômico local e regional. Representam em torno de 90% das empresas do país.

Tal situação é inclusive disposto na própria Constituição Federal em seu artigo 170, IX e 179, os quais preveem que será assegurado tratamento diferenciado os micros e pequenas empresas, justamente para incentivar a atuação dessas no mercado e garantir o interesse coletivo.

Verifica-se, portanto, que a Lei quando trata da modalidade CREDENCIAMENTO, permite o credenciamento de TODAS as empresas, que cumpram aos requisitos do edital, sendo, portanto, facultado ao servidor a escolha do prestador de serviço, sem que haja limite quantitativo de escolha ou critério limitante. Ou seja, para adotar o critério LIMITANTE, este apenas se justifica se for para beneficiar empresas que são ME/EPP, o que não é o caso do presente edital.

Outrossim cumpre ressaltar que tal previsão afeta diretamente o direito dos servidores, o que não pode ser permitido, **uma vez que é direito do beneficiário direto da prestação de serviços de escolher pela empresa que melhor lhe atende.**

Inclusive, tanto assim é que a Lei do PAT nº 6.321/76 prevê em seu artigo 1º-A sobre a portabilidade gratuita mediante a solicitação expressa do trabalhador, mais uma vez reforçando que é o beneficiário direto da prestação de serviços que possui o direito de verificar qual empresa melhor lhe atende, justamente por esse motivo a Lei 14.442/22 foi criada visando o melhor cenário para o trabalhador.

Vejamos artigo 1ª-A da Lei 6.321/76:

Art. 1º-A. Os serviços de pagamentos de alimentação contratados para execução dos programas de alimentação de que trata esta Lei observarão o seguinte: (Incluído pela Lei nº 14.442, de 2022)

II - a portabilidade gratuita do serviço, mediante solicitação expressa do trabalhador, além de outras normas fixadas em decreto do Poder Executivo, a partir de 1º de maio de 2023; (Incluído pela Lei nº 14.442, de 2022)

Assim, nota-se que o órgão ao dispor no ato convocatório que somente contratará a empresa que obtiver a maioria da quantidade dos votos, vai contra diversos preceitos legais, inclusive contra a própria função social e, por tal motivo, **referida previsão no edital deve ser EXCLUÍDA, passando a constar que serão contratadas TODAS as empresas que forem escolhidas ainda que por apenas 1 servidor.**

No presente caso, o órgão, em total desvirtuamento da lei, cria procedimento próprio, extrapolando as regras de escolha e os meios idôneos de controle e fiscalização.

Não se pode permitir ao arripio da Lei, que se crie “NOVAS modalidades de escolha” a qualquer modo, que não estejam devidamente contempladas pela Lei, sob pena de DIRECIONAR sem critérios de objetividade, o certame as grandes empresas atuantes no mercado.

Assim necessário se faz a suspensão do presente Chamamento para que a Niterói Trânsito S.A. – NITTRANSr retire a ilegalidade apontada, haja vista falta de previsão legal para contratação na forma como previsto no edital.

Desta forma, o Edital deve ser alterado no respectivo item, uma vez que, como já exposto, apresenta GRAVE ILEGALIDADE, visto que impõe condições não previstas em lei, para que **APENAS a credenciada que obtiver a maioria dos votos possa prestar o serviço**. Exigência essa repudiada pelos Tribunais Pátrios e pela legislação vigente, devendo ser ainda remarcada a data de realização do certame por se tratar de alteração significativa que modifica a formulação das propostas para deixar de constar o quórum mínimo e escolha pelos servidores bem como alterar o prazo de pagamento e outras ilegalidades que iremos apresentar abaixo.

Portanto, o presente edital deve ser revisto, para que seja previsto que TODA a empresa credenciada que for escolhida, deverá ser contratada. Deverá constar, ainda, **qual o critério que será adotado para registrar a escolha do servidor, sob pena de macular o certame, pois deve se tornar público e transparente a forma de apuração das empresas que foram escolhidas!!**

II.II- DA VEDAÇÃO DO ARRANJO DE PAGAMENTO ABERTO – CARTÃO BANDEIRADO

O edital, como mostrado nos fatos, ainda veda o arranjo aberto. Ocorre que, tal exigência fere o que prevê o §1º do artigo 174 do DECRETO Nº 10.854, de 10 de novembro de 2021. Vejamos:

Art. 174. O serviço de pagamento de alimentação deverá ser operacionalizado por meio de arranjo de pagamento, estabelecido nos termos do disposto no inciso I do caput do art. 6º da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, o qual observará, no mínimo, as seguintes regras:

(...)

§ 1º O arranjo de pagamento de que trata o caput poderá ser aberto OU fechado. (Vigência)

Conforme Decreto acima, o ARRANJO de pagamento pode ser aberto **ou** fechado. Portanto, **VEDAR** no edital que o arranjo de pagamento não seja **ABERTO**, acaba restringindo diretamente o número de empresas participantes **direcionando o objeto do certame a poucas empresas que certamente não serão as detentoras das propostas mais vantajosas ao Órgão, o que acarretará em graves prejuízos aos cofres Públicos, ferindo, ainda a competitividade.**

Tal critério restringe a competitividade o que é inadmissível.

Veja, o intuito do Decreto é justamente dar maior abrangência para que o maior número de empresas interessadas no certame possa participar, tanto que não limitou a forma de pagamento prevendo uma única opção, prevendo, assim, que poderia ser ABERTO OU FECHADO, podendo participar todas as empresas seja ela a que possui arranjo aberto ou a que trabalha com arranjo fechado.

Desta forma, deveria o órgão proceder da mesma forma, prevendo no edital os dois tipos de arranjos no ato convocatório a fim de evitar a restrição na participação das empresas interessadas no certame.

É certo que a específica exigência se mostra excessiva **e com o nítido carácter de direcionar o objeto do certame.** A vedação do cartão bandeirado restringe as necessidades dos beneficiários, já que o arranjo aberto, permite, também ao usuário que utilize seu cartão em qualquer estabelecimento, credenciado pela empresa ou não.

Ademais, não há MOTIVAÇÃO no ato administrativo para VEDAR os cartões bandeirados com arranjo aberto.

Embora sabido que as exigências contidas no edital, sejam de carácter discricionário do ente administrativo, referidas exigências devem se pautar **no interesse**

PÚBLICO, e não no particular, todas as exigências que porventura conste do edital e que fujam da normalidade, que é o caso das aqui relatadas, **exige do administrador a expressa justificativa, evidenciando a pertinência e motivação**, nesse sentido as lições de Maria Sylvia Zanella Pietro:

“O princípio da motivação exige que a Administração

*Pública **indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência**, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. **A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.**”* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008,

Nesse sentido, e em razão da restritiva exigência do edital, o ente Público deve fundamentar referida solicitação, explicitando sua real e indispensável exigência, ou seja, para que o NITTRANS-RJ mantenha referida cláusula restritiva deverá **esclarecer**, sua real motivação, vez que está em descompasso com o decreto.

Embora a Administração tenha a discricionariedade, para poder exigir as condições que lhe atendam, referida discricionariedade deve-se pautar na razoabilidade, proporcionalidade, e indisponibilidade do bem Público, de modo a auferir a proposta mais vantajosa ao erário. Nesse sentido o TC/SP, já se posicionou sobre o tema, já tendo sido enfrentado nos autos do TC-002187.989.13-25.

“O cerne da questão se resume ao número de estabelecimentos credenciados reclamado no instrumento convocatório e, a este respeito, considero que os elementos apresentados pela Fundação em suas razões

de defesa não são suficientes para justificar o quantitativo exigido, mesmo em face da discricionariedade que permeia escolha desta natureza.

É que o exercício da competência discricionária – que se desenvolve a partir de aspectos subjetivos, valorados pela conveniência e oportunidade – está intimamente atrelado aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da finalidade e da motivação dos atos administrativos, não podendo deles se afastar, sob pena de se incorrer em desvio de poder.

Neste sentido, a entidade promotora da licitação não logrou demonstrar a necessidade de se exigir no mínimo 5 (cinco) estabelecimentos em 22 (vinte e dois) específicos Shopping Centers da cidade de São Paulo, notadamente em função de que há 209 (duzentos e nove) funcionários lotados na capital, o que se mostra desproporcional em confronto com os 110 (cento e dez) conveniados exigidos somente em shopping centers.”

De acordo com o art. 31, da Lei 13.303/16, é preciso observar:

“Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.”

Ainda o art. 3º da Lei nº 10.520/2002 estabelece que:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - **a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;**

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao

Nas Lições de Marçal Justen Filho:

(...)

Todas as limitações e exigências contempladas no ato convocatório deverão observar o princípio da proporcionalidade. Ou seja, deverá existir um vínculo de pertinência entre a exigência ou a limitação e o interesse supraindividual a ser satisfeito. Isso equivale a afirmar a nulidade de qualquer edital que contemple exigências excessivas ou inúteis, que impeçam a participação de interessados que poderiam

executar prestação útil para a Administração.

(...)

UMA VEZ IMPUGNADO O EDITAL, O REFERIDO ITEM DEVE SER REVISTO, SENDO RETIRADA TAL EXIGÊNCIA ESPECÍFICA, PERMITINDO, DESTA FORMA, A AMPLA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS QUE PODEM ATENDER A DEMANDA DO ENTE PÚBLICO.

II.III – DO PAGAMENTO PRÉ PAGO

Além de todo já exposto, tendo em vista o que prevê a Lei nº 14.442/22, o presente Edital fere referida legislação ao **NÃO PREVER PAGAMENTO DE FORMA PRÉ PAGA.**

Ocorre que, segundo prevê a Lei 14.442/2022 em seu artigo 3º, inciso II, prevendo que o **pagamento deverá ser PRÉ PAGO**, estando, portanto, o edital em desacordo com mencionada lei e com a Medida Provisória Vejamos:

Art. 3º O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º desta Lei, não poderá exigir ou receber:

I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado;

II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos empregados; ou

III - outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do empregado, no âmbito de contratos firmados com empresas emissoras de instrumentos de pagamento de auxílio-alimentação.

Diante do previsto acima, o presente edital encontra-se em desacordo com a lei ao constar que o pagamento será realizado no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data final do período de adimplemento de cada parcela, tendo em vista que referida forma de pagamento não é PRÉ PAGA. Portanto, fere o quanto disposto na legislação e está em confronto com o próprio Edital, em que prevê que a disposição legal é a da Medida Provisória 1.108/20022 que posteriormente se tornou a Lei já mencionada.

Assim, constatada tal ilegalidade, se faz necessário a alteração do edital para constar que a forma de pagamento será PRÉ-PAGA, conforme disposto no artigo 3º, incisos I e II da Lei nº 14.442/2022.

II.IV - DA QUALIFICAÇÃO ECONOMICO FINANCEIRA/ÍNDICE DE ENDIVIDAMENTO MENOR OU IGUAL À 0,75

Por fim, a outra exigência que estaria a prejudicar a competitividade da Licitação está relacionada com o índice de endividamento \leq "0,75" atribuído como condição de habilitação econômico-financeira, previsto no presente edital, conforme acima exposto.

Ocorre, no entanto, que este índice de endividamento estipulado como condição de habilitação econômico-financeira é inatingível pela quase totalidade das empresas que atuam no segmento de vales de benefícios, devido à particularidade mercantil do setor.

No setor de vales benefícios (alimentação ou refeição) em que as empresas prestadoras recebem dos tomadores o valor dos créditos utilizados pelos funcionários/usuários para reembolsar os estabelecimentos credenciados (supermercados, restaurantes, etc.), pode haver, eventualmente, um certo descompasso no fluxo de caixa entre os recebimentos e os pagamentos, obrigando que as empresas prestadoras se socorram à empréstimos bancários para quitar os débitos gerados pelos usuários dos vales nos estabelecimentos credenciados.



E nem há que se falar que, estando o tomador inadimplente, poderia a prestadora também inadimplir para com o reembolso dos estabelecimentos credenciados, uma vez que um único atraso nesta obrigação dá o direito de os estabelecimentos não mais aceitar nenhum dos vales da prestadora, prejudicando todos os usuários de seus vales, não só os vinculados ao tomador inadimplente, mas também aqueles vinculados aos tomadores adimplentes com seus créditos, sendo, portanto, imprescindível que a prestadora esteja sempre rigorosamente quite com os reembolsos dos vales, mesmo quando alguns dos tomadores atrasam seus pagamentos.

E é justamente em razão desta dinâmica natural e peculiar do mercado de vales de benefícios que faz com que as empresas do setor tenham índices de endividamento superiores aos patamares de outros setores de atividade econômica, obrigando, pois, que os limites máximos de endividamento sejam flexibilizados nos credenciamentos para contratação destes serviços, **sob pena de se restringir indevidamente o universo de participantes e, por consequência, a competitividade do certame.**

Note-se que o arbitramento do índice de endividamento deve ser condizente com o perfil econômico-financeiro das empresas que atuam nesse setor, **justamente para não impor exigência de habilitação econômico-financeira que não possa ser atendida pela quase totalidade dos licitantes, prejudicando a disputa.**

O próprio art. 69, § 2º, da Lei nº 14.133, a qual foi usada por analogia neste edital, é cristalino ao preceituar que a comprovação da situação econômico-financeira deve ser feita com a utilização de índices que correspondam ao parâmetro adotado pelo mercado, conforme se depreende:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e

índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

(...)

*§ 2º Para o atendimento do disposto no caput deste artigo, **é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade.** (grifos nossos.)*

Segundo a hermenêutica constante da norma legal transcrita, cabe à Administração Pública definir os índices indicadores da capacidade financeira das licitantes, observados aqueles usualmente adotados no mercado, devendo ainda ser realizada pesquisa junto às empresas do ramo, de modo a resguardar o "Princípio da Competitividade" e, ao mesmo tempo, garantir o cumprimento contratual.

Nesse contexto, até mesmo as principais empresas do setor de vales ficarão alijadas do certame em epígrafe, pois o $GE \leq 0,75$ não corresponde à suas estruturas financeiras e, muito menos, à prática do mercado.

Aplicando-se a fórmula contábil constante do Edital, constata-se que 1,00, no que se depreende que o índice de endividamento $\leq 0,75$, que fora estipulado pela Niterói Trânsito S.A. - NITTRANS está fora da prática conduzida pelo mercado, não podendo ser atendido pelas principais empresas.

São raríssimas as empresas desse segmento que, hoje, no Brasil, possuem grau de endividamento $\leq 0,75$. Tanto é assim que, em regra, o índice de

endividamento total exigido na maior parte dos editais de licitação para fornecimento deste mesmo objeto, depois de aplicada a fórmula contábil, é fixado como $\leq 1,00$.

É prudente ressaltar que a ora representante é fornecedora de inúmeros órgãos públicos de grande porte, sendo que nem em seus editais foi exigido índice de endividamento tão restritivo como o que está sendo solicitado pela Niterói Trânsito S.A. - NITTRANS.

Assim, diante de tão restritiva exigência, não restou alternativa à ora Representante, senão apresentar a presente Impugnação do edital.

Ademais, licitação com competição indevidamente restringida é repudiada. Outro não foi o motivo que levou a Lei nº 4.717/65 a cominar a sanção de nulidade, a ser declarada em Ação Popular, quando “no edital forem incluídas cláusulas ou condições que comprometam o seu caráter competitivo” e quando “a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição” (art. 4º, III, alíneas b e c).

É expediente igualmente censurável disfarçar-se a restrição à competitividade mediante a descrição de especificações técnicas excessivas ou irrelevantes para o atendimento das necessidades a que se destina o objeto licitado.

Considerando todo o exposto, há, no presente caso, exigência excessiva e desarrazoada no Edital publicado que provoca restrição ao caráter competitivo do certame, impondo-se a sua reformulação e conseqüente republicação.

II.IV-1- DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DESTA E. TCE/SP SOBRE O ÍNDICE DE ENDIVIDAMENTO PARA LICITAÇÕES CUJO OBJETO É O FORNECIMENTO DE VALES DE BENEFÍCIOS

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO por exemplo, já teve a oportunidade de se manifestar por diversas vezes pela restritividade de índice de endividamento em patamar semelhante ao do presente Edital, nos casos de fornecimento de vales alimentação e refeição.

Como exemplo, podemos citar a Representação (PROCESSO: TC – 001395.989.14-8) apresentada contra o edital do Pregão nº N° 021/2013, promovido pela COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO DE SANTOS, que também exigia índice de endividamento restritivo como condição de habilitação econômico-financeira. Vejamos:

*EMENTA: Exame Prévio de Edital. Exigência, para efeito de qualificação econômico-financeira, **de índice de endividamento incompatível e inadequado ao segmento de mercado das possíveis interessadas em participar do certame – Ilegalidade – Inteligência da norma do art. 31, §5º da Lei 8.666/93 – Os índices contábeis fixados no edital devem ser adequados a permitir a verificação da boa situação financeira das proponentes, assim entendida como aquela suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes do contrato, preservadas as condições de ampla disputa pelo objeto do certame** - Procedência – V.U. (grifo nosso).*

Idênticos entendimentos estão sedimentados na Jurisprudência no julgado (eTC-3892.989.14-6, E. Tribunal Pleno, Sessão de 24/09/14).

E mais:

TC-002319/989/13-3 REPRESENTAÇÃO: EXAME PRÉVIO DE EDITAL
Representante: SINDPLUS ADMINISTRADORA DE CARTÕES, SERVIÇOS DE CADASTRO E COBRANÇA LTDA - EPP. **Representada:** PREFEITURA MUNICIPAL DE FRANCISCO MORATO. REPRESENTAÇÃO CONTRA O

EDITAL DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 018/2013, PROCESSO Nº 4726-1/2013, DO TIPO MENOR TAXA, VISANDO A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE IMPLANTAÇÃO, GERENCIAMENTO, ADMINISTRAÇÃO, FISCALIZAÇÃO, SUPERVISÃO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE APROXIMADAMENTE 3.300 CARTÕES MAGNÉTICOS AOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS PARA AQUISIÇÃO DE PRODUTOS HORTIFRUTIGRANJEIROS E GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. **Advogados:** RAFAEL PRUDENTE CARVALHO SILVA (OAB/SP Nº 288.403) E OUTROS. **Procurador de Contas:** JOSÉ MENDES NETO. EMENTA: Exame Prévio de Edital. **Exigência de índice de endividamento incompatível com o ramo de atividade ou ao segmento de mercado das possíveis interessadas em participar do certame – Inadmissibilidade** – Os índices contábeis previstos no edital devem ser estabelecidos de acordo com as peculiaridades do mercado das possíveis interessadas, de maneira a aferir a boa situação financeira das proponentes, sem comprometer a competitividade do certame. – Procedência – V.U.

ACÓRDÃO eTC-2684.989.13-0 EXAME PRÉVIO DE EDITAL REPRESENTANTE: Sindplus Administradora de Cartões, Serviços de Cadastro e Cobrança Ltda. – EPP REPRESENTADA: Prefeitura do Município de Tatuí ASSUNTO: Representação formulada em face do edital de Pregão Presencial n.º 34/13, certame processado pela Prefeitura de Tatuí com propósito de contratar o fornecimento de cartões de alimentação (eletrônicos/magnéticos), destinados aos servidores públicos municipais. ADVOGADOS: Rafael Prudente Carvalho Silva (OABSP 288.403), Danilo da Silva Paranhos (OABSP 299.594), Eric Bertolotti (OABSP 321.044) e Eduardo Leandro de Queiroz e Souza (OABSP 109.013) Vistos, relatados e discutidos os autos. ACORDA o E. Plenário do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em sessão de 06 de novembro de 2013, pelo voto dos Conselheiros

*Renato Martins Costa, Relator, Edgard Camargo Rodrigues, Cristiana de Castro Moraes, Dimas Eduardo Ramalho, Sidney Estanislau Beraldo e do Substituto de Conselheiro Alexandre Manir Figueiredo Sarquis, na conformidade das correspondentes notas taquigráficas, **julgar procedente o pedido formulado por Sindplus Administradora de Cartões, Serviços de Cadastro e Cobrança Ltda. – EPP, determinando que a Prefeitura Municipal de Tatuí adéque o índice de endividamento máximo à realidade do mercado** e suprima a obrigatoriedade de tecnologia específica para operações com estabelecimentos credenciados pela licitante vencedora, sem prejuízo de rever demais cláusulas eventualmente relacionadas. Incorporadas as retificações determinadas, deve ser providenciada a publicidade com a reabertura dos prazos, na forma da lei.*

Portanto, pelos fatos e fundamentos ora expostos, impõe-se a reformulação do presente Edital, afastando a mencionada exigência restritiva quanto à comprovação econômico-financeira, **para que o índice de endividamento seja adequado a um patamar que corresponda à realidade da maioria das empresas que atuam no segmento e que esteja no atual parâmetro adotado pelos TCEs, privilegiando, por conseguinte, o basilar “Princípio da Ampla Competitividade” da Nova Lei de Licitações.**

REFERIDA CONDIÇÃO EXIGIDA NO EDITAL DIRECIONA E RESTRINGE O CERTAME, SENDO QUE TAL DIRECIONAMENTO E RESTRIÇÃO SÃO ILEGAIS.

Ao manter a exigência INDEVIDA E EXCESSIVA ora impugnada, a administração pública estará alijando do certame várias empresas que possuem todas as condições de oferecerem produtos de procedência e condições, o que trará grandes prejuízos ao erário público em atentado ao mais elementar bem, administrar.

Por apego ao argumento, ainda que tal exigência, fosse respaldada no princípio da discricionariedade da administração pública, no presente caso, tal assertiva não seria vista de bom alvitre, uma vez que, no caso em tela, o item atacado, DIRECIONA, E RESTRINGE O CONTRATO A POUCAS EMPRESAS.

Portanto, conclui-se que a exigência aqui impugnada não se justifica, não apresentando qualquer tipo de benefício para a Contratante, por outro lado, prejudica as empresas que concorrem ao Edital.

Desta forma, **o Edital deve ser alterado também no respectivo item, uma vez que, como já exposto, apresenta grande limitação sobre a participação de várias empresas com exigência repudiada pelos Tribunais Pátrios e pela legislação vigente.**

III- DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Em face do exposto, requer-se seja a presente **IMPUGNAÇÃO** julgada **procedente**, com efeito para:

- a) Que ocorra a alteração do presente edital para **deixar de constar quantidade mínima de escolha como critério de contratação, devendo o órgão firmar contrato com **TODAS** as empresas que forem escolhidas, devendo, ainda ser demonstrado, de forma TRANSPARENTE E PÚBLICA a forma como se deu a escolha dos servidores.**
- b) Deverá, ainda o edital ser corrigido, passando a constar os dois tipos de arranjo de pagamento, constando que ele poderá ser **aberto OU fechado** a fim de evitar a restrição na participação nas empresas interessadas no certame.
- c) Sejam readequadas exigências presentes no PARAGRÁFO QUARTO em que prevê a forma de pagamento pós pago para que conste que o pagamento será PRÉ-PAGO de acordo com



a Lei 14.442/22, bem como o índice de endividamento $\leq 0,75$, tendo em vista que referido índice é inatingível e restringe a competitividade.

- d) Seja determinada a suspensão liminar do procedimento licitatório, cujo final do procedimento será até o dia **17 de setembro de 2024** e ao final, o acolhimento da impugnação com a determinação de revisão do instrumento convocatório.

Requer, ainda, que todas as intimações, caso encaminhadas eletronicamente, sejam enviadas ao e-mail rafael@megavalecard.com.br com cópia para o e-mail licitacao@megavalecard.com.br.

Nestes termos, pede deferimento.

Barueri/SP, 13 de setembro de 2024.

XXXXXXXXXXXX

Assinado de forma digital por

RXXXXXXXXXXXX

Dados: 2024.09.13 17:20:46 -03'00'

MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS

LTDA XXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXX