

## JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

**Referência:** Pregão Eletrônico nº 041/2023.

**Processo Administrativo:** PR2023.12/CLHO-01028

**Impugnante:** WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORTE LTDA

**Objeto:** Contratação de empresa especializada para fornecimento de gás medicinal (líquido e gasoso) bem como locação de equipamentos de armazenamento, através do sistema de registro de preços.

### I- DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Trata-se de análise de **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** interposta pela empresa **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORTE LTDA**, inscrita sob o CNPJ nº 34.597.955/0013-23, situada na Rod. Augusto Montenegro, km 12, s/nº, Bairro Agulha, Belém –PA, em face do edital do Pregão eletrônico em epígrafe, tendo como objetivo a alteração deste.

O Decreto Federal nº 10.024/2019, em seu artigo 24, determina o prazo para impugnação do edital, vejamos:

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, **até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.**

A data de abertura da sessão eletrônica está marcada para o dia 17/01/2024 e o prazo para que qualquer pessoa física ou jurídica pudesse impugnar ou solicitar esclarecimento referente ao instrumento convocatório em epígrafe é até o dia 12/01/2024.

Com efeito, tendo em vista que a impugnação foi encaminhada no dia 09/01/2024, portanto, no prazo legal, reconhece-se a tempestividade do pedido.

### II- DAS IMPUGNAÇÕES APRESENTADAS

A impugnante aponta três tópicos a serem vistos nessa resposta a impugnação, vejamos:

Tópico 1 – Dos quantitativos

Tópico 2 – Da responsabilidade por danos

Tópico 3 – Aplicação do CDC

### III- DA ANÁLISE DOS PONTOS APRESENTADOS

#### III.1 – DOS QUANTITATIVOS

A impugnante aponta que os quantitativos estabelecidos no Edital são insuficientes para a contratação pretendida, ocorre que, não juntou qualquer documento comprobatório que desse suporte a sua alegação.

Nos ensinamentos do memorável mestre Hely Lopes Meirelles, quando leciona com brilhante sabedoria, que a lei ressalva a liberdade para a administração definir as condições da contratação administrativa, destacando com bastante propriedade, *in verbis*:

“A LIBERDADE DE ESCOLHA DA ADMINISTRAÇÃO SE EFETIVA EM UM MOMENTO PREPARATÓRIO E INICIAL DA LICITAÇÃO. UMA VEZ EXERCITADA ESSA LIBERDADE, EXAURE-SE A DISCRICIONARIEDADE E NÃO MAIS PODE SER INVOCADA. ASSIM, A ADMINISTRAÇÃO TEM LIBERDADE PARA ESCOLHER AS CONDIÇÕES SOBRE O FUTURO CONTRATO. PORÉM, DEVERÁ VALER-SE DESSA LIBERDADE COM ANTECEDÊNCIA, INDICANDO EXAUSTIVAMENTE SUAS ESCOLHAS” (COMENTÁRIO À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, AIDE, 3ª ED/94).”

Como brilhantemente apontado pelo ilustre professor, a administração é a responsável por definir as condições da contratação a qual deseja, dessa forma, não cabe a impugnante solicitar alterações de quantitativos sem qualquer documento ou fundamento comprobatório de que as condições não são suficientes para o interesse que foi determinado pela própria administração.

Ademais, o ordenamento pátrio confere a Administração Pública a possibilidade de definir em determinados casos, sempre observando o interesse público e conveniência para a administração, qual a melhor solução para o seu objetivo, vejamos:

“A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente.” (Meirelles (2005, p. 168).

Evidencia-se, deste modo, que a discricionariedade está prevista no ordenamento jurídico com vistas a possibilitar à Administração Pública dar resposta às diversas situações do dia a dia, para as quais nem sempre é possível que o legislador preveja todas as alternativas, nesse sentido, a impugnação

apresentada carece de documentos comprobatórios para o que se está alegando, de forma que, a Administração decide por manter os quantitativos estabelecidos.

**Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO no que tange a alteração dos quantitativos estabelecidos no edital.**

### **III.2 – DA RESPONSABILIDADE POR DANOS**

A impugnante alega que a redação do item 7.1.1. viola o disposto no artigo 70 da Lei 8.666/93, vez que, só seria de responsabilidade da contratada os danos diretos, sendo necessária a comprovação do dolo ou da culpa.

Inicialmente cumpre destacar que se trata de obrigação referente ao momento de execução contratual o que por se só já seria justificativa suficiente para inviabilizar a alteração pretendida.

Ademais, a legislação utilizada para a elaboração do instrumento editalício prevê a instauração de processo administrativos para apuração de danos causados à Administração, possibilitando, sempre, o Contraditório e a Ampla defesa e somente responsabilizado a contratada perante os danos que comprovadamente decorreu de ação ou omissão da mesma, desta feita, a contratada jamais será punida sem o devido processo legal, vejamos o que diz o Edital no tópico 15 (DAS PENALIDADES ADMINISTRATIVAS):

**15.1.** Pelo descumprimento de quaisquer cláusulas ou condições do Contrato a ser celebrado, serão aplicadas ao CONTRATADO que incorrer em inexecução total ou parcial da execução dos serviços as penalidades previstas no artigo 7º da Lei nº 10.520/2002, e nos artigos 86 e 87 da Lei nº 8.666/93, aplicando-se ainda as seguintes sanções administrativas, **garantida sempre a ampla defesa e o contraditório:**

**11.1.** Pelo descumprimento de quaisquer cláusulas ou condições do Contrato a ser celebrado, serão aplicadas ao CONTRATADO que incorrer em inexecução total ou parcial as penalidades previstas nos artigos 86 e 87 da Lei nº 8.666/93, aplicando-se ainda as seguintes sanções administrativas, **garantida sempre a ampla defesa e o contraditório:**

**Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO no que tange a alteração da cláusula 7.1.1. presente na MINUTA DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS**

### **III.3 – DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

A impugnante alega que a aplicação do CDC nas relações com a administração pública é incorreta, como fundamentação colacionou decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça em 2019.

Embora exista discussão doutrinária sobre a aplicação do conceito de consumidor ao Estado, a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos tem se mostrado possível ao Judiciário.

Em recente decisão (REsp nº 1.772.730), o STJ sustentou a possibilidade de aplicação do CDC, já que a Administração Pública pode ser considerada consumidora de serviços por ela contratados. A análise do referido julgamento levou em consideração o contido no art. 2º do CDC:

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Como visto, o dispositivo não faz qualquer distinção entre pessoas de direito público ou privado e não restringe o conceito de consumidor à pessoa jurídica de direito privado.

Diante da aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos, conforme art. 54 da Lei nº 8.666/1993, **é possível cogitar a aplicação do CDC quando existir vulnerabilidade técnica, científica ou econômica em desfavor da Administração Pública.** Este foi o entendimento do julgado abaixo:

Não se desconhece a existência de precedentes do Superior Tribunal de Justiça afastando a incidência do CDC em contratos em que é parte a Administração Pública (REsp 527.137/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31/5/2004, p. 191; e REsp 1.745.415/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 21/5/2019). E, embora exista doutrina que defenda que o conceito de consumidor não abrange o Estado, por entender que não existe desequilíbrio entre o fornecedor e a Administração Pública, em virtude do regime jurídico administrativo, em que há supremacia do interesse público sobre o privado, e pela prestação, objeto e condições contratuais serem definidos pelo Estado, esse não é o entendimento que deve preponderar.

**A Administração Pública pode ser considerada consumidor de serviços, porque o art. 2º do CDC não restringiu seu conceito a pessoa jurídica de direito privado, bem como por se aplicarem aos contratos administrativos, supletivamente, as normas de direito privado, a teor do art. 54 da Lei 8.666/1993, e, principalmente, porque, mesmo em relações contratuais regidas por normas de direito público preponderantemente, é possível que haja vulnerabilidade da Administração.**

Apesar de a Administração Pública poder definir o objeto da licitação (bens, serviços e obras), o fato é que serão contratados os disponíveis no mercado, segundo as regras nele praticadas, de modo que o Estado não necessariamente estará em posição privilegiada ou diferente dos demais consumidores, podendo, eventualmente, existir vulnerabilidade técnica, científica ou econômica, por exemplo”. [1] (Grifamos.)

Vale destacar que a vulnerabilidade apontada decorre da inexistência de **“proteção direta à Administração Pública na posição de consumidora final ou usuária de serviços”**.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região também entendeu pela possibilidade de aplicação do CDC, mediante a demonstração de vulnerabilidade da Administração:

“II – Não se desconhece a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC à relação contratual administrativa, no entanto, essa incidência deve ser analisada de acordo com o caso concreto, porquanto, nos termos da jurisprudência do STJ, **ela se limita aos casos em que a Administração Pública assume posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor**, o que não é a hipótese dos autos. Assim, aplicam-se ao caso concreto as regras de distribuição do ônus da prova previstas no CPC/1973, vigente à época da prolação da sentença” (TRF1, Apelação Cível nº 0036085-53.2010.4.01.3400, Rel. Des. Souza Prudente, j. em 15.07.2020)

Decidiram da mesma forma os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, do Distrito Federal e Territórios e do Pará. Vejamos:

#### TJ/RS

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que se admite a aplicação do Código Consumerista aos contratos administrativos, em favor da administração pública, nos casos em que esta, na posição de destinatária final do produto ou serviço, figure em posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante a empresa fornecedora, como no caso. (TJ/RS, Apelação Cível nº 70082631383, Rel. Des. Sergio Luiz Grassi Beck, j. em 04.12.2019.)

#### TJDFT

**Não se admite a incidência do Código de Defesa nos contratos administrativos em que a Administração Pública não assume posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor**, como ocorre na relação em que o Estado adquire armamento de empresa fornecedora de material bélico para uso de seus agentes de segurança. Precedentes. (Grifamos) (TJ/DF, Apelação Cível nº 20160110456660, Rel. Flavio Rostirola, j. em 21.02.2018.)

TJ/PA

Tenho que, a partir da combinação do artigo 2º com o inciso I do artigo 4º, ambos da Lei nº 8.078/1990, mitigou-se a aplicação da teoria finalista, chega-se, em situações excepcionais, a um novo conceito de consumidor, pautado na apreciação da vulnerabilidade, de modo que até mesmo uma pessoa jurídica possa ser classificada como consumidora, com a aplicação do art. 29 do CDC.

**Pode-se concluir que é razoável a interpretação de que são aplicáveis as disposições do CDC aos contratos administrativos, em caráter subsidiário, desde que atendida a seguinte condição: o órgão ou entidade pública estiver em posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, visto que a superioridade jurídica do ente público é presumida nos contratos administrativos. (Grifamos.) TJPA, Apelação Cível e Reexame de Sentença nº 20073009633-3, Rel. Des. Maria Rita Lima Xavier, j. 03.09.2010.**

Nesse sentido, concluímos que a possibilidade de **aplicação do CDC aos contratos administrativos** demanda **análise do caso concreto**, para verificar a eventual **posição de vulnerabilidade técnica, científica e econômica que a Administração Pública** assume em relação ao contratado.


Observa-se que o objeto é extremamente técnico, vez que se busca adquirir gases com purezas elevadas, de forma que um homem médio não detém conhecimento sobre tal assunto.

**Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO no que tange a alteração da cláusula 10.3.3. presente na MINUTA DO CONTRATO.**

#### IV- CONCLUSÃO

Ante o exposto, em respeito ao instrumento convocatório e em estrita observância aos princípios que regem os procedimentos licitatórios, **CONHEÇO** a impugnação apresentada pela empresa **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORTE LTDA**, em razão da sua tempestividade, para no **MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO** ao pleito formulado.

Coelho Neto/MA, 11 de janeiro de 2024.

Documento assinado digitalmente  
 FRANCISCO EDILSON OLIVEIRA DA SILVA  
Data: 11/01/2024 17:22:55-0300  
Verifique em <https://validar.itf.gov.br>

**Francisco Edilson Oliveira da Silva**  
**Pregoeiro**