

A indicação da marca na hora de elaborar a descrição do item dentro da modalidade pregão presencial



Fabricio Daniel Nichele

é graduado em Administração de Empresas pela Faculdade de Campina Grande do Sul (FACSUL), pós-graduando em Gestão Pública e Gerência de Cidades pela FATEC/FACINTER e atua na área de Licitações na Federação das Indústrias do Estado do Paraná.

RESUMO

O pregão, que foi implantado em consonância com o princípio constitucional da eficiência, revelou a mais importante inovação na Administração Pública Brasileira na mudança de século. Este artigo pretende demonstrar a dificuldade encontrada na elaboração do objeto e citação da marca na modalidade de licitação Pregão Presencial. O pregão tem se mostrado uma excelente ferramenta para aquisição de bens e serviços comuns, pois visa o menor preço. Porém, tem-se a preocupação de adquirir produtos de baixa qualidade. Como todas as aquisições de bens e serviços comuns são realizadas por meio do pregão, nem todas as empresas vencedoras fornecem produtos de qualidade, dessa forma a administração acaba contratando empresas que não conseguem atender a suas necessidades. Este artigo irá destacar alguns pontos, conceitos e métodos para que a administração pública indique a marca de forma legal e não sofra com aquisições simplesmente pelo menor preço. Vale lembrar que este conceito de menor preço está chegando ao fim, pois na realidade a ideia é adquirir pelo menor preço produtos de melhor qualidade.

Palavras-chave: Administração Pública; Pregão Presencial; Termo de Referência; Marca.

1. INTRODUÇÃO

Termo de Referência (TR) é um documento de apresentação obrigatória por meio do qual o município



descreve os produtos a serem adquiridos de forma clara, concisa, evitando termos que não possuem um significado exato ou que permitam interpretações ambíguas. As compras na modalidade pregão presencial estão vinculadas apenas a descrição existente no termo de referência, pois esta modalidade, embora tenha demonstrado ser uma excelente ferramenta para aquisição de bens e serviços comuns, visa o menor preço, diferente das demais modalidades que a Lei 8.666/93 abre para contratação visando melhor técnica ou técnica e preço.

A dificuldade de aquisição de produtos que satisfaçam a Administração Pública está tornando-se cada vez mais frequente, pois o número de empresas que fornecem produtos de baixa qualidade cresce a cada dia. Muitas vezes compensa pagar um pouco mais caro em um produto de qualidade do que avaliar o menor preço e adquirir um produto o qual irá trazer malefícios a Administração.

O entendimento de se comprar o mais barato está ficando cada dia mais obsoleto, uma vez que se prezam produtos de qualidade na descrição do edital. Diante do exposto, este artigo tem como objetivo relatar, de forma sintetizada, os procedimentos da descrição detalhada e a menção da marca nas descrições dos produtos a serem adquiridos por meio da modalidade “pregão presencial”.

Com isso, o presente artigo se propõe a analisar de maneira pragmática as indicações da marca, apresentando críticas e possíveis soluções a fim de equacionar as interpretações acerca do tema.

Nessa linha de pensamento, espera-se que o estudo sobre o tema ora em análise possa ser útil para a

sociedade em geral, pois se pretende, com o presente artigo científico, aprimorar o entendimento quanto à indicação da marca em consonância aos princípios constitucionais vigentes no Direito Brasileiro.

Para tanto, a pesquisa compreendida foi eminentemente bibliográfica, servindo-se, também, de outros meios, dos quais foi possível discorrer sobre os posicionamentos, bem como apresentar aspectos atuais sobre a matéria.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 HISTÓRIA

Para permitir um melhor entendimento, o pregão foi introduzido por meio da Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000. Essa medida provisória foi convertida na Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, a qual é instituída, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

A Lei 10.520/02, conhecida como “Lei do Pregão”, em seu art. 9º menciona que a esta modalidade se subsidia as normas da Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Dessa forma é interessante destacar, que partimos de conclusões baseadas não só na Lei 10.520/02 como também da Lei 8.666/93.

2.2 DEFINIÇÃO DE MARCA

Para Furrier (2004), é “um nome, termo, sinal, símbolo ou desenho, ou uma combinação deles, com o objetivo de identificar bens ou serviços de um vendedor ou grupo e diferenciá-los da concorrência” (p. 1).

Do ponto de vista econômico, a marca facilita as transações, pois torna mais rápida a interpretação e processamento das informações pelo cliente em relação à determinada experiência com o produto, aciona ou não suas expectativas de confiança, identificação, ética, satisfação e autoexpressão, servindo como critério de redução de risco na decisão de compra.

Dessa forma, podemos observar que a marca facilita as transações e torna a descrição mais compreensiva, podendo até evitar aquisições desnecessárias.

Com base neste contexto, vamos estudar a possível indicação da marca no objeto de um processo licitatório na modalidade Pregão Presencial. Mas primeiro precisamos entender como elaborar este objeto.

2.3 ELABORAÇÃO DO OBJETO

A Lei 10.520/02 tem foco apenas em aquisição de bens ou serviços comuns, conforme seu art. 1º. Dessa forma, pergunta-se: o que vêm a ser bens ou serviços comuns? “[...] Bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, [são] aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (ART. 1, 2009, p. 75).

Ainda na Lei 10.520/02, “a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição” (ART. 3, 2009, p. 76).

Portanto, o próprio artigo menciona que bens e serviços comuns são todos aqueles que podem ser objetivamente definidos pelo edital, e que a definição deverá ser precisa, suficiente e clara, ou seja, traduzir a real necessidade do Poder Público com todas as características indispensáveis, afastando, evidentemente, as características irrelevantes e desnecessárias, que têm o condão de restringir a competição.

O advogado especializado em Direito Público e professor Benedicto de Tolosa Filho, em sua obra **Pregão – uma nova modalidade de licitação**, destaca a importância da definição correta do objeto da licitação e ainda analisa de forma inteligente a Súmula nº 177 do Tribunal de Contas da União (TCU), assim redigida:

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 (TOLOSA FILHO, 2005, p. 8).

Ao utilizar os vocábulos “precisa” e “suficiente”, há um indicativo claro de que na definição do objeto todos os aspectos fundamentais devem ser contemplados de modo a não ensejar dúvidas aos eventuais interessados, e ainda, se a formulação for imprecisa e insuficiente, os afetados são não somente os licitantes, mas também a própria administração.

Justen Filho afirma catedraticamente:

Nada poderá ser decidido além do constante no Edital. A descrição do objeto da licitação contida no edital não pode deixar margem a qualquer dúvida nem admite complementação a posteriori. Entre a opção de uma descrição sucinta e uma descrição minuciosa, não pode haver dúvida para a Administração Pública. Tem de escolher a descrição completa e minuciosa. Certamente, a descrição deve ser clara. Mas “minúcia” não significa “obscuridade”. Se a descrição do objeto da licitação não for completa e perfeita, haverá nulidade [...] São os princípios norteadores da licitação a “vinculação ao edital” e o “julgamento objetivo”. (JUSTEN FILHO, ano 2003, p. 217)¹

Fica evidente que a administração pública deve expressar a real necessidade, esmiuçando o objeto de forma a não gerar dúvidas às licitantes. Contudo, depois de realizada a aquisição/contratação, não se pode trocar o objeto licitado.

O que a administração fica vedada a realizar são licitações cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridades ou marcas, como visto no documento: “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. 7, parágrafo 05 da Lei 8.666/93).

Qualquer descrição, seja de produto ou serviço que não tenha similaridade no mercado, é considerada direcionamento de licitação, ou seja, a administração estará favorecendo uma única licitante/fabricante, ferindo, assim, os princípios da igualdade e competitividade (salvo nos casos que sejam tecnicamente justificáveis pela administração).

2.4 INDICAÇÃO DA MARCA

Após um breve comentário em relação à importância da descrição do objeto, vamos ao ponto que nos traz a grande dúvida. Podemos indicar, no objeto da licitação, a marca de um produto visando à preferência por tal?

O saudoso mestre Meirelles, em escólio a dispositivo similar do Estatuto de Licitações anterior, asseverava que:

continuamos entendendo, portanto, que, a aquisição de produto de marca determinada, com exclusão de similares é possível em três hipóteses: para continuidade de utilização de marca já existente no serviço público; para adoção de nova marca mais conveniente que as existentes; para padronização de marca ou tipo no serviço público. O essencial é que a Administração demonstre a efetiva vantagem de determinada marca ou tipo, para continuidade, adoção ou padronização em seus órgãos e serviços com exclusividade²

Observamos que existe a oportunidade de preferência, desde que as exigências sejam cumpridas e que seja demonstrada a real necessidade da administração.

O TCU destaca que “[...] a indicação de Marca como parâmetro de qualidade pode ser admitida para facilitar a descrição do objeto a ser licitado, desde que seguida da expressão ‘ou equivalente’, ‘ou similar’, ou de ‘melhor qualidade’” (ACÓRDÃO n.º 2401/2006).

Pacificando o entendimento, “a indicação de marca na licitação deve ser precedida de apresentação de justificativas técnicas que demonstrem, de forma clara e inafastável, que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da licitação.” (ACÓRDÃO n.º 636/2006).

Entendemos, então, que ao descrever um item mencionando as expressões “ou equivalente”, “ou similar”, ou “de melhor qualidade” e ainda apresentando uma justificativa técnica demonstrando que a marca citada é a única que atende às necessidades da administração, não estaremos direcionando e muito menos limitando a competição entre as licitantes.

No Acórdão 99/2005, o TCU frisa que

[...] a descrição minuciosa ou a indicação de marca podem conduzir a uma inaceitável restrição à competitividade do certame. Entretanto, a indicação de marca pode ser aceita em casos de padronização, desde que devidamente justificada a opção realizada.

Fica evidente que a indicação ilegal da marca acarreta transtornos à administração pública, porém, se justificada, reforça a real necessidade da aquisição.

Em seus editais, o TCU especifica o objeto da seguinte forma: “esponja para limpeza, dupla face, medindo aproximadamente 110 x 70 x 20 mm, ref. Scotch, 3M ou similar” (IBRAP, 2009, p. 142). Vemos que foi descrito de forma objetiva, com especificações usuais do mercado, com medidas aproximadas, mencionada marca e destacada a palavra “ou similar”. Em momento algum houve direcionamento ou especificações que limitem a competição.

Outra especificação do TCU/MG pouco mais complexa quanto ao objeto: “Acabamento completo para válvula de descarga, linha Hydra Max, modelo 2550, marca Deca” (TCE/MG, 2009). Nessa descrição vemos que não foi mencionada nenhuma das expressões que acabamos de estudar. O motivo se esconde na interpretação do texto. Vejamos: ao mencionar a palavra “acabamento”, entendemos que somente vamos adquirir o acabamento da válvula de descarga, então sabemos que já existe uma válvula, que por sinal é da marca Deca e modelo 2550. Por qual motivo, então, adquirir um acabamento que não seja desta marca ou incompatível a ela? Situações como esta merecem uma justificativa técnica do porquê da aquisição do referido acabamento, uma vez que se torna evidente a real necessidade da administração pública.

Outro exemplo que causa polêmica em todos os editais é a descrição de suprimentos de informática, vejamos um exemplo: “cartucho toner hp 2550l amarelo ref. q3962a – original do fabricante do equipamento” (TCE/CE, 2010). Observando a descrição, nos deparamos com a frase “original do fabricante do equipamento”, que deixa bem evidente que o produto deverá ser original da HP, restringindo a participação de fabricantes de cartuchos compatíveis com o licitado. Entretanto, ainda existe competitividade, pois há diversas revendas autorizadas da marca HP.

O TCU, de seu ponto de vista, destaca no ACÓRDÃO N.º 1122/2010-1ª CÂMARA que:

Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 113/2008, realizado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE/PR), que tinha por objeto a aquisição de toners para fax multifuncional da marca Xerox, original do fabricante do equipamento. Suscitou-se, basicamente, possível restrição ao caráter competitivo da licitação, em razão da exigência de marca na aquisição de toner pelo TRE/PR, contrariando o art. 15, § 7º, I, da Lei n.º 8.666/93. Em seu voto, afirmou o relator que o TCU vem se manifestan-

do pela possibilidade excepcional de indicação de marca em licitações, desde que fundada em razões de ordem técnica ou econômica, devidamente justificadas pelo gestor. No caso concreto, o relator entendeu que houve a devida justificativa técnica e econômica para a exigência da marca, com vistas à manutenção da garantia do fornecedor. Conforme razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, fundadas em análise do setor técnico do TRE/PR, **“caso fosse perdida a garantia contratual de 36 meses, em razão da instalação de toners de outras marcas, o prejuízo estimado decorrente de um novo contrato de manutenção das 270 impressoras recém-adquiridas poderia superar o valor de R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais) no período de três anos, informações essas baseadas em anteriores contratos de manutenção de impressoras daquele órgão”**. Ponderou, também, que a documentação juntada aos autos atestou que, não obstante a exigência de marca, participaram do certame diversas empresas que apresentaram seus valores unitários para o toner especificado no edital, **“propiciando redução do valor contratado em relação ao valor do produto inicialmente estimado pela Administração do TRE/PR, havendo assim efetiva competição entre distintos fornecedores da aludida marca e redução de custos para aquele órgão”**. Enfatizou, por fim, a participação no certame de empresas que ofertaram toners de outras marcas que não a do fabricante das impressoras, com valores unitários significativamente acima do valor final contratado pelo TRE/PR para os toners originais da marca Xerox. Acolhendo proposta do relator, decidiu a Primeira Câmara considerar improcedente a representação. Precedentes citados: Decisão n.o 664/2001-Plenário, Acórdão n.o 1.334/2006-1ª Câmara, Acórdão n.o 1.685/2004-2ª Câmara e Acórdãos n.os 1.010/2005 e 1.916/2009, ambos do Plenário.³⁷(Texto original)

Vemos que a descrição é semelhante à citada mais acima, porém com uma justificativa plausível, na qual a administração faz menção aos possíveis gastos se não forem adquiridos toners originais do fabricante do equipamento. Dessa forma, ao mencionarmos a “frase”, não podemos esquecer-nos de justificar tal necessidade.

Outro exemplo:

Cartucho de toner para impressora samsung, modelo ml3051nd, novo, original, capacidade mínima

para 8.000 (oito mil) páginas, marca samsung. Considerando se tratar de impressoras novas, ainda em garantia de fábrica, e tendo em vista que tal garantia cessaria na hipótese de utilização de tonners de marca diversa do fabricante, somente serão aceitas cotações que indiquem expressamente que a licitante fornecerá produtos novos e originais do fabricante samsung.

Verificamos que na descrição existe a marca do toner Samsung e uma pequena justificativa informando o porquê da indicação da marca sem similaridade. Este caso é semelhante ao estudado, mas um pouco mais ousado ao mencionar que “somente serão aceitas cotações que indiquem expressamente que a licitante fornecerá produtos novos e originais do fabricante samsung”, motivo para empresas entrarem com impugnação ao edital.

Em alguns casos, empresas fornecedoras de produtos compatíveis não concordam com as descrições dos editais e com as justificativas apresentadas, pois alegam que a administração está beneficiando somente os fabricantes das impressoras. Dessa forma, a polêmica se estende em diversas instituições, sempre retardando o andamento do processo licitatório.

Uma sugestão para evitar transtornos nos processos de aquisição de suprimentos de informática, é deixar bem claro no item ou no corpo do edital que os licitantes que cotarem toners de marcas diferentes das impressoras deverão apresentar atestado de qualificação técnica emitido pela fabricante da impressora, informando que os produtos são de qualidade igual aos originais do fabricante da impressora, se responsabilizando por problemas que porventura aconteçam.

3. RESULTADO

A marca, considerada como nome, termo, sinal, símbolo ou desenho, facilita a interpretação da licitante na hora da venda e da administração na hora da descrição. Hoje, a celeridade é um dos princípios balizadores do Pregão, destacada por ser um instrumento de eficácia na aquisição em curto prazo, a celeridade se vale desde que a descrição do objeto esteja indicando a real necessidade da Administração Pública. Essa é a evidência concreta de que a descrição precisa estar de acordo com as especificações usuais de mercado para uma boa aquisição.

A procura pela marca está se tornando cada vez mais acirrada. As pessoas estão associando produtos a marcas de grande sucesso, deixando mais fácil a compreensão da necessidade. Esse pensamento define a importância de se destacarem similaridades de marcas nas

descrições e defende a ideia dos autores de que o essencial é que a Administração demonstre a efetiva vantagem e necessidade por determinada marca.

4. CONCLUSÃO

Consegue-se identificar diversas formas legais de interpretar a necessidade da instituição em adquirir um produto. Compreende-se a importância de esmiuçar a descrição de um objeto a ser licitado e da indicação da marca, quando legal, para ajudar a licitante a identificar o produto a ser adquirido. Contudo, deparamos com identificações que geram dúvidas aos participantes, motivos para solicitações de esclarecimento e até mesmo pedidos de impugnação do edital.

Fica evidente que o Pregão Presencial é uma excelente ferramenta para aquisição de bens ou serviços comuns, permitindo que seja descrita a real necessidade da Administração Pública de forma clara e objetiva.

A importância do pregão como instituto precursor da implementação da “Nova Administração Pública” na gama das licitações públicas no Brasil inspiram o surgimento de novos horizontes, que nas sábias palavras do doutor Marçal Justen Filho, arrematam as considerações deste trabalho.

REFERÊNCIAS

TOLOSA FILHO, Benedicto, Pregão uma Nova Modalidade de Licitação, 1ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003.

TOLOSA FILHO, Benedicto, Pregão uma Nova Modalidade de Licitação, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

ACCORSI MARIA ALICE B. (Cadernos do Programa Habitar Brasil/Bid), Vol. 02, 2002;

JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico), 2ª ed., São Paulo, Dialética, 2003;

IBRAP – Instituto Brasileiro de Administração Pública, Edição – 1.09-009-22/011-C.016

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A qualidade na Lei de Licitações: o equívoco de comprar pelo menor preço, sem garantir a qualidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 38, jan. 2000.

IBRAP – Instituto Brasileiro de Administração Pública, Edição – 1.09-009-22/011-C.016, pg. 142

FURRIER - Marcio Tadeu. Graduado em Administração pela FEA/USP, pós graduado em Marketing pela ESPM/SP e mestrando pela PUC/SP. Atualmente desenvolve sua dissertação com o tema Reposicionamento de Marcas, 2004, pag.01.

JAQUES, Nájila, TCE/MG - ROTINAS DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO/PREGOEIRO PROCEDIMENTOS DA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO, 2009. Completo.

<http://licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=65>. Acesso em 05 de junho de 2010.

<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1116>. Acesso em 18 de agosto de 2010.

http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/3171/PREGAO_E_A_CORRETA_DEFINICAO_DO_OBJETO_DA_LICITACAO. Acesso em 18 de agosto de 2010.

http://www.tce.ce.gov.br/sitetce/arq/licitacao/editais/EDITAL_06_2010.pdf. Acesso em 18 de agosto de 2010.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, p.

BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, p.75 à 80.

BRASIL. Acórdão 99/2005, Plenário

BRASIL. Acórdão nº. 636/2006, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo

BRASIL. Acórdão nº 2401/2006, Plenário

NOTAS

1 <http://licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=65>

2 Texto de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, inserido no *Jus Navigandi* nº 38 (01.2000)

3 Matéria publicada por meio do Acórdão n.º 1122/2010-1ª Câmara, TC-033.420/2008-5, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.03.2010.