

Quais são os limites para a previsão de marca em editais de licitação?

Guilherme Jardim Jurksaitis

Mestre em direito do estado pela USP.
Coordenador de direito administrativo da
Sociedade Brasileira de Direito Público – *sbdp* e ex-aluno de sua
Escola de Formação (2004).

A dúvida suscitada é mais comum do que parece. Especialmente nas licitações envolvendo insumos de abastecimento, como cartuchos de impressoras, combustíveis e óleos lubrificantes.

A Lei 8.666/93 tratou expressamente do assunto em dois dispositivos. Confira-se:

Lei Federal nº 8.666/93

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo (...).

§ 5º - É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável (...).

Art. 15 As compras, sempre que possível, deverão:

§ 7º - Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca.

Interessante observar a redação empregada em cada dispositivo transcrito. Há uma diferença sensível entre o texto do § 5º, art. 7º, cujo comando se aplica às licitações de obras e serviços, e o disposto no § 7º, art. 15, restrito às licitações de aquisição de bens.

Para licitações envolvendo obras e serviços (§ 5º, art. 7º), a restrição é excepcionada “nos casos em que for tecnicamente justificável”, o que não se verifica para as licitações de compras (§ 7º, art. 15). Assim, numa primeira leitura, haveria vedação absoluta para a especificação de marcas em licitações para compras.

Interpretação nesse sentido se reforçaria sob o argumento de que a interdição imposta decorreria do tratamento isonômico entre os particulares interessados, da busca pela ampla competitividade e pela melhor oferta, valores esses que regem os negócios públicos. Essa corrente acredita que ao definir determinado bem através de sua marca, excluindo outros semelhantes, porém, de marca diversa, estar-se-ia criando barreira artificial e indevida à participação de potenciais fornecedores, que ficariam alijados do certame, não obstante ofertarem produtos similares, serventes para o mesmo objetivo que se pretende atender, e, às vezes, por um custo reduzido.

Dito de outro modo, segundo essa visão, a especificação de marca nas licitações excluiria, a priori, produtos que em condições menos restritivas poderiam ser aceitos, sem quaisquer consequências negativas. E parece ter sido essa a premissa assumida pela Lei 8.666/93 nos dois dispositivos que trataram da previsão de marcas. Tanto é assim que mesmo o § 5º, art. 7º, primeiro vedou a especificação de marcas, para depois excepcioná-la. Mas a regra é a proibição.

Reside por trás dessa visão o pressuposto equivocado de que nas licitações a escolha por determinada marca seria por si enviesada, despropositada, e tendente ao dirigismo.

Contrariando essa visão, os órgãos de controle têm ampliando a exceção do § 5º, art. 7º, para as licitações de compras, de modo a admitir a previsão de marcas em casos específicos, como naqueles em que se pretende adquirir, por exemplo, suprimentos de equipamentos cuja garantia encontre-se condicionada ao uso de produtos de determinado fabricante – ou mesmo para assegurar a obtenção de insumos de qualidade reconhecidamente superior.

Essa é uma leitura inteligente da Lei, por ao menos dois motivos.

Primeiro, porque não há razão aparente para diferenciar, para fins de se admitir ou não a previsão de marcas, licitações de obras e serviços das licitações de compras. Segundo, porque a vedação absoluta à exigência de marcas levaria ao absurdo de comprometer a consecução da própria finalidade a que se presta a contratação. De que adiantaria, por exemplo, adquirir cartuchos de marcas diversas que comprometeriam a garantia da impressora?

Mas vale ir além.

É que a previsão de marca pode simplesmente não impactar, de modo significativo, no universo de potenciais interessados. É o que ocorre quando o produto da marca desejada pela Administração possa ser fornecido por uma pluralidade de atores. Nesses casos, o risco de quebra da isonomia entre iguais ou de dirigismo em razão da definição de marca é quase inexistente.

Em outras palavras, se há um número razoável de agentes capazes de atender à especificação de marca definida no edital, de modo a existir, ainda que em tese, o interesse de disputarem entre si a obtenção do futuro contrato, não há que se falar em prejuízo à competitividade ou à busca da melhor oferta para a Administração.

Por esse motivo, independentemente dos aspectos invocados para justificar a previsão de marca, mencionados acima, deve-se verificar se o universo de fornecedores aptos permite a efetiva disputa entre eles. A consequência desse entendimento é permitir que a Administração Pública

escolha com mais liberdade o que pretende contratar, sem direcionamento e sem desvirtuar as regras basilares da licitação.

O Regime Diferenciado de Contratações – RDC caminhou nessa direção. Vale conferir:

Lei Federal nº 12.462/2011

Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá:

I - indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

- a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
- b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou
- c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão "ou similar ou de melhor qualidade".

Ao autorizar expressamente a indicação de marca comercializada por mais de um fornecedor, quando esta for única capaz de atender às necessidades da Administração (art. 7º, I, b), o RDC permite a escolha de marca específica para quaisquer casos em que se verifique essa circunstância.

Trata-se da superação do entendimento segundo o qual a Administração não poderia contratar elegendo como critério determina marca, ou mesmo diversas delas, porque agindo dessa maneira comprometeria a isonomia entre os fornecedores e a obtenção da oferta mais vantajosa. Essa cultura, que se consolidou sob a égide da Lei 8.666/93, contribui para a ineficiência do mercado privado que atua junto à Administração, que não tem estímulos para aprimorar seu portfólio, e prejudica diretamente a própria Administração, que se vê forçada a adquirir bens de qualidade inferior, pelo critério do menor preço, suprimindo-lhe a possibilidade de escolher a marca do bem que melhor atenda a suas necessidades.

A vedação à marca contida na Lei 8.666/93 confunde a restrição legítima que a previsão de marca acarreta com o *dirigismo* decorrente da estipulação de requisitos impertinentes do bem que se licita. A confusão é muito clara porque a licitação não é, e nem poderia ser, um sistema aberto de contratação, livre a qualquer interessado. Ao contemplar a possibilidade de se exigir determinados requisitos de habilitação dos interessados em contratar com a Administração, o que não faz a Lei 8.666/93 se não limitar o universo de potenciais futuros contratados? Diferentemente do que se costuma afirmar sem muita reflexão, a licitação também visa circunscrever os potenciais parceiros comerciais do Poder

Público, excluindo desse universo quem não possua certas características essenciais.

Não é demais lembrar que nas licitações públicas a isonomia significa dispensar tratamento igualitário entre os agentes aptos, aptidão essa aferida na habilitação, e, como é o caso aqui tratado, na verificação das especificações técnicas do produto ofertado.

A Administração Pública não pode abrir mão da busca do melhor interesse público, a ser obtido numa contratação segura e que propicie bons resultados (na forma de bens ou serviços), em nome de um suposto “direito” do particular em disputar contrato que, sabe-se desde o início, não poderá cumprir a contento – justamente porque não preenche condições subjetivas mínimas ou porque não pode entregar o bem pretendido.

Nas relações privadas, é usual o consumidor eleger um produto por intermédio de sua marca, ainda que por um preço mais elevado. E não há quem cogite desvio nesse tipo de escolha, geralmente calcada em algum juízo de custo e benefício, mais ou menos racional, mas sempre com o intuito de se ter o melhor produto, pagando por isso o menor preço. Com um procedimento rígido como é o da Lei 8.666/93, não há fundamento lógico para vedar que a Administração também possa escolher, com mais precisão, o que quer contratar.

São Paulo, setembro de 2014.