

Especificação de Marca

Antônio Carlos Cintra do Amaral

Em 01.03.2002 foi divulgado, nesta página, Comentário de minha autoria sobre “Especificação de Marca”, com o seguinte teor:

“A Administração pode especificar marca? Esta é uma questão que vem atormentando na prática muitos administradores públicos.

*A Lei 8.666/93, ao tratar da aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, acrescenta: “vedada a preferência de marca” (art. 25, I). Com base nessa norma, tem sido comum considerar-se proibida, **em qualquer caso**, a especificação de marca no instrumento convocatório.*

*As normas legais, porém, devem ser interpretadas sobretudo a partir da noção de **sistema**. O ordenamento jurídico é um sistema de normas. Por isso, a interpretação de uma norma legal deve ser **sistemática**, ou seja, deve ser feita levando-se em conta outras normas legais e, sobretudo, as normas constitucionais, que lhe são hierarquicamente superiores (“interpretação conforme à Constituição”, a que se refere especialmente a doutrina jurídica alemã e que, segundo salienta **KARL ENGISCH**, também é interpretação sistemática).*

A vedação de preferência de marca, contida no art. 25, I, da Lei 8.666/93, deve ser interpretada em consonância com a norma do art. 15, I, da mesma lei, que dispõe que as compras, sempre que possível, deverão “atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas.” A padronização visa à eficiência administrativa e um dos princípios constitucionais que

regem a Administração Pública é justamente o da **eficiência** (art. 37 da Constituição).

Por outro lado, além do princípio da **eficiência**, a Constituição contempla o princípio da **economicidade** (art. 70), que se traduz na relação custo-benefício. O administrador público deve observar a lei, pois se não o fizer estará descumprindo o princípio constitucional da **legalidade**. Mas ao interpretar e aplicar a lei é importante que observe os demais princípios constitucionais, que não se excluem nem estão entre si em posição de hierarquia.

É nesse quadro teórico que tenho sustentado que o administrador público pode especificar a marca no instrumento convocatório nos seguintes casos:

- a) quando a marca especificada seja a única que atenda às especificações técnicas (princípio da economicidade, aliado à noção de **discricionariedade técnica**);
- b) quando a especificação seja necessária à manutenção da padronização adotada (princípios da eficiência e da economicidade, em consonância com o art. 15, I, da Lei 8.666/93);
- c) quando o bem especificado seja elemento de um **sistema** (caso similar – e até mais evidente – ao da manutenção da padronização); e
- d) quando se trata de peça **original** de reposição (princípios da eficiência e da economicidade).

É claro que ninguém de bom senso defenderia uma especificação de marca que tivesse por objetivo a restrição à competição, dirigindo a licitação para um determinado fornecedor. Mas também não me parece razoável a opinião de que a lei proíbe, **em qualquer caso**, a especificação de marca. Nem razoável nem legal, e muito menos constitucional.”

O Tribunal de Contas da União tem admitido a especificação de marca, **desde que devidamente justificada**. Foi o que ocorreu, por exemplo, na Representação contra o TRT-14ª Região (decisão do TCU-Plenário, publicada no DOU de 26/04/2002, Seção 1, p. 196), no Acórdão nº 2.025/2003 (TCU-1ª Câmara, publicado no DOU de 10/09/2003, Seção 1, p. 138) e, mais recentemente, no Acórdão nº 1.292/2003 – TCU-Plenário, DOU de 15/09/2003, Seção 1, p. 105).

No subitem 9.1.8 deste último Acórdão, o TCU, curiosamente, determinou à SUFRAMA que “observe o disposto no art. 15, § 7º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, limitando a indicação de marca aos casos em que justificativas técnicas, devidamente embasadas e formalizadas, demonstrem que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração...” Há uma contradição nessa recomendação. Se a marca é “a mais vantajosa” não é “a única”. Entendo, porém, que essa contradição é aparente. Em certos casos, a marca é “a mais vantajosa” porque é a que melhor atende às especificações técnicas. Em outros, porque, como acentuei no Comentário anterior, é a única que atende a essas especificações. Vale dizer: abandonada a interpretação estritamente literal, a recomendação do TCU só terá “sentido” se substituirmos “e” por “ou”.

(Comentário CELC nº 93 – 15.11.2003, divulgado no site www.celc.com.br)
Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês.