

INDICAÇÃO DE MARCA OU MODELO E VEDAÇÃO DE MARCA OU PRODUTO NA CONTRATAÇÃO DE BENS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

INDICATION OF BRAND OR MODEL AND PROHIBITION OF BRAND OR PRODUCT IN THE CONTRACTING OF GOODS BY THE PUBLIC ADMINISTRATION



Gabriela Verona Pércio

Advogada e consultora em Licitações e Contratos Administrativos. Mestre em Gestão de Políticas Públicas. Atual Vice-presidente do Instituto Nacional da Contratação Pública (INCP). Membro associado do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN). Membro da Comissão de Estudos em Licitações e Contratos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), Professora convidada das pós-graduações em licitações e contratos do Instituto Goiano de Direito (IGD), da Escola Mineira de Direito (EMD) e da Faculdade Polis Civitas – Curitiba/PR. Autora de livros e artigos. Palestrante na área de contratações públicas.

Christianne de Carvalho Stroppa

Advogada na Jacoby Fernandes & Reolon Adv. Associados. Professora, Doutora e Mestre pela PUC/SP. Ex-Assessora de Gabinete no Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Advogada especialista em Licitações e Contratos Administrativos. Membro associado do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), do Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP), do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e do Instituto Nacional de Contratação Pública (INCP). Autora de diversos artigos e palestrante na área da contratação pública.

Sumário: 1. Introdução; 2 Âmbito de aplicação objetiva das regras sobre a indicação e vedação de marca ou modelo. 3. Padronização e indicação de marca ou modelo; 4. Vedação de marca ou produto; 4.1 Requisitos à vedação de marca ou produto; 4.2 Aspectos relevantes à compreensão do instituto da vedação de marca ou produto; 5. Conclusão; Referências.

Resumo: A Lei n. 14.133/2021 permite a indicação e a vedação de marca ou modelo em processos de aquisição de bens. Especialmente a vedação, decorrente de constatações negativas relativas a eficiência e eficácia do produto adquirido durante o uso, é uma inovação com amplo potencial para modificar o cenário de tais contratações, melhorando seus resultados. Entretanto, a disciplina legal é insuficiente e carece de adequada regulamentação, especialmente para definir de que forma será a vedação aplicada, o que garantirá segurança jurídica, em especial, para a contratada que tiver um produto com marca ou modelo vedado. O presente artigo explora, essencialmente, os requisitos para a legalidade da vedação de marca ou modelo, assim como outros aspectos necessários à correta compreensão do instituto, que desponta como ferramenta de extrema relevância para a eficiência e eficácia das contratações administrativas.

Abstract: Law 14.133/2021 allows the indication and sealing of brands in goods acquisition processes. Especially brand sealing resulting from negative findings regarding its efficiency and effectiveness during the use of the purchased product, is an innovation with broad potential to change the scenario of such contracts, improving their results. However, legal discipline is insufficient and lacks adequate regulation, especially to define how the prohibition will be applied, which will guarantee legal certainty, especially for the contractor who has a product with a prohibited brand or model. This article essentially explores the requirements for the legality of trademark sealing, as well as other aspects necessary for a correct understanding of the institute, which is emerging as an extremely relevant tool for the efficiency and effectiveness of administrative contracting.

Palavras-chave: Licitação. Contratação direta. Aquisição de bens. Indicação de marca ou modelo. Vedação de marca ou modelo. Requisitos de legalidade.

Keywords: Bidding. Direct hiring. Acquisition of goods. Brand indication. Brand seal. Requirements.

1 INTRODUÇÃO

Publicada em 1º de abril de 2021, a Lei n. 14.133/2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, revogou integralmente a Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 10.520/2002 e os arts. 1º a 47 da Lei n. 12.462/2011 – disciplinadora do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (inciso II, art. 193).¹

Com um evidente traço peculiar, sem correspondência na Lei n. 8.666/1993, a referida lei possui uma linha mestra baseada na governança das contratações,² a ser necessariamente implementada pela alta administração do órgão ou entidade (parágrafo único do art. 11 c.c. art. 169).³ Consagrada está, portanto, a governança como pilar de eficiência, eficácia e efetividade das contratações públicas.⁴

O planejamento, inerente à ideia de governança das contratações, foi alçado à condição de princípio para a aplicação da lei e de diretriz para a elaboração da fase preparatória, conforme arts. 5º e 18. Nesse espectro, é visível a preocupação da lei com os objetos a serem contratados e com a qualidade do gasto público, buscando alcançar melhores resultados.⁵

Um dos pontos a serem destacados é a possibilidade de indicar, justificadamente, marca ou modelo nas contratações envolvendo compras de bens e, ainda, vedar a contratação de marca ou produto, conforme previsões contidas no art. 41, incisos I e III, respectivamente. A indicação de marca não é propriamente uma novidade, eis que encontrava disciplina também na lei anterior, n. 8.666/1993; porém, a *vedação de marca* é uma novidade de extrema relevância e, se bem aplicada, de grande utilidade para a administração pública. Contudo, as disposições legais acerca desse assunto não são suficientemente claras para superar meandros práticos de sua utilização, como a natureza jurídica do instituto e o procedimento a ser adotado para sua aplicação, eventuais hipóteses recursais, vigência da vedação e reabilitação da marca ou produto, por exemplo. O presente artigo abordará os aspectos desse novo instituto jurídico, suas possibilidades e limites, à luz do regime jurídico administrativo.

1 As empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias continuam sendo regidas pela Lei n. 13.303/2016, com a ressalva contida expressamente no art. 178 da Lei n. 14.133/2021, disciplinadora dos crimes. É o que se verifica do § 1º, art. 1º c.c. art. 185 da NLLC.

2 Governança das aquisições compreende essencialmente o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das aquisições, com objetivo de que as aquisições agreguem valor ao negócio da organização, com riscos aceitáveis. (TCU. Relatório da TC 025.068/2013-0 que deu origem ao Acórdão n. 2.622/2015 – Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes.)

3 “Trata-se de um conceito em construção, cujo escopo vem sendo delineado pelas boas práticas em planejamento e gestão e disseminado por meio de acórdãos e novos normativos infralegais. Em suma, governança nas aquisições refere-se ao conjunto de diretrizes, estruturas organizacionais, processos e mecanismos de controle que visam assegurar que as decisões e as ações relativas à gestão das compras e contratações estejam alinhadas às necessidades da organização, contribuindo para o alcance das suas metas (art. 2º, II da Resolução TCU n. 247/2011).” (BRITO, Isabella. Governança em Contratações Públicas: a transformação passa pelos meios. **Portal L&C**. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_62.pdf. Acesso em: 10 mar. 2024).

4 No âmbito da administração pública federal, esse alicerce que foi sedimentado com a publicação da Portaria Seges/ME n. 8.678/2021, dispondo sobre a governança das contratações públicas no âmbito da administração pública federal, autárquica e fundacional, dispondo em seu art. 6º expressamente que os instrumentos da governança são, entre outros, o Plano Diretor de Logística Sustentável – PLS, o Plano de Contratações Anual, a Política de gestão de estoques, a Política de compras compartilhadas, a Gestão por competências, a Política de interação com o mercado, a Gestão de riscos e controle preventivo, as Diretrizes para a gestão dos contratos e a Definição de estrutura da área de contratações públicas.

5 Forte aliado ao planejamento de compras é a busca do *Best Value of Money*, no sentido de “fazer uma análise de custo-benefício da compra pública, avaliando o retorno que a referida aquisição trará para a Administração” (NÓBREGA, Marcos. Do planejamento das compras. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 449-450).

2 ÂMBITO DE APLICAÇÃO OBJETIVA DAS REGRAS SOBRE A INDICAÇÃO E A VEDAÇÃO DE MARCA OU MODELO

O art. 41 da Lei n. 14.133/2021, em seu *caput*, estabelece que a indicação e a vedação de marca ou modelo poderão ocorrer em “licitação que envolva o fornecimento de bens”. Duas considerações se fazem necessárias: (i) “fornecimento”, no dispositivo, deve ser entendido como sinônimo de “compra”; (ii) a referência a licitação não impede a extensão da regra às contratações diretas.

A lei não define o “fornecimento”, preferindo trazer, em seu art. 6º, inciso X, o conceito de compra: “*toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente, considerada imediata aquela com prazo de entrega de até 30 (trinta) dias da ordem de fornecimento*”. Assim, não há dúvida de que qualquer contratação envolvendo aquisição de bens, seja para compra com entrega imediata ou integral, seja para compra parcelada ou fornecimento continuado, comporta indicação ou vedação de marca ou modelo (i). A *contrario sensu*, as disposições concernentes à vedação à marca ou modelo não podem ser ampliadas para serviços ou para os contratantes, devendo a administração pública valer-se de outras regras caso queira validar, pontuar ou, enfim, considerar em uma licitação a atuação pretérita de uma empresa ou de um serviço.⁶

A expressa referência à licitação não tem o efeito de obstar a indicação ou vedação de marca ou modelo em casos de contratação direta (ii). Sempre que houver justificativa nos mesmos termos das alíneas “a” a “d” do inciso I do art. 41, a indicação de marca ou modelo poderá ocorrer. Da mesma forma, a vedação, uma vez decidida pela administração, obstará sua contratação por qualquer dos caminhos legais, ou seja, por licitação, dispensa ou inexigibilidade.

3 PADRONIZAÇÃO⁷ E INDICAÇÃO DE MARCA OU MODELO

À luz do princípio constitucional da isonomia, a indicação da marca ou do modelo sempre foi algo tormentoso. Desejada fervorosamente por aqueles que fazem uso dos objetos adquiridos por meio de licitações e que sofrem com sua má qualidade, não pode ser sinônimo de restrição indevida à competição, dependendo, no mais das vezes, da existência de processo de padronização devidamente implementado.⁸

A Lei n. 14.133/2021 prevê, em seu art. 40, inciso V, alínea “a”, que o planejamento das compras deverá atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho. Importante destacar, então, que, mesmo não contida no rol do art. 5º da Lei n. 14.133/2021, a padronização é princípio a ser observado pela administração pública.

Por outro lado, a utilização da expressão “deverá”⁹ reflete imposição e torna obrigatória a adoção das providências constantes do elenco, entre eles o princípio da padronização. Portanto, na vigência da

6 HEINEN, Juliano. A “folha corrida” das marcas e produtos – “atestado de vida progressa”. **Observatório da Nova Lei de Licitações – ONLL**, 17 jun. 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/05/13/a-folha-corrida-das-marcas-e-produtos-atestado-de-vida-progressa/>. Acesso em: 10 mar. 2024.

7 Para mais detalhes, ver STROPPIA, Christianne de Carvalho; PÉRCIO, Gabriela Verona. O processo de padronização e o instituto do “carona”. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thaís. **Estudos sobre a Lei 14.133/2021**: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 79-97.

8 Vide Acórdão n. 1.553/2008 – TCU/Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti; Acórdão n. 2.829/2015 – TCU/Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas; Acórdão n. 113/2016 – TCU/Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas; e Súmula n. 270 do TCU.

9 “[...] que está estatuído no art. 15, I não constitui uma faculdade do poder público de imprimir a padronização. O verbo “deverão” denota que o legislador desejou que sempre nas compras fossem atendidos os aspectos relativos ao **princípio da padronização**. Entendemos que a padronização é obrigatória em todos os casos onde existam possibilidades para tanto, inclusive para bens de consumo” (SOUTO MAIOR FILHO, Marcos Antônio. **Princípio e processo de padronização e a utilização de marca**. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 322, 25 maio 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5220>. Acesso em: 10 mar. 2024).

nova lei, a administração deverá justificar a não observância do referido dispositivo legal, explicitando os fundamentos evidenciadores da impossibilidade de sua aplicação. Ademais, a regra força a que toda compra seja avaliada em face do dito princípio, com o intuito de evitar a aquisição de bens diferentes nos seus elementos componentes, na qualidade, na produtividade e na durabilidade, com implicações diretas e imediatas no estoque, na manutenção, na assistência técnica, nos custos, no controle e na atividade administrativa.¹⁰

Padronizar significa igualar, uniformizar, adotar um modelo. Um princípio, por sua vez, indica o básico, o elementar. Assim, deve a administração pública, tomada essa expressão com o sentido lato que lhe é atribuído pelo inciso III do art. 6º da Lei n. 14.133/2021, em todos os negócios para a aquisição de bens, observar as regras básicas que levam à adoção de um padrão que, vantajosamente, possa satisfazer às necessidades das atividades que estão a seu encargo. As compras, portanto, não devem ser simplesmente executadas, mas planejadas e decididas, antes de sua realização, sempre segundo esse princípio e as finalidades de interesse público que se busca alcançar.

Cabe destacar que a Lei n. 14.133/2021 traz uma inovação no tocante à padronização. O § 1º do seu art. 43 estabelece ser “permitida a padronização com base em processo de outro órgão ou entidade de nível federativo igual ou superior ao do órgão adquirente, devendo o ato que decidir pela adesão a outra padronização ser devidamente motivado, com indicação da necessidade da Administração e dos riscos decorrentes dessa decisão, e divulgado em sítio eletrônico oficial”. Significa que um órgão ou entidade poderá, valendo-se de padronização já implementada por outro, decidir padronizar o mesmo objeto, nos mesmos termos. Haverá, pois, um “aproveitamento” do processo de padronização alheio, mediante decisão fundamentada.¹¹

O procedimento, ao que nos parece, é similar à adesão ou carona à ata de registro de preços e enseja cuidados similares. Não se pode perder de vista que a padronização ocorre à luz de interesses específicos de uma dada organização e, por isso, a carona exige prévia avaliação da conveniência e a oportunidade de adotar os padrões estabelecidos pelo órgão ou entidade a cujo processo se pretende aderir. Assim, a administração que pretender aderir a uma padronização preexistente deverá demonstrar, em processo interno, o seu cabimento, considerando as próprias necessidades.

Em síntese, cabe à administração pública, sempre que possível, adotar um modelo entre os vários bens similares encontráveis no mercado ou criar o seu próprio padrão, inconfundível com qualquer dos existentes.¹² Na primeira hipótese, acolherá, conforme o bem, determinadas especificações, uma marca

10 Em parecer dado para a Companhia Vale do Rio Doce, em 25 de novembro de 1994, Toshio Mukai asseverou, tendo como fundamento a Lei n. 8.666/1993: “Ao interpretarmos o dispositivo podemos concluir que o princípio da padronização não é uma mera faculdade conferida pela lei ao administrador. Em absoluto não. Trata-se, sim, de um dever a ele imposto. A padronização é, portanto, a regra que será excepcionada somente quando as condições intrínsecas do bem a ser adquirido impedirem sua execução.” (MUKAI, Toshio. Parecer inédito dado para a Companhia Vale do Rio Doce em 25 de novembro de 1994. **Informativo Licitações e Contratos – ILC**, Zênite, Consulta em Destaque – 628/66/AGO/99).

11 O §1º do art. 43 faz referência expressa à padronização com base em processo de outro órgão ou entidade. Na mesma linha, a possibilidade de utilização, por outros órgãos e entidades, do catálogo eletrônico de padronização de compras e serviços instituído pelo Poder Executivo, prevista no art. 19, inc. II. A “carona” prestigiará a eficiência administrativa e a economia processual, naquelas situações em que o bem padronizado atender o interesse de outro órgão ou entidade, em todas as suas características, mostrando-se igualmente conveniente e oportuna a adoção da sua padronização.

12 Acerca da vantajosidade da padronização, como apontado por Marçal Justen Filho:

- a) é um importante instrumento de racionalização da atividade administrativa, com redução de custos e otimização da aplicação de recursos. Significa que a padronização elimina variações tanto no tocante à seleção de produtos no momento da contratação como também na sua utilização, conservação etc.;
- b) há menor dispêndio de tempo e de esforços na ocasião da contratação, eis que a Administração já conhece as características técnicas da prestação. Não há necessidade de longos exames para selecionar a melhor opção;
- c) todas as contratações posteriores serão efetuadas de acordo com as linhas mestras predeterminadas.
- d) há ganhos no curso da execução do contrato;
- e) os servidores públicos não precisam ser treinados para novas técnicas ou características desconhecidas dos objetos;

ou modelo (bens móveis, p. ex.) ou, ainda, um tipo (alimento, p. ex). Na segunda hipótese, indicará como deve ser o bem desejado.

Tanto a eleição da marca ou modelo como a adoção de um padrão próprio somente podem acontecer mediante prévia e devida justificativa, lastreada, conforme o caso, em estudos, laudos, perícias e pareceres técnicos, em que as vantagens para o interesse público fiquem clara e sobejamente demonstradas, sob pena de caracterizar fraude ao princípio da licitação.¹³ Nada, portanto, pode ficar ao critério subjetivo da autoridade administrativa.¹⁴

Igualmente, a padronização não deve ser utilizada como fim em si mesma, isto é, padronizar por padronizar.¹⁵ Apesar da imposição extraída do referido art. 40, inciso V, alínea “a”, a racionalidade da padronização está nos benefícios que ela pode proporcionar à administração pública, considerando a natureza do objeto e do mercado em que ele se insere, assim como os custos envolvidos. Portanto, padronizar será justificável quando, após analisadas todas as variáveis, for o caminho apto a trazer maiores benefícios.¹⁶

A padronização é tema conexo à indicação de marca ou modelo. Por meio desse processo é possível não apenas padronizar características de certos objetos, mas, também, em algumas situações, a marca ou o modelo dos objetos a serem adquiridos pela administração. Ao se indicar a marca ou o modelo, garante-se a padronização exata dos objetos futuros com aqueles já existentes. Porém, por configurar

f) as providências de conservação e manutenção são idênticas às praticadas no passado;

g) não há necessidade de multiplicação de estoques de peças de reposição, material de consumo etc., eis que esse conjunto de bens pode ser utilizado, de modo indistinto, para a totalidade dos produtos obtidos por meio de contratações. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 295).

Eduardo Azeredo Rodrigues aponta que “A padronização deve ser resultado da experiência da Administração nas aquisições de produtos e utilização de serviços, com vistas a repercutir nas futuras contratações, que deverão ser pautadas pelas constatações predeterminadas. Uma das principais vantagens que a padronização pode proporcionar, sob os aspectos técnico e econômico, é o aproveitamento do *know-how* utilizado na manutenção e conservação dos novos produtos – tendo por paradigma as experiências anteriores – bem como o uso dos mesmos insumos que passarão a atender não só aos antigos equipamentos como a todos os novos, padronizados. Deve-se destacar, entretanto, que padronização não se confunde com escolha de marca, demais de que se admite apenas excepcionalmente a exclusividade de marca, quando for tecnicamente justificável. A padronização tem o objetivo de definir características referentes às especificações técnicas e de desempenho de determinado gênero de produtos que são almejadas pela administração pública, o que pode resultar na conclusão de que determinadas marcas atendem ao tipo de padronização adotado ou, até mesmo, apenas determinado fabricante oferece o produto que se coaduna com os padrões pretendidos. Pode também haver a conclusão motivada e circunstanciada no sentido de que a homogeneidade de produtos adquiridos, ainda que existam similares no mercado, é a única solução que satisfaz ao interesse público, sob as perspectivas da economicidade e eficiência. Nessa última hipótese, óbice não há que a Administração conclua pela escolha de determinada marca, sendo esta a única que ostenta as características compatíveis com a padronização adotada, ou desde que haja justificada necessidade de adoção de apenas uma marca. (RODRIGUES, Eduardo Azeredo. **O princípio da padronização**. Disponível em: https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaDocumento?task=GET_DOCUMENTO&idDocumento=28C27477-71BF-40AC-9261-2B80B4B3048B. Acesso em: 10 mar. 2024).

13 O art. 337-F inserido no Código Penal, pelo art. 178 da Lei n. 14.133/2021, disciplina ser crime “frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório”.

14 Por isso, tem razão Raul Armando Mendes quando ensina que a padronização só deve ser adotada se oferecer real interesse para os serviços públicos, que sua adoção não deve ficar ao alvedrio do administrador e que a falta da comprovação das vantagens pode ensejar a sua anulação administrativa ou judicial e a responsabilização do agente que a determinou. A padronização, seja pela escolha de uma marca, seja pela entronização de um modelo próprio, não pode ser meio, instrumento, para beneficiar ou prejudicar fornecedores. (MENDES, Raul Armando. **Comentários ao estatuto federal das licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 41).

15 Até porque, como ensina Justen Filho, “a Administração deverá ter em vista aquisições passadas e futuras. A padronização aplica-se não apenas a uma compra específica, especialmente quando se trate de bem de vida útil continuada. Ao selecionar o fornecedor para produtos não consumíveis, a Administração deverá ter em vista produtos semelhantes que já integram o patrimônio público, como também deverá prever eventuais futuras aquisições. Somente assim a padronização produzirá os efeitos desejados, consistentes na redução de custos de manutenção, simplificação de mão-de-obra etc.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, *op. cit.*, p. 295).

16 É certo, contudo, que sempre que um mecanismo racionalizador das compras puder ser usado em benefício da administração pública, qualquer bem por ela desejado pode e deve ser padronizado. É a lição que se retira sem maior dificuldade da precisa afirmação de Hely Lopes Meirelles, quando prescreve que “O princípio da padronização impõe que as compras de materiais, equipamentos e gêneros de uso comum na Administração se realizem mediante especificações uniformes, que, dentre outras coisas, busquem compatibilizar a técnica com o desempenho e igualar as condições de manutenção e assistência técnica” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 66.).

uma restrição à competição, a vinculação à marca ou ao modelo precisa se ater às hipóteses legais (art. 41, inciso I) e estar justificada no processo, considerando a natureza dos objetos e os fins a serem alcançados, sendo essencial a demonstração de que a adoção da marca busca apenas atender o interesse público, afastando as predileções ou aversões pessoais do administrador.¹⁷

O art. 40, §3º, inciso III, da Lei n. 14.133/2021 admite a possibilidade de o processo de padronização ou de escolha da marca ou modelo levar a um fornecedor exclusivo. É imprescindível, nesses casos, que sejam verificadas as diferentes soluções existentes e produzidas as justificativas para amparar a escolha da administração, de forma que atenda o interesse público. Não há, pois, reprovação legal à utilização de marca ou modelo como meio de identificação de um objeto escolhido por suas qualidades ou propriedades intrínsecas, mesmo que conduza a uma situação de inviabilidade absoluta de competição. A avaliação deve ser, no entanto, objetiva, podendo se valer da marca como forma de identificação do objeto se tal opção tiver sido baseada em características pertinentes ao próprio objeto, essenciais à satisfação do interesse público envolvido. Embora se entenda que a marca ou o modelo não podem ser a causa motivadora da escolha, admite-se a identificação da marca ou do modelo como meros elementos acessórios, consequência de uma decisão que se fundou em características específicas do objeto escolhido.¹⁸ Nesse sentido, cabe salientar que a vedação à “preferência por marca específica”, constante do §1º do art. 75, tem o sentido de preferência injustificada, de escolha arbitrária, obstando, assim, o direcionamento indevido da contratação direta por inexigibilidade com fornecedor exclusivo de determinada marca ou modelo de produto, sem que exista justificativa pautada no interesse público.¹⁹

4 VEDAÇÃO DE MARCA OU PRODUTO²⁰

Disciplinando também outras situações,²¹ o art. 41 da Lei n. 14.133/2021 trata da possibilidade da vedação à contratação de marca ou produto quando, mediante processo administrativo, restar comprovado que os produtos adquiridos e utilizados anteriormente pela administração, daquela determinada marca, não atendem requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual (inciso III).²²

17 O art. 41, inciso I, prevê a indicação de marca em caráter excepcional, desde que formalmente justificada, em quatro hipóteses: i) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; ii) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração; iii) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for o único capaz de atender às necessidades do contratante; e iv) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo apto a servir apenas como referência.

18 Marçal Justen Filho, ao tratar do tema no contexto da Lei n. 8.666/1993, ensina que “[a] vedação do § 5º (art. 7º) 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” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, *op. cit.*, p. 252).

19 Ao decidir sobre a questão, o TCU tem buscado confrontar a razoabilidade dessa restrição à competitividade com o interesse público. Sua jurisprudência 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. (Vide Acórdão n. 1.547-22/2004 – 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues e TCU. Acórdão n. 300/1998 – 1ª Câmara, Rel. Min.-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.)

20 Em complementação, sugere-se assistir ou ouvir Reverber Podcast #03 – Vedação de contratação de marca ou produto na NLL, produzido pelo Portal L&C. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=4o1xGoJ_RZE. Acesso em: 10 Mar. 2024.

21 A indicação de marca ou modelo, a exigência de amostra ou prova de conceito e a solicitação da carta de solidariedade.

22 “Essa inovação legislativa visa sanar um antigo anseio dos agentes públicos que ficavam à mercê de contratar ou adquirir marcas e produtos notoriamente insuficientes, precários e que não atingiam os objetivos da Administração. Inúmeros são exemplos de produtos que não atingem os requisitos mínimos de qualidade necessários (copos plásticos que derretem, canetas que não escrevem, tinta de impressora que não imprime, entre outros diversos exemplos). Evidentemente que, na elaboração do termo de referência, o agente público busca minimizar tais fatos, descrevendo requisitos mínimos de qualidade para determinado produto. No entanto, tal medida não consegue resolver em definitivo tal questão.” (FREITAS, Cristiano Mansur de. Nova Lei de Licitações: a possibilidade de a Administração vedar a contratação de determinada marca ou produto. **Blog Zênite**, 21 jan. 2022. Disponível em: <https://zenite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-a-possibilidade-de-a-administracao-vedar-a-contratacao-de-determinada-marca-ou-produto/>. Acesso em: 10 mar. 2024.)

A nova regra consiste em um poderoso instrumento para excluir de futuras contratações determinadas marcas ou produtos que apresentaram problemas e dificultaram ou impediram a satisfação do interesse público envolvido na contratação.²³ Seria, por que não dizer, uma indicação de marca às avessas: ao invés de indicar o que a administração deseja, a Lei n. 14.133/2021 permite que ela indique a marca que não aceita. É inegável o avanço na gestão produzido por essa nova regra, ao aproximar o poder público do mundo corporativo da iniciativa privada, porquanto estas têm capacidade para “fugir” de determinadas marcas que se mostram problemáticas.²⁴

O cerne do dispositivo é a ineficácia da marca ou produto adquirido para o “pleno atendimento da obrigação contratual”, comprovada durante a sua utilização. Por atendimento da obrigação contratual não se deve compreender apenas o atendimento objetivo de requisitos expressos no contrato. Esse enfoque pode não ser suficiente para algumas situações concretas, levando a uma injustificada perda de eficácia da norma.

É possível que, mesmo atendendo objetivamente as especificações contratadas, o produto adquirido não possua qualidade suficiente para possibilitar a satisfação do interesse público que foi alvo da contratação. Com efeito, em certos casos, apesar dos esforços da fase preparatória, a descrição do objeto não garante a qualidade, nem mesmo combinada com a análise de amostra, sendo necessário o uso para que ocorram constatações nesse sentido. Por essa razão, a interpretação do dispositivo deve ser ampla, compreendendo-se a possibilidade de exclusão, por meio da vedação, de marca ou produto cuja ineficácia não é aparente, mas intrínseca, caracterizando defeito verificável somente com o uso, prejudicial aos objetivos do contrato.

4.1 Requisitos à vedação de marca ou produto

Para evitar eventual vedação eterna e decorrente de atos incompatíveis com o princípio da impessoalidade, alguns requisitos devem ser observados, quais sejam: (i) a vedação deve incidir sobre o objeto, não sobre a empresa; (ii) a vedação deve se referir a objetos já adquiridos e utilizados pela administração; (iii) a vedação deve se pautar em critérios objetivamente identificáveis e aferíveis; (iv) a vedação deve decorrer de prévio processo administrativo que garanta o contraditório e a ampla defesa; e (v) a vedação deve ser consequência lógica das conclusões obtidas no processo administrativo.

Não resta dúvida de que a vedação incide sobre o objeto contratado (item I), não sobre a empresa contratada ou fabricante. A vedação a marca ou produto não deve ser confundida com a hipótese em que a contratada apresenta objeto diverso do licitado e/ou contratado, em desconformidade com o que foi pactuado, estando, por isso, sujeita às sanções previstas no art. 156 da Lei n. 14.133/2021. Não se trata, portanto, de uma sanção imposta a quem forneceu ou fabricou o produto, mas de uma fundada rejeição, que impede que seja ofertado em futuras contratações promovidas por aquela administração.

A obrigatoriedade de que os objetos já tenham sido adquiridos e utilizados pela administração (item II) é requisito fundamental, eis que o objetivo da reprovação da marca ou produto é, exatamente, evitar nova contratação de objeto que se mostrou insatisfatório. A própria administração, após comprar e usar o objeto, deve ter sido diretamente prejudicada pela ineficiência ou ineficácia do produto adquirido.

23 “A Administração passa a gozar de prerrogativas a fim de mitigar o risco de o suprimento ocorrer em desacordo com as especificações definidas em termo de referência. Fala-se, aqui, de medidas de gestão e de riscos, em face da probabilidade e do impacto de o material fornecido à Administração ser de qualidade, desempenho ou rendimento inferiores à necessária, bem como de concepção estética distinta do almejado” (ACHE, Andrea; FENILI, Renato. **A lei de licitações e contratos**: visão sistêmica: das licitações planejamento e seleção do fornecedor: arts. 1-71. 1. ed. Guarulhos, SP: Format Comunicação Gráfica e Editora, 2022, p. 394).

24 SANTOS, Laércio José Loureiro dos. A nova lei de licitações e o procedimento para proibição de marca. **Migalhas de Peso**, 4 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/349627/a-nova-lei-de-licitacoes-e-o-procedimento-para-proibicao-de-marca>. Acesso em: 10 mar. 2024.

Consequentemente, não parece possível, como regra, que determinado órgão ou entidade pública se utilize de vedação de marca ou produto aplicada por outro.

Observe-se, a propósito, que, apesar de a Lei n. 14.133/2021 prever a possibilidade de carona em processo de padronização, conforme já mencionado, essa possibilidade não abrange a vedação de marca ou produto, por questões intrínsecas a esse instituto. Para que um órgão ou entidade possa vedar uma marca ou produto, será necessário instaurar processo administrativo próprio, a partir de circunstâncias verificadas durante a sua utilização. Não obstante, podem ser cogitadas exceções embasadas em razões científicas ou que não comportem variáveis circunstanciais de uso. Assim, por exemplo, “se determinado Estado da federação atestou idoneamente que um medicamento não possui capacidade de curar certa doença, isso deve ser considerado por outro ente federado”.²⁵ Ou, ainda, se restar devidamente demonstrado que determinada marca de prótese ortopédica gera recorrência de retornos com fraturas pós-operatórias em pacientes, poderá ser considerada imprópria para as aquisições de mais de um órgão ou entidade.

A vedação deve se pautar em critérios objetivamente identificáveis e aferíveis (item III), não comportando avaliações e conclusões embasadas em critérios subjetivos ou imensuráveis. É fundamental que os motivos que levarem à vedação da marca sejam objetivamente compreensíveis, mensuráveis e refutáveis, garantindo o exercício da ampla defesa no processo administrativo e o respeito aos princípios da impessoalidade e da moralidade. Não devem ser admitidos e utilizados critérios que decorram do gosto pessoal, de impressões dos agentes, de suposições não demonstradas durante a utilização do bem. Do mesmo modo, as ocorrências relacionadas à insuficiência ou à inadequação do bem devem ser formal e oportunamente registradas, além de suficientemente respaldadas, com exposição de todas as circunstâncias e razões relevantes, atribuindo, desde logo, consistência à intenção de vedação.

Por se tratar de ato restritivo de direito, em estrita obediência aos preceitos constitucionais, a administração deverá instaurar processo administrativo específico que justifique, ao final, a vedação de uma marca ou modelo (item IV), visando ao pleno atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa (inciso LV, art. 5º da Constituição da República). Mesmo que relacionado a objetos, não a pessoas, sugere-se a instauração de um processo administrativo de vedação de marca ou modelo, tendo como parâmetros, de forma análoga e no que couber, o processo administrativo para apuração de responsabilidade (PAAR), previsto no art. 158 da Lei 14.133/2021, indicando-se, quando pertinente, ao menos um servidor com conhecimento técnico do objeto para compor a Comissão de Vedação.²⁶ É fundamental que o tema seja adequadamente disciplinado em regulamento, servindo de referência para a atuação de agentes públicos e demais interessados.

O processo de vedação de marca ou produto deverá ser iniciado por meio de edital – ou aviso – publicado no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e no sítio oficial da administração, de modo que qualquer empresa, não apenas a que forneceu o produto mediante o contrato administrativo, possa se manifestar. A vedação produz efeitos para além da relação travada diretamente entre a administração e seu fornecedor, afetando a todos aqueles que se virem impossibilitados de ofertar a marca em licitações e contratações diretas com a administração, daí a necessidade de ampla divulgação. Não

25 O exemplo foi extraído de HEINEN, Juliano. A “folha corrida” das marcas e produtos – “atestado de vida pregressa”. **Observatório da Nova Lei de Licitações – ONLL**. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/05/13/a-folha-corrída-das-marcas-e-produtos-atestado-de-vida-pregressa/>. Acesso em: 10 mar. 2024. Destaca-se, contudo, que no entendimento do autor, é “plenamente possível, desde que se respeite o devido processo legal, bem como exista pertinência na contratação. Assim, os produtos adquiridos e utilizados anteriormente e que não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual podem ser comprovados a partir de informações de outros entes públicos”.

26 “Os prazos a serem observados serão – a princípio – aqueles previstos para as sanções do artigo 158 e 158, § 2º, ou seja, 15 dias para a defesa e 15 dias para as alegações finais” (SANTOS, A nova lei de licitações e o procedimento para proibição de marca, *op. cit.*).

obstante, a empresa que forneceu à administração a marca ou produto objeto da vedação deverá ser diretamente notificada, assim como, se possível, o seu fabricante, haja vista o impacto que a vedação lhe poderá causar.

A vedação deve decorrer do processo instaurado, de forma coerente, lógica e racional, evidenciando-se que a marca ou produto não atende os requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual (item V). A decisão deve, portanto, basear-se, absolutamente, nas provas colhidas ao longo do uso e nas informações constantes do processo administrativo.²⁷ Ainda, a decisão deve receber ampla publicidade, “a fim de orientar toda a administração pública e outros fornecedores que eventualmente intentem participar de licitação fornecendo o objeto já vetado”, sendo “adequado que essa publicidade seja feita no portal de licitação de cada órgão”²⁸ e, conforme entendemos, no PNCP.

Possuem legitimidade para apresentar recurso contra a decisão a empresa contratada e qualquer empresa interessada, aplicando-se ao caso o pedido de reconsideração previsto no art. 165, inciso II, da Lei n. 14.133/2021.

Por fim, cabe destacar a obrigatória observância dos princípios da segregação de funções e da impessoalidade, não se admitindo “que a imposição da vedação à contratação seja aplicada por agente público que tenha atuado no âmbito da contratação relativa ao objeto”.²⁹

4.2 Aspectos relevantes à compreensão do instituto da vedação de marca ou produto

Outros aspectos merecem ser destacados para melhor compreensão do instituto da vedação de marca ou produto: (i) a natureza jurídica da vedação; (ii) os impactos da vedação nas licitações em curso e nos contratos já em execução; (iii) o tempo de duração da vedação; e (iv) a reabilitação da marca ou produto perante a administração.

Acerca da natureza jurídica da vedação (i), há que se reconhecer certa similaridade entre os efeitos da vedação a marca ou produto e das sanções administrativas, pois ambas possuem natureza restritiva de direitos, com a diferença de que, no caso daquela, a restrição incide sobre o bem, não sobre a pessoa jurídica,³⁰ causando, por isso, em tese, menor gravame. Contudo, apesar da similaridade apontada, são

27 “Outra hipótese a ser resolvida com o microsistema dos interesses difusos e coletivos: a inversão do ônus da prova na hipótese de hipossuficiência técnica da administração pública em demonstrar a insuficiência tecnológica da marca a ser temporariamente proibida” (SANTOS, A nova lei de licitações e o procedimento para proibição de marca, *op. cit.*).

28 “Para a instauração, prosseguimento e imposição da pena genérica de vedação de marca será o registro junto ao Portal Nacional de Contratações Públicas da mesma forma que serão feitos os registros de licitações. Aliás, a realização de licitações pode – facultativamente – utilizar a plataforma do PNCP. No caso do processo administrativo de vedação de marca, a interpretação sistemática nos leva à conclusão da obrigatoriedade do uso da plataforma do PNCP, seja porque garante mais elevado grau de possibilidade de conhecimento pela marca a ser vedada (e, portanto, do exercício da ampla defesa), seja porque a nova lei de licitações prevê que o catálogo eletrônico de padronização (art. 174, § 3º) deve constar no PNCP e a vedação de marca configura um detalhamento do referido catálogo. Além disso, o PNCP dará acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), motivos que reforçam a necessidade de que todo o procedimento seja feito no seio dessa nova plataforma ou – pelo menos – encaminhado após o término do processo administrativo, caso resulte na vedação da marca. É possível (e até provável) que haja um cadastro específico das marcas vedadas já que a proibição de marca não se encaixa – nos exatos termos – às descrições do parágrafo anterior. (HEINEN, A “folha corrida” das marcas e produtos – “atestado de vida pregressa”, *op. cit.*)

29 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 554.

30 “Ainda, deve-se perceber que o inciso III do art. 41 não se confunde com a sanção de impedimento de contratar com o poder público ou com a declaração de inidoneidade (incisos III e IV do art. 156 da Lei n. 14.133/2021). O art. 41 não alberga caso de sanção, porque trata de uma opção técnica por produtos que sejam mais eficientes, deixando-se de adquirir objetos que não se mostraram qualificados. Por conseguinte, o art. 41, inciso III, indica que não se volte a comprar certos bens, enquanto que o art. 156 gera efeitos sancionatórios e impeditivos a pessoas. É dizer: o primeiro tem cunho objetivo e o segundo espectro subjetivo. Veja a diferença: imagine que a empresa “A” forneça refil para impressoras da marca “X”. Esta se mostrou muito ruim, e houve determinação para não mais se contratar esta marca. Contudo, nada impede que a mesma empresa “A” possa participar de novas licitações e fornecer um refil de marca “Y” ou “Z” ou “W”. A mesma fabricante pode possuir produtos de maior qualidade, e não estará impedida de participar de certames – o que não pode é voltar a entregar a marca rechaçada.” (HEINEN, A “folha corrida” das marcas e produtos – “atestado de vida pregressa”, *op. cit.*)

institutos distintos. Não há, como na aplicação de sanção, o objetivo de infligir castigo ao fornecedor em decorrência do descumprimento do contrato, mas, sim, de evitar que a mesma marca ou produto possa vir a ser contratado no futuro. Ainda, para que a vedação aconteça, não se exige a configuração de uma infração contratual, sendo suficiente a insuficiência da marca ou produto adquirido para o alcance dos objetivos pretendidos pela administração. Em outras palavras, mesmo a contratada tendo cumprido com todas as obrigações contraídas por meio do contrato, ou seja, mesmo tendo entregue o objeto contratado, é possível vedar a oferta futura da mesma marca ou produto, em razão de constatações negativas acerca da qualidade, do rendimento e afins, ocorridas durante o uso. Assim, pode-se afirmar que a vedação de marca ou produto é um ato administrativo restritivo de direitos, cujo objetivo imediato é evitar a oferta de marca ou produto que, comprovadamente, não produza os resultados pretendidos ou acarrete prejuízos de qualquer ordem à administração.

Sobre os impactos da vedação de marca ou produto nas licitações em curso e nos contratos já em execução (ii), pode-se afirmar que sua oferta não será aceita, sob nenhuma hipótese, na licitação, mediante expressa previsão em edital. Portanto, a decisão de vedação impacta, diretamente, a fase preparatória e, especialmente, o conteúdo da minuta do edital para a aquisição do referido bem, de modo a preservar os objetivos do instituto e a eficiência da licitação. Já em relação aos contratos em andamento, se a vedação à marca ou produto ocorrer durante a vigência do contrato administrativo, a administração poderá determinar à contratada a alteração da marca ou produto, ponderando, previamente, a eficácia da medida no caso concreto, sem prejuízo de eventuais discussões sobre reequilíbrio econômico-financeiro.

A decisão administrativa de vedação a marca ou produto não poderá produzir efeitos *ad eternum*³¹ (iii), sendo incontestável o dever da administração de possibilitar a reabilitação da marca, a qualquer tempo,³² (iv) por iniciativa de qualquer empresa interessada, mediante ensaios e testes cujos custos serão por ela suportados.³³ Os critérios para a reabilitação deverão estar dispostos de forma clara em regulamento e constar da decisão de vedação, de modo similar ao previsto no art. 163 da Lei n. 14.133/2021.

5 CONCLUSÃO

A Lei n. 14.133/2021 permite a indicação de marca ou modelo e a vedação de marca ou produto em processos de aquisição de bens, em consonância com a nova diretriz de governança nas contratações, o princípio do planejamento e a busca pela qualidade dos produtos adquiridos pela administração pública, com impacto direto na qualidade do gasto público.

A indicação de marca ou modelo não é propriamente uma novidade, pois já era possível no âmbito da revogada Lei n. 8.666/1993. A Lei n. 14.133/2021 praticamente repete condições já admitidas no regime anterior, quais sejam: a necessidade de padronização do objeto, a necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela administração, a ausência de outra marca ou modelo que atenda às necessidades da administração e, por fim, a necessidade de indicação

31 "Não se identificam, na Nova Lei, interstícios limites para a vedação de marca ou de produto. [...] Sem interstício limite, e sem preconizar novos testes do produto ou da marca, em face de requerimento do fornecedor, entrevê-se em um cenário de 'vedação perpétua', o que soa descabido, dando azo a previsível judicialização. A revisão periódica da decisão da vedação, seja de ofício, seja mediante pleito do fornecedor ou revendedor, é prática a ser cevada e absorvida, seja mediante regulamentação, seja mediante futura jurisprudência" (ACHE, Andrea; FENILI, Renato. **A lei de licitações e contratos**, *op. cit.*, p. 402-403).

32 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**, *op. cit.*, p. 555.

33 "Então, consideramos que pode existir uma reabilitação do contratado a qualquer momento, desde que prove, cabal e tecnicamente, que o produto deixa de apresentar vícios e passa a estar dotado de suficiente qualidade. Esta reabilitação deve ser feita perante os técnicos da administração pública, aos quais cabe formular parecer neste sentido." (HEINEN, A "folha corrida" das marcas e produtos – "atestado de vida progressa", *op. cit.*).

para melhorar a compreensão da descrição do objeto, caso em que a marca ou o modelo serão meras referências.

Contudo, o assunto sempre trouxe dificuldades, especialmente relacionadas à observância do princípio da isonomia, com risco de restrição indevida da competição e direcionamento da licitação ou contratação direta. Sendo assim, o presente artigo procurou delinear alguns aspectos fundamentais à indicação da marca, repisando concepções anteriores e ainda válidas e atentando para situações que precisam ser observadas diante do novo texto legal. Tratou, também, brevemente, da padronização de bens, tema correlato à indicação de marca, destacando aspectos fundamentais para a sua compreensão.

A vedação de marca ou produto, por outro lado, é uma inovação sem precedentes. Impossibilitar nova oferta de produto de determinada marca ou produto que demonstrou ser ineficiente e ineficaz para o alcance dos resultados pretendidos pela administração é medida com amplo potencial para melhorar radicalmente o cenário das aquisições públicas. A previsão legal expressa traz segurança jurídica, mas é demasiadamente sucinta; em verdade, uma mera referência no inciso III do art. 41 da Lei n. 14.133/2021, carecendo, portanto, de adequada regulamentação. Diante disso, o presente artigo buscou explorar e trazer luz sobre o novo instituto, especialmente no tocante aos requisitos legais e ao processo administrativo que culminará na decisão administrativa.

Nesse sentido, podem ser elencados os seguintes requisitos para a vedação de marca ou modelo pela administração pública:

- (i) a vedação deve incidir sobre a marca ou produto, não sobre a empresa contratada;
- (ii) a vedação deve se referir a marcas ou objetos já adquiridos e utilizados pela administração;
- (iii) a vedação deve se pautar em critérios objetivamente identificáveis e aferíveis;
- (iv) a vedação deve decorrer de prévio processo administrativo que garanta o contraditório e a ampla defesa; e
- (v) a vedação deve ser consequência lógica das conclusões obtidas no processo administrativo.

Ainda, afiguram-se aspectos relevantes para a compreensão do instituto, conforme demonstrado neste artigo:

- (i) a natureza jurídica da vedação;
- (ii) os impactos da vedação nas licitações em curso e nos contratos já em execução;
- (iii) o tempo de duração da vedação; e
- (iv) a reabilitação da marca ou produto perante a administração.

Em conclusão, é possível afirmar que os institutos da indicação e da vedação de marca ou produto devem ser vistos como ferramentas ao alcance da administração pública para a melhoria de suas aquisições, mas precisam ser utilizados com cautela e assertividade. No especial caso da vedação de marca ou produto, uma boa regulamentação é necessária, trazendo as regras a serem seguidas na elaboração dos documentos da fase preparatória da contratação e transferidas para os editais e contratos, objetivando a clareza de tais documentos e a transparência dos procedimentos adotados.

Jamais a indicação ou a vedação de marca ou produto poderão ser realizadas de maneira injustificada, ou seja, sem a indicação expressa, formal e suficiente dos motivos que autorizam tal conduta administrativa. Especificamente acerca da vedação a marca ou produto, destaca-se o importante papel do setor requisitante e dos usuários do produto durante a sua utilização, registrando qualquer tipo de problema observado e, sempre que possível, suas consequências. É fundamental que tais ocorrências sejam formal e oportunamente registradas e suficientemente respaldadas, com exposição de todas as circunstâncias e razões relevantes, atribuindo, desde logo, consistência à intenção de vedação. Nesse contexto, todas as razões precisam ser explicitadas, atentando para a adequação dos motivos, que podem ser de natureza técnica, científica ou, até mesmo, empírica.

Diante de motivos suficientes, deverá ser aberto processo administrativo para a vedação de marca ou produto, inaugurado por um edital com ampla divulgação e conduzido por uma comissão designada, em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa a qualquer empresa interessada em obstar a decisão administrativa de vedação, fornecedora ou fabricante. Uma vez decidida pela vedação, a administração afastará de suas contratações a marca ou produto indesejado, descartando-o sumariamente das licitações em que for apresentado, conforme previsto em edital, ou das análises relacionadas às contratações diretas. A qualquer tempo, contudo, poderá ocorrer a reabilitação da marca ou produto, por iniciativa de qualquer interessado e a seu ônus, mediante demonstração do saneamento dos problemas que levaram à vedação.

Sugere-se, por fim, para ampliar a efetividade e o acesso dos interessados à informação, bem como para possibilitar o controle social do processo administrativo de vedação de marca ou produto, a criação, junto ao Portal Nacional de Contratações Públicas, de um cadastro específico das marcas ou produtos vedados pela administração pública.

REFERÊNCIAS

ACHE, Andrea; FENILI, Renato. **A lei de licitações e contratos: visão sistêmica: das licitações planejamento e seleção do fornecedor**: arts. 1-71. 1. ed. Guarulhos, SP: Format Comunicação Gráfica e Editora, 2022.

BRITO, Isabella. Governança em contratações públicas: a transformação passa pelos meios. **Portal L&C**. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_62.pdf. Acesso em: mar. 2024.

FREITAS, Cristiano Mansur de. Nova lei de licitações: a possibilidade de a administração vedar a contratação de determinada marca ou produto. **Blog Zênite**, 21 jan. 2022. Disponível em: <https://zenite.blog.br/nova-lei-de-licitacoes-a-possibilidade-de-a-administracao-vedar-a-contratacao-de-determinada-marca-ou-produto/>. Acesso em: mar. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

HEINEN, Juliano. A “folha corrida” das marcas e produtos – “atestado de vida pregressa”. **Observatório da Nova Lei de Licitações – ONLL**, 17 jun. 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/05/13/a-folha-corrida-das-marcas-e-produtos-atestado-de-vida-pregressa/>. Acesso em: mar. 2024.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MENDES, Raul Armando. **Comentários ao estatuto federal das licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MUKAI, Toshio. Parecer inédito dado para a Companhia Vale do Rio Doce em 25 de novembro de 1994. **Informativo Licitações e Contratos – ILC**, Zênite, Consulta em Destaque – 628/66/AGO/99.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NÓBREGA, Marcos. Do planejamento das compras. *In*: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; TAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Nova Lei de Licitações: um museu de novidades? **Consultor Jurídico**, 23 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades>. Acesso em: mar. 2024.

REVERBERE Podcast #03 – Vedação de contratação de marca ou produto na NLL, produzido pelo Portal L&C. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=4o1xGoJ_RZE. Acesso em: mar. 2024.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. **O princípio da padronização**. Disponível em: https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaDocumento?task=GET_DOCUMENTO&idDocumento=28C27477-71BF-40AC-9261-2B80B4B3048B. Acesso em: mar. 2024.

SANTOS, Laércio José Loureiro dos. A Nova lei de licitações e o procedimento para proibição de marca. **Migalhas de Peso**, 4 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/349627/a-nova-lei-de-licitacoes-e-o-procedimento-para-proibicao-de-marca>. Acesso em: mar. 2024.

SOUTO MAIOR FILHO, Marcos Antônio. Princípio e processo de padronização e a utilização de marca. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 322, 25 maio 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5220>. Acesso em: mar. 2024.

STROPPIA, Christianne de Carvalho. Artigos 1º a 4º. *In*: DAL POZZO, Augusto; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (Coord.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/21. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

STROPPIA, Christianne de Carvalho; PÉRCIO, Gabriela Verona. O Processo de Padronização e o Instituto do “carona”. *In*: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thaís. **Estudos sobre a Lei 14.133/2021**: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: JusPodivm, 2021.