

Especificação de Marca no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)

Antônio Carlos Cintra do Amaral

Em 01.03.2002 foi divulgado, no site **www.celc.com.br**, 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 *r e s t r i ç ã o* 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 Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aprovado pela Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, disciplinou o assunto. No inciso I do art. 4º, estabeleceu a **padronização** como uma das **diretrizes** das licitações e contratos. Já no inciso I do art. 7º, foi explícito:

“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’;”

Do exposto, concluo que a especificação de marca cabe não apenas nas licitações submetidas ao RDC, como igualmente nas submetidas à Lei 8.666/93. No primeiro caso, por força e nos termos do inciso I do art. 7º da Lei 12.462/2011. No segundo caso, em decorrência da interpretação **mais razoável** do sistema jurídico, tal como expus no Comentário de 2002 acima transcrito, em que sustentei entendimento que defendo há décadas.