

Caráter excepcional da indicação de marca em edital



EMENTA: CONSULTA — PRESIDENTE DE CÂMARA MUNICIPAL — ELABORAÇÃO DE EDITAL DE LICITAÇÃO — ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO — INDICAÇÃO DE MARCA — JUSTIFICATIVA TÉCNICA OU FINALIDADE DE PADRONIZAÇÃO — CARÁTER EXCEPCIONAL

Na especificação do objeto, é possível, excepcionalmente, a indicação de marca, para fins de parametrização da qualidade do objeto e/ou em virtude de questões técnicas devidamente justificadas, sob pena de malferir o princípio da isonomia.

RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Luiz Humberto Dutra, presidente da Câmara Municipal de Uberaba, por meio da qual apresenta as seguintes perguntas:

Este consulente junto à CPL tem encontrado insegurança na elaboração dos editais, a especificação do objeto, vez que o art. 15, § 7º, I, da Lei 8.666/93, diz que a especificação do bem a ser adquirido não deve conter a indicação de marca.

[...]

Assim, requer a Vossa Excelência e demais membros componentes dessa Corte, no sentido de esclarecer o seguinte:

1. Pode lançar nos editais na aquisição do objeto a utilização de marca para fins de identificação dos produtos?
2. Ao lançar a marca no edital, pode ser considerada como mera exemplificação e qualidade do objeto?
3. A utilização de marca como referência, pode ferir o princípio da isonomia entre os concorrentes?

Instada a se manifestar, a Coordenadoria e Comissão de Jurisprudência e Súmula emitiu o relatório técnico a fls. 29-34, contendo o histórico das deliberações desta Corte sobre a questão suscitada, na forma prevista no art. 213, I, do Regimento Interno deste Tribunal, com a redação dada pela Res. TC n. 01/2011, registrando que, apesar de não terem sido encontradas deliberações da Casa nos exatos termos suscitados pelo consulente, esta Corte de Contas já se manifestou acerca dos seguintes tópicos pertinentes à indagação formulada:

- 1) É possível indicar a marca do produto no edital de licitação desde que a Administração demonstre, de forma efetiva, que pretende dar continuidade à utilização de determinada marca, utilizar marca mais conveniente ou padronizar marca ou tipo de serviço público. Consulta n. 455.236 (03/12/1997); Denúncias n. 747.505 (05/08/2008) e n. 719.754 (03/04/2007); Representação n. 685.828 (04/03/2008).
- 2) Na celebração de contrato de arrendamento mercantil pela Administração Pública, a especificação dos bens que serão licitados deve ocorrer sem a indicação de marca. Consulta n. 463.736 (20/05/1998).
- 3) É admissível a especificação de marcas, nos editais de licitação, para fins de padronização sem que isso ofenda o princípio da isonomia entre os concorrentes. Denúncia n. 747.505 (05/08/2008).

É o relatório, em síntese.

PRELIMINAR

Preliminarmente, conheço da presente consulta, por se encontrarem presentes os requisitos de admissibilidade elencados no art. 212 do Regimento Interno deste Tribunal, quais sejam, o consulente, presidente da Câmara Municipal de Uberaba, tem legitimidade para formular a consulta, a matéria é de competência deste Tribunal e a indagação não versa sobre caso concreto.

MÉRITO

De início, é essencial destacar o que dispõe a Lei n. 8.666/93, em seus arts. 14 e 38, *caput*, e 40, I, sobre o objeto da licitação, *in verbis*:

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a **adequada caracterização de seu objeto** e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, **a indicação sucinta de seu objeto** e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I — **objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;**

(grifo nosso)

Portanto, se o objeto da licitação deve ser caracterizado de forma adequada, sucinta e clara, a interpretação dos dispositivos citados nos leva a concluir que a descrição do objeto deve ser **simples** e sem **maiores detalhes**. Entretanto, isso não significa que deve ser **deficiente ou omissos** em pontos essenciais.

A determinação da Lei de Licitações é que o objeto seja descrito de forma que revele a exata necessidade do Poder Público, com todas as características indispensáveis, afastando-se aquelas irrelevantes e desnecessárias, que apenas restringem a competição.

Por outro lado, a indefinição do objeto lesa o princípio da isonomia entre os licitantes, pois, não sendo o objeto claro o suficiente, o licitante não poderá elaborar uma proposta objetiva e, conseqüentemente, não

conseguirá elaborar com precisão os demonstrativos de preços, conforme determinação do inciso X do art. 40 da Lei n. 8.666/93.

A descrição precisa do objeto da licitação, com a indicação de suas características técnicas, visa alcançar plenamente o princípio da igualdade. Somente de posse de todas as informações sobre o produto a ser licitado é que os interessados poderão disputar o certame em igualdade de condições.

A falta de clareza do objeto da licitação fere o princípio do julgamento objetivo, pois não haverá condições de comparar as propostas ofertadas nem de demonstrar que o preço proposto é compatível.

Resumindo, podemos dizer que a falta de definição correta e clara do objeto da licitação ofende, sobremaneira, o princípio fundamental da licitação, que é a **competição**. Nesse sentido, é conveniente registrar que o Tribunal de Contas da União (TCU) sumulou esse entendimento (Súmula n. 177):

A **definição precisa e suficiente do objeto** licitado constitui **regra indispensável da competição**, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

As perguntas feitas pelo consulente: se é possível, sem ferir o princípio da licitação, indicar marca para a identificação e definição adequada do produto pretendido na licitação, e se a marca pode ser considerada, apenas, como exemplificação e indicação da qualidade do objeto, envolvem várias questões que podem ser esclarecidas pela própria Lei de Licitação, pela doutrina e pela jurisprudência.

A **possibilidade ou não da indicação de marca** deve ser examinada primeiramente, antes de se firmar o entendimento de que tal indicação no objeto da licitação venha a equivaler à indicação do produto com **características exclusivas**, o que poderá definir hipótese de inexigibilidade de licitação.

A insegurança do consulente quanto à utilização de marca para identificação do objeto a ser licitado é compreensível, mas não pode inibir a ação do agente público, se essa alternativa for a mais adequada para alcançar com eficiência e eficácia a satisfação do interesse público.

Vejam as disposições da Lei n. 8.666/93 sobre a indicação de marca na definição do objeto da licitação. A palavra **marca** aparece três vezes na Lei n. 8.666/93: em duas é vedada a sua indicação e apenas em uma é admitida, mas **como exceção**:

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**;

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I — para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, **vedada a preferência de marca**, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

[...]

§ 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**, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório. (grifo nosso)

O art. 15, § 7º, inciso I, e o art. 25, I, vedam a indicação de marca, e o art. 7º, § 5º, a admite em caráter excepcional, em duas hipóteses: uma, quando se tratar de caso tecnicamente justificável, e a outra quando se tiver em conta a execução por administração contratada.

Cumprido ressaltar que o presidente da República vetou a previsão da administração contratada no projeto que resultou na Lei n. 8.666/93, de tal forma que não existe base legal para essa modalidade de contratação. Mesmo diante da tentativa do Congresso Nacional de reinclusão do instituto na Lei n. 8.666/93, quando da edição da Lei n. 8.883, de 8 de junho de 1994, o presidente da República novamente vetou os dispositivos em questão com a argumentação de que se tratava de “norma contrária ao interesse público”.

A jurisprudência do TCU tem sido pacífica quanto à impossibilidade de adoção do regime de “administração contratada” após a edição da Lei n. 8.666/93. A título de exemplificação, cito as Decisões n. 1.070/2002 e n. 978/2001; os Acórdãos n. 2.016/2004, n. 1.168/2005, n. 1.596/2006 e n. 2.060/2006, todos contendo a mesma determinação: “Diante do exposto é necessário determinar ao órgão que abstenha-se de adotar, na execução dos serviços, **o regime de administração contratada** por falta de amparo legal e por contrariar diversas deliberações deste Tribunal”. (grifo nosso)

Assim, a única justificativa para indicação de marca, conforme o § 5º do art. 7º da Lei de Licitações, que a autoriza, deve estar amparada em razões de **ordem técnica**, motivada e documentada, observando a impessoalidade. Em se tratando de áreas específicas e especializadas, o laudo pericial deverá fazer parte dos autos. Apresentamos, como exemplo, o caso de equipamento eletrônico que deverá ser analisado por engenheiro da especialidade. Além de descrever a especificação do produto pretendido — considerada essencial para a Administração — esse profissional deverá também demonstrar que as outras marcas não possuem aquelas características, acrescentando, por imposição legal, que essa peculiaridade é imprescindível ao interesse público.

É importante dizer que a mera indicação de marca pode, ou não, levar à inexigibilidade de licitação. Haverá inexigibilidade se na localidade houver um único fornecedor daquele produto; do contrário, a licitação será obrigatória.

A doutrina tem entendido que a aquisição de produto de marca determinada, com exclusão de similares, é possível em três hipóteses: para a continuidade de utilização de marca adotada no serviço público; para a adoção de nova marca mais conveniente que as utilizadas; para padronização de marca ou tipo no serviço público.

Nessas três hipóteses, o essencial é que a Administração demonstre que a adoção da marca busca apenas atender o interesse público, afastadas as predileções ou aversões pessoais do administrador.

Marçal Justen Filho, em seu livro *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, ensina:

A vedação do § 5º conjuga-se com o art. 25, inciso I, a cujo conteúdo se remete. É possível a contratação de fornecedores exclusivos ou a preferência por certas marcas, desde que essa seja a solução mais adequada para satisfazer as necessidades coletivas. Não se admite a opção arbitrária, destinada a beneficiar determinado fornecedor ou fabricante. A proibição não atinge, obviamente, a mera utilização de marca como instrumento de identificação de um bem — selecionado pela administração em virtude de suas características intrínsecas. O que se

proíbe é a escolha do bem fundada exclusivamente em uma preferência arbitrária pela marca, processo psicológico usual entre os particulares e irrelevante nos limites do direito privado.¹

Assim, segundo o administrativista², para a contratação de um objeto é imprescindível que se antecipe a verificação de diferentes soluções técnico-científicas para amparar a escolha da Administração, de forma que atenda o interesse público. Não há reprovação legal à utilização de marca como meio de identificação de um objeto escolhido por suas qualidades ou propriedades intrínsecas. A avaliação deve ser, no entanto, objetiva, podendo-se, mesmo, valer-se de marca como forma de identificação do objeto, desde que tal opção tenha sido baseada em características pertinentes ao próprio objeto. Embora se entenda que a marca não pode ser a causa motivadora da escolha, admite-se a identificação da marca como mero elemento acessório, consequência de uma decisão que se fundou em características específicas do objeto escolhido.

Em relação à descrição do objeto com características exclusivas ou com indicação de marca, têm o TCU e este Tribunal, ao decidir sobre a questão, buscado confrontar a razoabilidade dessa restrição à competitividade com o interesse público.

Este Tribunal teve oportunidade de enfrentar a questão nos autos de n. 747.505, Denúncia, de minha relatoria, apreciada na Sessão da Segunda Câmara de 05/08/2008, quando se examinava a possibilidade de a Administração Pública estabelecer marcas para a aquisição de produtos, no caso específico, fitas reativas compatíveis com o aparelho *Accu-check active*.

Na referida denúncia, a alegação da denunciante era pautada na suposta infringência ao princípio da competitividade, insculpido no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/93, que veda a escolha de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação e estabeleçam preferências ou qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Naquela ocasião a questão foi analisada à luz do art. 15 da Lei n. 8.666/93, no sentido de que as compras devem, sempre que possível, ser realizadas sem indicação de marcas, e, também, de que a vedação da Lei de Licitações refere-se à preferência subjetiva e arbitrária de um produto sobre outro, sem rigor técnico ou econômico, sendo, no entanto, possível à Administração Pública indicar marcas para fins de padronização, se tal indicação for calcada em razões de ordem técnica e constantes do processo licitatório.

A indicação de marca também foi analisada nos autos de n. 685.828 (Representação), da relatoria do conselheiro Antônio Carlos Andrada, apreciada na Sessão da Segunda Câmara de 04/03/2008, que decidiu *in litteris*:

[...] Quanto à exigência da marca do processador no edital, conforme se depreende da análise do órgão técnico, a fls. 200-207, não se configura irregularidade nesta escolha, pois **foram apresentadas as justificativas técnicas que demonstraram que a marca indicada apresentava o melhor desempenho**, em consonância ao disposto no art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/93.

Por fim, destaco a jurisprudência do TCU que caminha na direção de se admitir a indicação de marca como parâmetro de qualidade do objeto a ser licitado, desde que a Administração demonstre, de forma efetiva, que pretende dar continuidade à utilização de determinada marca já adotada, ou utilizar marca mais conveniente ou padronizar marca no serviço público, como pode ser visto em algumas decisões transcritas:

[...], o princípio da padronização não conflita com a vedação de preferência de marca, que não constitui obstáculo à sua adoção, desde que a decisão administrativa, que identifica o produto pela marca, seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração. (TCU. Acórdão n. 1547-22/04. Sessão da Primeira Câmara de 29/06/2004. Relator: min. Walton Alencar Rodrigues.);

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 157-158.

² *Ibidem*, 2010, p. 361.

[...] a justificativa para a indicação de marca deve fundamentar-se em razões de ordem técnica. Alegar o princípio da padronização como argumento para limitar a participação dos ofertantes em procedimento licitatório, ou mesmo para declará-lo inexigível, requer justificativa objetiva dos motivos que levam o administrador a essa conclusão (TC 009.319/96-4, Acórdão n. 300/98 — 1ª Câmara — Ata n. 23/98).

Conclusão: diante do exposto, assim respondo ao consulente:

A vedação à indicação de marca, insculpida no art. 15, § 7º, I, deve ser interpretada de forma harmônica com os demais dispositivos congêneres. Diante do exposto, conclui-se que os órgãos e entidades do Poder Público, desde que observados os princípios constitucionais da Administração Pública, estão autorizados a indicar ou pré-qualificar marcas de produtos para fins de aquisição futura sempre que a marca indicada for a única que puder atender ao fim da Administração.

Para não ferir o princípio da isonomia entre os licitantes, a indicação de marca na identificação do objeto da licitação conforme o único dispositivo da Lei de Licitações que a autoriza, art. 7º, § 5º, deverá amparar-se em motivos de **ordem técnica**, sem influências pessoais, e que tenham um fundamento científico. A justificativa deve ser documentada por laudos periciais, que deverão fazer parte integrante do processo. Deve-se demonstrar, também, que as características da marca indicada não se encontram em outras marcas e, ainda, que aquelas peculiaridades são essenciais ao interesse público. O que não se admite é a restrição injustificada, porque afeta o princípio basilar da licitação, qual seja, a isonomia entre os interessados.

Pode-se indicar a marca no ato convocatório como forma ou parâmetro de qualidade do objeto para facilitar a sua descrição, acrescentando-se as expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”, se for o caso. Tal recomendação tem por fundamento a possibilidade de existir um produto novo que apresente características similares e, às vezes, melhores do que o já conhecido. A Administração poderá inserir em seus editais cláusula prevendo a necessidade de a empresa participante do certame demonstrar, por meio de laudo, o desempenho, qualidade e produtividade compatível com o produto similar ou equivalente à marca de referência mencionada.

Não há, portanto, reprovação legal à utilização de marca como meio de identificação do objeto, desde que tal opção tenha sido baseada em características pertinentes ao próprio objeto.

É o parecer que submeto à consideração dos senhores conselheiros.

A consulta em epígrafe foi respondida pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 12/06/2013, presidida pela conselheira Adriene Andrade; presentes o conselheiro Wanderley Ávila, conselheiro substituto Licurgo Mourão, conselheiro Mauri Torres, conselheiro José Alves Viana e conselheiro em exercício Gilberto Diniz. Foi aprovado, por unanimidade, o voto da relatora, conselheira Adriene Andrade.
