REVISTA FAPAD
OPEN ACCESS
E-ISSN: 2764-2313
REVISTA DA FACULDADE PAN-AMERICANA DE ADMINISTRAÇÃO E DIREITO

A POSSIBILIDADE DE INDICAÇÃO DE MARCA À LUZ DAS LEIS 8.666/93 E 14.133/21 E O DIRECIONAMENTO ILÍCITO EM EDITAIS DE LICITAÇÕES

***Bruna Luiza Gosch*[1]**
***Bruno Alexander Mauricio*[2]**
***Kennedy Josué Greca De Mattos*[3]**

RESUMO

Objetivo: Analisar comparativamente as Leis 8.666/93 e 14.133/21 quanto à possibilidade de indicação de marcas em editais de licitação pública, discutindo as hipóteses legais, os riscos de direcionamento ilícito e as implicações jurídicas associadas.

Método: Pesquisa qualitativa, com base em revisão bibliográfica, análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Casos práticos e acórdãos de tribunais de contas foram examinados para ilustrar a ocorrência de direcionamentos indevidos e suas sanções.

Resultados: A nova Lei de Licitações ampliou as hipóteses legais para indicação de marcas, desde que tecnicamente justificadas. No entanto, a prática revelou brechas que podem ser utilizadas para fraudar licitações, frustrar a competitividade e violar princípios como isonomia e economicidade. Diversos casos demonstraram a responsabilização de agentes públicos e empresas envolvidas.

Conclusão: Embora a legislação atual permita a indicação de marcas em situações excepcionais, seu uso exige rigor técnico e legal para não configurar direcionamento ilícito. O agente público deve fundamentar detalhadamente a escolha e garantir ampla concorrência, sob pena de responsabilização administrativa, civil e penal.

Palavras-chave: Licitação. Indicação. Marca. Direcionamento; Ilícito.

Rev. FAPAD
e-ISSN: 2764-2313
Recebido: 27.10.2024
Aprovado: 20.12.2024
https://doi.org/10.37497/revistafapad.v5id.article.124

[1] Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR, Paraná, (Brasil).
[2] Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, (Brasil). Professor do Centro Universitário Unidombosco, Paraná.
[3] Doutorando e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL, Paraná, (Brasil). Juiz de Direito do Estado do Paraná.

THE POSSIBILITY OF TRADEMARK INDICATION IN LIGHT OF LAWS 8,666/93 AND 14,133/21 AND ILLICIT TARGETING IN BIDDING DOCUMENTS

ABSTRACT

Objective: To compare Laws 8.666/93 and 14.133/21 regarding the indication of brands in public procurement, examining the legal framework, risks of unlawful targeting, and the legal consequences associated with misapplication.

Method: This qualitative study is based on bibliographic review and legal, doctrinal, and jurisprudential analysis. Real-world cases and rulings by audit courts were reviewed to illustrate illicit practices and related penalties.

Results: The new Public Procurement Law (14.133/21) expanded the permissible conditions for brand indication when technically justified. However, misuse has led to fraud, limited competition, and breaches of key procurement principles such as equality and cost-effectiveness. Several cases involved sanctions against public agents and participating companies.

Conclusion: Although brand indication is legally allowed under certain conditions, its application requires strict justification to avoid illicit targeting. Public officials must ensure transparency and fair competition, or face legal, administrative, and criminal penalties.

Keywords: Bidding. Recommendation. Brand. Targeting. Illicit.

LA POSIBILIDAD DE INDICACIÓN DE MARCA A LA LUZ DE LAS LEYES 8.666/93 Y 14.133/21 Y EL DIRECCIONAMIENTO ILÍCITO EN PLIEGOS DE LICITACIÓN

RESUMEN

Objetivo: Comparar las Leyes 8.666/93 y 14.133/21 en relación con la posibilidad de indicar marcas en licitaciones públicas, evaluando las hipótesis legales, los riesgos de direccionamiento ilícito y sus implicaciones jurídicas.

Método: Investigación cualitativa basada en revisión bibliográfica y análisis legislativo, doctrinal y jurisprudencial. Se estudiaron casos prácticos y fallos de tribunales de cuentas que ejemplifican irregularidades y sanciones aplicadas.

Resultados: La nueva Ley de Contrataciones Públicas amplió las situaciones en que se puede indicar marcas, siempre que haya justificación técnica. Sin embargo, se detectaron abusos que

limitan la competencia, favorecen fraudes y violan principios como la igualdad y la eficiencia. Varios agentes públicos y empresas fueron responsabilizados.

Conclusión: Aunque la legislación permite la indicación de marcas en casos excepcionales, su uso debe estar debidamente fundamentado para no configurar fraude. El agente público debe garantizar la libre competencia y respetar los principios legales, bajo riesgo de sanciones administrativas, civiles y penales.

Palabras clave: Licitación. Indicación. Marca. Direccionamiento. Ilícito.

1 INTRODUÇÃO

Por quase trinta anos a Lei 8.666/93 dominou o mercado Administrativo e em 2021 foi publicada a Lei 14.133/21, também conhecida como a Nova Lei de Licitações.

Com ela foi determinada a revogação, no prazo de dois anos, da Lei 8.666/93, a antiga lei de licitações, e da Lei 10.520/02, também conhecida como a Lei do Pregão, permanecendo nesse meio tempo a vigência de ambas as legislações, sendo de opção do agente público escolher a que regerá o futuro processo licitatório, bem como dispõe o art. 193 e 194[4] da Lei 14.133/21.

Com a nova lei diversas inovações foram trazidas, dentre elas uma que chama muita atenção está contida no art. 41[5], o qual discorre sobre a possibilidade e as hipóteses em que pode haver a indicação de marcas na aquisição de bens.

A Lei 8.666/93, no art. 7º, I[6], faz uma breve referência a quando é possível indicar uma marca na aquisição de bens, sendo essa quando for "tecnicamente justificável", não fazendo mais abordagens quanto ao tema, trazendo inclusive uma contraposição no art. 15, § 7º, I[7].

Devido a essa inovação, uma grande discussão se instalou, vez que a possibilidade de indicação de marcas abre margem para o direcionamento ilícito de itens, podendo vir a ferir diversos princípios da licitação, a população e o erário.

Contudo, apesar de ter chances de desvio da principal intenção, de fato pode haver uma melhoria com a indicação de marcas, prevenindo que nos certames sejam cotados produtos diferentes dos que se pretende adquirir, ou de qualidade inferior, reduzindo o risco de frustrar contratações.

Considerando a relevância do tema, o presente artigo tem por objetivo explorar essa possibilidade que veio com a Nova Lei de Licitações, explicitando os erros que podem ser

cometidos ao fazer o uso indevido desse dispositivo e as sanções previstas para tal, além de citar casos reais em que o direcionamento ilícito ocorreu, mesmo sem a indicação de marca, levando prejuízos ao erário e à população que dependia da aquisição, trazendo à tona os riscos da indicação de marca em descritivos de editais.

2 COMPARATIVO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE INDICAÇÃO DE MARCA, À LUZ DAS LEIS 8.666/93 E 14.133/21

A Lei 8.666/93 possui uma breve citação em relação à indicação de marca, sendo possível nos casos em que for "tecnicamente justificáveis", não mais abordando o tema ou até demonstrando em que hipótese tal justificativa se enquadraria.

Ademais, em análises aos editais de compras divulgados em portais da transparência de diversos municípios ao longo dos anos, é praticamente impossível encontrar descritivos que tragam em seu termo de referência a indicação de uma marca.

Em contraposição ao dispositivo citado e à Nova Lei de Licitações, nos casos de compras por parte da Administração, a Lei 8.666/93 prevê a impossibilidade de indicação de marca.

O art. 15, § 7º, I, dispõe expressamente:

> "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;"

O art. 41, I, da Lei 14.133/21, por sua vez, traz a principal inovação objeto do presente artigo, qual seja, a possibilidade de indicações de marca.

Porém, apesar de estar prevista a possibilidade, nas alíneas desse mesmo dispositivo contém as hipóteses em que o edital poderá, expressamente, indicar uma marca para a aquisição em vista, conforme consta:

> "Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente:
> I - indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:
> a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
> b) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração;

> c) quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante;
> d) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência;"

À luz do texto da lei, é cristalino que a Administração não pode apenas determinar uma marca específica pelo simples fato de não querer outra. É necessário que ao fazer a indicação em edital sejam englobadas ao menos uma das hipóteses previstas no art. 41.

Dessa forma, em fase preparatória de uma compra, a Administração deve estudar a real necessidade da aquisição, se existem outras marcas que se assemelhem ao produto desejado, além de correlacionar a necessidade e vontade dessa aquisição específica aos princípios da licitação, para que não ocorram danos desnecessários, tal como dispõe o art. 3°, XI, do Decreto 10.024/2019 e art. 6°, IX, da Lei 8.666/93, conforme segue:

> "Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:
> XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:
> a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:
> 1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;"
> "Art. 6o Para os fins desta Lei, considera-se:
> IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:
> a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
> b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
> c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
> d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
> e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

> f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;"

Ainda, nesse tocante, Hanna Ferreira e Gisele Oliveira discorrem na apostila que escreveram para a Escola Nacional de Administração Pública:

> "O termo de referência e o projeto básico são, em resumo, o DNA do procedimento licitatório. Em regra, se algo errado acontecer nesses instrumentos, a contratação padecerá de algum vício."[8]

A primeira hipótese de possibilidade de indicação de marca consta na alínea "a", prevendo a necessidade de padronização do objeto. O processo de padronização deve ser realizado pela Administração e consta no art. 43 da nova lei. Cumpre ressaltar que a padronização do objeto tem que ser devidamente motivada.

Em sequência, a alínea "b" contém a hipótese para os casos em que é necessário se manter a compatibilidade com padrões e plataformas já estabelecidas e utilizadas pela Administração. Tal pressuposto se dá nos casos em que existem maiores benefícios em manter o mesmo meio já utilizado, considerando que a adaptação à uma nova plataforma, por exemplo, pode resultar em maiores prejuízos.

Antes de discorrer sobre a terceira hipótese prevista, em relação à alínea "d", o legislador discorre que a indicação de marca pode ser usada como uma referência, não sendo necessária a aquisição de somente aquela marca em específico, mas sendo possível citá-la no instrumento convocatório para que os licitantes a utilizem como um certo padrão na hora de cotarem seus produtos, fazendo com que a Administração consiga a contratação de um objeto semelhante ou com qualidade até mesmo superior à que visa. Nesse sentido Fabricio Nichele expõe:

> "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."[9]

A alínea "c", por sua vez, discorre sobre a hipótese em que é possível a indicação de marca pela razão de aquela marca (ou até mesmo modelo), ser a única capaz de atender à necessidade.

Essa hipótese é uma das que mais apresenta risco, pois ao fazer citação de uma marca específica, sobre a qual a Administração julga existirem mais de um fornecedor capaz de apresentá-la, a competitividade do processo pode ser frustrada, além de que, muitas vezes, se não houver uma análise aprofundada da real necessidade e do interesse público sobre a aquisição, gastos desnecessários podem facilmente serem atribuídos.

No que diz respeito à esse risco, Antonio Cecílio e Aniello Parziale afirmam:

> "Contudo, é possível afirmar que, havendo uma exigência, sempre haverá uma restrição. Logo, no âmbito da fase preparatória é preciso verificar se a exigência encontra-se em consonância com o princípio da isonomia e, portanto, possui um nexo de pertinência lógica com a finalidade desejada. Nessa hipótese, a exigência será cabível e deverá ser alvo de justificativas por parte do agente público responsável. Exigências simplesmente restritivas de competição, com vistas a unicamente diminuir o número de interessados, ou, até mesmo, direcionar a licitação, são práticas inadmitidas e ilegais, sem prejuízo de apuração de responsabilidades."[10]

A exemplo dessa frustração de competitividade, existem diversas licitações de aquisição de gêneros alimentícios que incluem no rol de produtos algum alimento específico, que assim como previsto na alínea "c", possuem apenas uma marca que o forneça.

Ocorre que muitas vezes as indústrias fabricantes desses produtos, possuem um rol específico de clientes que participam de licitações e não dão abertura à concorrência quando outras licitantes tentam acesso ao produto, existindo casos até mesmo em que a própria fabricante deseja participar da licitação e, portanto, não disponibiliza o produto para nenhuma outra licitante, dessa forma frustrando a competitividade do processo. Esse é o exemplo que se encontra no acórdão do TCU n° 2387/2019 – Plenário (TC 009.818/2013-8), que em relatório decidiu pela anulação do certame, conforme segue:

> "9.4 dar ciência ao Município de Seringueiras/RO de que a especificação de produto/bem, identificada no Anexo I do edital de Pregão Eletrônico 02/CPL/2013, cuja **descrição e características correspondem a modelo exclusivo de determinado fabricante, sem que haja justificativas técnicas para tal exigência**, afronta o disposto nos arts. 3º, caput, e § 1º, e 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993 c/c o art. 9º da Lei 10.520/2002, de forma que deve ser evitada em futuras licitações
> (...)

> 9.5.1. **este Tribunal determinou a anulação do Pregão Eletrônico 02/CPL/2013, em curso na Prefeitura Municipal de Seringueiras/RO**, cujo objeto consiste na aquisição de cultivador motorizado acoplado a enxada rotativa, com recursos do Convênio Siconv nº 761441/2011, uma vez que **o edital do referido pregão previu, sem justificativas técnicas adequadas, especificação de cultivador motorizado acoplado a enxada rotativa "TA49", cuja descrição e características (TA49) corresponde aos modelos exclusivos do fabricante Agritech Lavrale S.A., implicando o direcionamento do certame e a restrição indevida do universo de licitantes**" (Grifo nosso)

Sendo assim, mesmo que o produto conste em mercados, por exemplo, e seja frequentemente visto à venda, ao momento em que licitantes tentam contato com essas indústrias, é recorrente encontrar casos em que as indústrias se recusem a fornecer.

Dessa feita, caso a Administração não faça um extenso e profundo estudo acerca das reais necessidades de sua aquisição e de todas as possibilidades existentes, facilmente poderá ocorrer o direcionamento ilícito do item, conforme afirmou o TCU no acórdão 2829/2015 – Plenário (TC 019.804/2014-8), que dispõe:

> "No planejamento de suas aquisições de equipamentos, a Administração deve identificar um conjunto representativo dos diversos modelos existentes no mercado que atendam completamente suas necessidades antes de elaborar as especificações técnicas e a cotação de preços, de modo a caracterizar a realização de ampla pesquisa de mercado e evitar o direcionamento do certame para modelo específico pela inserção no edital de características atípicas"

Cumpre ressaltar que nem todos os casos em que há indicação de marca/modelo, por esse ser o único capaz de atender às reais necessidades, estarão errados.

Existem diversos produtos no mercado que estão no rol de vendas de diversos fornecedores, com amplo acesso às indústrias e que são únicos, porém a Administração precisa redobrar os cuidados quando utilizar essa hipótese de indicação de marca, pois os riscos e prejuízos podem ser irreversíveis, como ocorreu no caso julgado pelo TCU, em que houve direcionamento à uma marca específica gerando danos graves à Administração, o qual se demonstra através de sumário do acórdão 2613/2019 – Plenário (TC 031.404/2017-0):

> "REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. INDÍCIOS DE DIRECIONAMENTO NO CERTAME. INDICAÇÃO DE MARCA SEM A DEVIDA JUSTIFICATIVA. PREÇOS SUPERIORES AOS DE MERCADO. ADIANTADA FASE DO REFERIDO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. CONFIGURAÇÃO DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA. CONHECIMENTO DA PRESENTE REPRESENTAÇÃO. DEFERIMENTO DA CAUTELAR SUSPENSIVA PLEITEADA PELA UNIDADE TÉCNICA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO COM AS OITIVAS E AS DILIGÊNCIAS."

Em suma, é de extrema relevância que a Administração se atente ao fazer indicação de uma marca em edital de licitação, independente da lei que estará regendo o processo, ou da hipótese em que for utilizada, a fim de não resultar em prejuízos para a própria Administração.

3 OS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO EM CONTRAPARTIDA COM A INDICAÇÃO DE MARCA

Considerando a rigorosidade e formalismo necessário nos processos licitatórios, existem diversos princípios que regem os diferentes tipos de aquisição por parte da Administração.

Tantos são os princípios que não existe uma consistência por parte da doutrina, tal como expõe Di Pietro:

> "Não há uniformidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios informativos da licitação. José Roberto Dromi (1975:134) indica dois: o da livre concorrência e o da igualdade entre os concorrentes; Sayaguéz Laso (1940:52-53) também aponta dois: o da igualdade de todos frente à Administração e o estrito cumprimento do edital; Adilson Abreu Dallari fala em três princípios: os da igualdade, publicidade e rigorosa observância das condições do edital (1973:33); a esses três Celso Antônio Bandeira de Mello (1980:2) acrescenta o da possibilidade do disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores. Hely Lopes Meirelles (2003:265) relaciona maior número de princípios: procedimento formal, publicidade, igualdade entre os licitantes, sigilo das propostas, vinculação aos termos do instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória."[11]

Apesar de existir uma variação na doutrina, a Constituição Federal, no art. 37, XXI[12], e a Nova Lei de Licitações, no art. 5º[13], lista os princípios que devem reger as contratações públicas.

No que concerne à possibilidade de indicação de marca em editais de licitações, existem alguns princípios que necessitam de maior atenção e cuidado, para que não sejam lesados durante o processo, sendo eles o da igualdade, impessoalidade e competitividade.

Nesse diapasão, insta salientar os ensinamentos de José dos Santos Carvalho filhos, que dispõe acerca dos princípios licitatórios:

> "A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a

> todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal. (...) Assim, o princípio da competitividade requer que o processo contenha competição, ou seja, que permita que dentre vários interessados possa a Administração apontar o mais adequado para o contrato. Trata-se, na verdade, de princípio correlato ao princípio da isonomia, em que todos concorrem em igualdade de condições (art. 11, II, Estatuto).”[14]

De fato, a indicação de marca, quando utilizada de forma correta, pode resultar em uma melhor compreensão do que se está por adquirir, tornando o edital mais claro e sendo capaz de até mesmo atribuir uma celeridade maior ao processo, evitando que licitantes cotem produtos que não estejam de acordo com o que se pretende adquirir. Nesse sentido preceitua Marçal Justen Filho:

> “Não é necessário reiterar a ausência de confusão entre os conceitos de padronização e preferência por marca. A padronização pode resultar na seleção de um produto identificável por meio de uma marca. Logo, o resultado será a escolha pela Administração de uma “marca” determinada, a qual será utilizada posteriormente para identificar os objetos que serão contratados. Isso não se traduz em qualquer tipo de atuação reprovável, não infringe à Constituição nem viola a Lei nº 8.666. O que se veda é a preferência subjetiva e arbitrária por um produto, fundada exclusivamente na marca. Não há infringência quando se elege um produto (serviço etc.) em virtude de qualidades específicas, utilizando-se sua marca apenas como instrumento de identificação. No caso, não há preferência pela marca, mas pelo objeto. A marca é, tão-somente, o meio pelo qual se individualiza o objeto que se escolheu”[15]

Ocorre que, a utilização do art. 41, I, c, da Lei 14.133/21, de forma expressa em edital de licitação, a depender da forma em que é colocado, facilmente pode acarretar um descumprimento dos princípios que regem a licitação.

Em casos em que a indicação de marca é feita de uma forma abrangente, a partir de marcas que são amplamente distribuídas e de fácil acesso, ao alcance de qualquer fornecedor que se interesse, sem maiores restrições, realmente pode ser alcançado um resultado superior para a contratação em vista.

Porém, ao fazer indicação de uma marca fabricada por uma empresa específica e que possui um rol específico de clientes, sem que abra margem para outros, ou em que a própria fabricante participe diretamente de licitações, acaba por frustrar a competitividade do processo, trazendo um tratamento não isonômico às demais licitantes que pretendem competir, resultando em uma desigualdade que traz vantagens a uma determinada empresa.

Com essa limitação sendo imposta, a competitividade do processo também é frustrada, podendo chegar a um resultado em que o princípio da economicidade também seja lesado, pois em um processo de disputa de menor preço por item, por exemplo, em que existe apenas um item que atenda ao descritivo do edital, com indicação expressa do mesmo, há uma competitividade reduzida e dificilmente a aquisição terá uma diminuição significativa de valores.

Nesse sentido, em um pregão presencial da prefeitura do município de São Caetano do Sul, houve restrição da competitividade do processo, resultante de um direcionamento de item por apresentar uma só marca capaz de atender ao descritivo, que culminou na frustração do princípio da economicidade, conforme declara ementa do acórdão do TCE-SP n° 042122/026/14:

> "PREGÃO PRESENCIAL E CONTRATO. CESTAS BÁSICAS ALIMENTARES. ECONOMICIDADE DO AJUSTE NÃO DEMONSTRADA. INEXPRESSIVA PARTICIPAÇÃO. PESQUISA DE PREÇOS REALIZADA APÓS CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. DIRECIONAMENTO DE ITEM À MARCA ÚNICA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. IRREGULARES."

Quando ocorre uma limitação dessas, a licitação como um todo é afetada. De acordo com Eros Roberto Grau, nesses casos, os processos não devem ter continuidade:

> "Em todos esses casos deve a autoridade administrativa abster-se de licitar. Insisto em que se trata, aí, de um dever da Administração, não de faculdade sua. O dever de licitar em tais casos não incide. A licitação seria inútil, adversa, pois, ao interesse público"[16]

Para que um processo licitatório seja legal, deve atender aos princípios que o regem e para tanto, faz-se mister que haja um cuidado intenso ao se impor uma marca.

Nesse sentido Celso Antonio Bandeiras de Mello (2004, pg. 497) dispõe "São licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, entre ofertantes".[17]

Dessa forma, em contrapartida com os princípios da licitação, a indicação de marca pode acarretar em prejuízos tanto para a Administração quanto para licitantes e a população em geral, uma vez que, quando tem sua aplicação destoada da possibilidade à qual o legislador teve intenção ao atribuí-la a Lei 14.133/21, pode ocorrer o direcionamento ilícito.

4 O DIRECIONAMENTO ILÍCITO DE ITENS

O direcionamento em licitação, que é quando o redator de um edital, ao fazer uso de descrições demasiadamente específicas, acaba por direcionar à uma marca ou fornecedor específico, é caracterizado como fraude e para que não ocorra, é de suma importância que ao se redigir um edital o agente público se atente às exigências legais, sempre se respaldando nos princípios que regem a licitação, podendo, ao descumpri-la, recair no direcionamento ilícito.

Dessa feita, Themótheo Neto dispõe acerca do direcionamento ilícito, preceituando:

> "Conduta muito comum de direcionamento é a inserção de cláusulas restritivas de participação nos editais, seja com exigências descabidas e impertinentes, seja exigindo especificações que poucos podem satisfazer. A vivência pragmática e diária na rotina das licitações públicas nos mostra que determinadas condutas, por mais sutis que possam parecer, podem dificultar demasiadamente a mais elástica participação de licitantes, comprometendo, em um último momento, o caráter competitivo que deve caracterizar o procedimento licitatório."[18]

Existem diversas formas de se direcionar um edital, seja por exigência de comprovação de condições financeiras infundadas, visitas técnicas restritivas, falta de publicidade do edital, necessidade de apresentação de atestados de capacidade técnica com quantidades demasiadas, dentre várias outras, porém a forma mais comum de se encontrar o direcionamento ilícito em licitação é a partir da restrição do descritivo do objeto a ser adquirido.

Sendo assim, para que seja elaborado um edital isonômico, que atenda ao interesse público e cumpra com o ordenamento jurídico, não pode o agente utilizar-se de descrições excessivas que acabem por restringir a competitividade do processo, tal como dispõe o art. 9º, I, a, da Lei 14.133/21, que veda expressamente essa restrição.

Em respeito disto, um caso recente em que quase ocorreu direcionamento de um item, foi o do pregão presencial n° 80/2022 da prefeitura municipal de Colombo/PR. Dentre os itens licitados, encontravam-se três que, apesar de não possuir indicação de marca, direcionavam diretamente à apenas uma marca capaz de atender ao que se pedia.

Esses itens eram os numerados 163, 165 e 166, correspondentes, em ordem, à "almondegas cozidas e congeladas", "carne de frango em tiras" e "*steak* bovino". Ambos os

itens eram detentores de uma descrição minuciosa da qual somente uma marca poderia ser ofertada, nesse caso, a marca "Minerva".

Observando que se prosseguisse da tal forma ocorreria o direcionamento ilícito desses itens nessa licitação, a empresa "Servi Mais de São José Atacadista LTDA" procedeu com impugnação ao edital, abordando o tema da seguinte forma:

> "(...)são produtos exclusivos fabricados pelo Frigorífico Minerva, que é representado pelo Grupo Master Carnes/Compre Bem/Novilho Nobre/AGL/Pachto (e outras empresas coligadas), e diante da exclusividade que este grupo detém, para que não haja direcionamento de todo o processo licitatório ao grupo referido, os itens abaixo devem ser excluídos da licitação, e caso o município deseje a ainda assim a aquisição deve proceder um processo de compra exclusivo destes itens para que não se perca a competitividade de todo o processo , tendo em vista que estes 03 (três) itens somam pouco mais de R$ 600 mil (...)"[19]

O município, a partir da sua discricionariedade e compreendendo que se mantivesse o edital com o mesmo descritivo levaria o processo ao direcionamento ilícito, respondeu à impugnação cancelando os itens, afirmando "os itens impugnados 163, 165 e 166 serão excluídos do edital"[20]

Tal como especificado no capítulo anterior, é imprescindível que as compras públicas sigam os princípios as norteiam, no caso de licitações que contém o dirigismo, o princípio da competitividade é lesado, frustrando a licitação como um todo, tanto é que Toshio Mukai (1998, p.16) afirma: "Tão essencial na matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluios, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo"[21]

Para que isso não aconteça, a comissão de licitação deve seguir as exigências contidas em lei ao elaborar um edital em fase preparatória, as quais estão descritas a partir do art. 18 da Nova Lei de Licitações.

A exemplo disso, o Tribunal de Contas da União editou a seguinte súmula:

> "SÚMULA Nº 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."

Diversos são os casos em que editais de licitação utilizam de descrição excessivamente detalhada que levam ao direcionamento, e ao utilizar da hipótese contida no art. 41, I, c, da

Lei 14.133/21, fazendo referência direta à uma marca que seja a única que atenda ao desejado, sem que se observe corretamente a possibilidade de ser fornecida por mais de um licitante, o direcionamento ilícito do item pode ocorrer, haja vista a restrição de competitividade. Dessa forma ocorreu no acórdão TC-024104.989.20-7, do TCE-SP, que não deu provimento ao recurso que o município de Adamantina/SP interpôs, alegando que não houve direcionamento ilícito e que acreditava existir compatibilidade de preços no veículo adquirido em licitação. Para o tribunal houve sim o direcionamento e incompatibilidade de preços, conforme colocou:

> "RECURSO ORDINÁRIO. CONTRATO. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO PELA PREFEITURA MUNICIPAL. DIRECIONAMENTO INJUSTIFICADO DO CERTAME PARA VEÍCULOS DE DETERMINADA MARCA E VEÍCULO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DO PREÇO DA CONTRATAÇÃO. IRREGULARIDADE. NÃO PROVIMENTO."

Ainda, caso o redator não tenha o devido cuidado, ao elaborar um edital de licitação sob a hipótese contida na alínea "a" do art. 41 da Lei 14.133/21, a qual prevê a possibilidade de indicação de marca nos casos em que se tenha necessidade de padronização do objeto, também pode ser caracterizado o direcionamento ilícito.

Ao utilizar dessa possibilidade, o agente público deve justificar a necessidade de forma extremamente aprofundada, comprovando a necessidade da indicação feita, pois a indicação de uma marca específica em casos que existem outras passíveis de cumprir com as exigências descritas é mais um caso em que se pode observar dirigismo do certame. Dessa forma compreende o TCU através do acórdão n° 636/2006:

> "(...) 2. 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 (...)"

No que concerne à essa padronização de marca, o art. 43, da mesma lei descreve como deve ser feito o processo, trazendo uma inovação em relação à Lei 8.666/93, contida no § 1º, o qual possibilita a utilização de processo realizado por outro órgão ou ente federativo de igual ou superior nível em relação ao órgão adquirente.

Pode-se afirmar que não são raros os casos em que o agente público agiu com excesso ao preparar a licitação, descrevendo um objeto de forma tão específica que acabou por

restringir sua abrangência, sem que deixasse escolha aos fornecedores, resultando em uma supressão da competitividade no processo. Devido a isso, o TCU proferiu o seguinte acórdão:

> "Abstenha-se de incluir, nos instrumentos convocatórios, excessivo detalhamento do objeto, de modo a evitar o direcionamento da licitação ou a restrição de seu caráter competitivo, devendo justificar e fundamentar tecnicamente quaisquer especificações ou condições que restrinjam o universo de possíveis fornecedores do bem a ser adquirido ou prestadores do serviço objeto do certame. Acórdão 1547/2008 Plenário"

Não são raros ainda, os casos em que o agente público optou por colocar em pauta a compra de objetos que poderiam tranquilamente ser substituídos por outros de mais fácil acesso, e com maior economicidade, melhor atendendo ao princípio da competitividade e ao interesse público.

Dentre tantos casos em que houveram, comprovadamente, o direcionamento ilícito, alguns chamam atenção, como por exemplo o Pregão Presencial nº 001/2005 do Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso, o qual pretendia a aquisição de trinta veículos com motor "VVT-I". Cumpre destacar que o único carro que atendia às especificações do edital era um modelo da fabricante *Toyota*.

Por conseguinte, a partir de um edital restritivo, que direcionou a compra a um fabricante específico, o fornecimento se deu por parte da própria fornecedora *Toyota*, única capaz de atender ao edital, restringindo totalmente a competitividade do processo.

Outro caso que possuía irregularidades no edital, resultando em direcionamento ilícito, foi o do Pregão Presencial nº 133/19, regido pela Lei 8.666/93, publicado pela Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes/SP.

Essa licitação previa a aquisição de pneus e câmaras de ar e decidiu por padronizar o termo de referência do objeto a ser adquirido, fazendo inclusive referência a marcas exclusivamente nacionais, sendo elas a *Pirelli, Goodyear, Firestone, Continental, Dunlop* e *Bridgestone*.

Para o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, houve restrição à competitividade do processo, resultando em direcionamento do item, além de a indicação de marca não ter sido tecnicamente justificável, tal como exige o art. 7º, § 5º da Lei 8.666/93.

O TCE-SP através do acórdão n° 023212.989.19-8 decidiu que o edital não atendeu ao art. 3º da Antiga Lei de Licitações, considerando que a restrição do caráter competitivo do

processo, a partir da exigência de aquisição de produto de procedência nacional, acabou por ferir os princípios da licitação, exigindo a readequação do edital.

Outra forma muito comum de direcionamento ilícito, que causa ainda mais danos à população e ao erário, é quando ocorre o direcionamento de itens concomitantemente com a aglutinação de itens em lotes, que consiste no ato de juntar itens, em tese devem ser de mesma natureza, em um único lote ou em diversos lotes. Por exemplo, em uma licitação para aquisição de materiais de escritório, ao invés de a Administração realizar a disputa de cada item separadamente, ela pode aglutinar esses itens para facilitar a aquisição.

Ocorre que quando existe um direcionamento na licitação que precede de aglutinação de itens, além da diminuição da competitividade do processo naquele item em específico, a partir da aglutinação feita, a licitação inteira fica comprometida, vez que, para fornecer os demais itens da aquisição, o licitante deve fornecer também aquele item específico que está restringindo a sua participação. Geralmente, quando ocorrem essas situações e ainda há tempo para tal, é determinada a correção do edital, bem como indicado pelo TCE-SP no acórdão n° 6228.989.15-8:

> "Exame Prévio de Edital. Aglutinação indevida. Direcionamento de marca e descrição excessiva. Exigência de laudos. Procedência. Correção determinada."

A Prefeitura Municipal de Catanduva/SP, no ano de 2014, publicou o edital do Pregão Eletrônico nº 94/2014. O edital visava a aquisição de gêneros alimentícios, porém, injustificadamente, utilizou-se da aglutinação de itens que não são correlatos entre si.

Cumpre ressaltar que o Tribunal de Contas da União considera a aquisição por itens regra, sendo a aglutinação desses uma exceção, que deve ser justificada, além de necessariamente os itens aglutinados possuírem natureza compatível, conforme dispõe na súmula 247 do Tribunal:

> "É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade."

No referido edital, o município decidiu por aglutinar itens que, apesar de serem do mesmo gênero (alimentício), não eram de natureza compatível. Os lotes misturavam

alimentos de original animal, com alimentos *in natura*, alimentos refrigerados e estocáveis básicos, além de, para alguns itens, possuir descrição excessiva, fazendo com que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a partir do acórdão TC–002637/989/14-6, exigisse a readequação do edital, a fim de não caracterizar o direcionamento do pregão.

O Estado do Paraná, por sua vez, declarou o direcionamento ilícito no edital de Pregão Presencial 66/18 da Prefeitura Municipal de Irati, pela indicação de marca de forma injustificada, que acabou por beneficiar a licitante Publitech Softwares LTDA.

Neste certame, o município pretendia contratar uma empresa para fins de gerência e fornecimento de sistemas informatizados para as secretarias de Irati/PR, porém o edital previa como indicação de marca a *Elotech*, de forma que favoreceu a licitante vencedora, fabricante do sistema da aquisição.

Diante da ilicitude, o TCE-PR, no acórdão n°1288/19 - Tribunal Pleno, determinou que o pregoeiro da licitação pagasse uma multa, conforme prevê o art. 87, IV, da Lei Orgânica do TCE-PR, além de determinar que o contrato não se prorrogasse. Ainda, o Tribunal encaminhou recomendações ao município, dentre elas, uma que versa sobre a realização, preferencialmente, de pregões eletrônicos.

Desse modo, ao se utilizar de indicação de marca em editais de licitação, é de suma importância que o agente público justifique exaustivamente a necessidade, além de não se valer de descritivos extremamente detalhados, para que assim, não caracterize o direcionamento da licitação ao agir de boa-fé.

5 SANÇÕES PELO DIRECIONAMENTO ILÍCITO DE ITENS

O ato de direcionar uma licitação fere diversos princípios, incluindo o princípio da competitividade, de modo que objetiva fraudar o processo e levando à frustração.

A fraude propriamente dita, é um ato intencional, realizado por agentes da Administração Pública, em que, dolosamente, visa obter vantagens ilícitas por meio de ilegalidades e injustiças.[22]

No que diz respeito ao direcionamento ilícito em licitações, o agente público utiliza de meios desonestos para efetuar dirigismo de um ou mais itens, de modo a beneficiar uma

empresa específica, trazendo diversos prejuízos para a população, para o erário e demais empresas que pretendiam realizar o fornecimento de modo justo.

Com a redução de fornecedores em um processo, a partir do direcionamento da licitação, ocorre ao mesmo tempo a redução de chances de obtenção de descontos no item licitado, lesando além da competitividade, o princípio da economicidade. Dessa forma ocorreu em um caso julgado pelo TCU, o acórdão 3059/2020, que dispõe em relatório:

> "REPRESENTAÇÃO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AQUISIÇÃO DE SOLUÇÃO PARA OPERACIONALIZAÇÃO DA CENTRAL NACIONAL DE INFORMAÇÕES PROCESSUAIS E EXTRAJUDICIAIS - CNIPE. IRREGULARIDADES NO PROCEDIMENTO RELACIONADAS À FALTA DE ESTUDOS TÉCNICOS PRELIMINARES À CONTRATAÇÃO. DIRECIONAMENTO PARA MARCA ÚNICA. NÃO IMPLEMENTAÇÃO DA CNIPE. **DESPERDÍCIO DE RECURSOS PÚBLICOS**. AUDIÊNCIA. CESSÃO DO HARDWARE E PARTE DO SOFTWARE AO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. APROVEITAMENTO PARCIAL DO MATERIAL CEDIDO. DANO CARACTERIZADO. IRREGULARIDADES GRAVES. MULTAS. CONVERSÃO DO PROCESSO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CITAÇÕES AUTORIZADAS." (Grifo nosso).

A Lei 8.666/93, no art. 3º, § 1º, I, bem como no art. 9, I, "a", da Lei 14.133/21, vedam que o agente público restrinja ou frustre a competitividade do processo, tornando, dessa forma, ilícito o direcionamento de licitações, devido à fraude existente.

A fraude, por sua vez, era prevista no art. 90 da Lei 8.666/93, que foi revogado pela Nova Lei de Licitações, tendo sua nova redação incluída no art. 337-F do Código Penal. A grande mudança que houve foi com relação à pena privativa de liberdade. Anteriormente era prevista reclusão de quatro a oito anos e agora a pena é de detenção, de dois a quatro anos. Ambas previam pagamento de multa.

Considerando a vedação à *novatio legis in pejus* e a conduta realizada por dirigente de empresa em licitação, de modo a fraudar a mesma, o TJ-PR confere jurisprudência no sentido de:

> "REVISÃO CRIMINAL DE ACÓRDÃO. CONDENAÇÃO DO RÉU PELA PRÁTICA DO CRIME DE FRAUDE À LICITAÇÃO (ART. 90, DA LEI 8.666/93), À PENA DE DOIS (2) ANOS DE DETENÇÃO EM REGIME ABERTO, E DEZ (10) DIAS-MULTA. PLEITO DE DECLARAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO REQUERENTE. REJEIÇÃO. LEGISLAÇÃO MAIS RECENTE QUE NÃO DEIXOU DE TORNAR A CONDUTA CRIMINOSA. AÇÃO QUE CONTINUA TIPIFICADA NA LEGISLAÇÃO PENAL, AGORA NO CÓDIGO PENAL (ART. 337-F, DO CP). LEI MAIS NOVA QUE INCLUSIVE IMPÔS PENAS MAIS GRAVES. ULTRATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE.
> (TJPR - 1ª C.Criminal - 0037503-68.2022.8.16.0000 - Pitanga - Rel.: DESEMBARGADOR MIGUEL KFOURI NETO - J. 13.08.2022)"

Destaca-se que, na esfera penal, mesmo que o ato ilegal não tenha gerado danos ao erário, sendo cometido na forma tentada, ainda será atribuída responsabilidade à quem o fez, tal como o Tribunal de Justiça do Paraná tem decidido:

> "APELAÇÃO CRIME – FRAUDE À LICITAÇÃO NA FORMA TENTADA (ART. 90 DA LEI Nº 8.666/90, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO – DELITO FORMAL SENDO INDIFERENTE PARA SUA CONFIGURAÇÃO A EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO MATERIAL PARA O ERÁRIO – ALEGADA FALTA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO – ACUSADA QUE OFERECE CINCO MIL REAIS PARA SERVIDORA PÚBLICA FACILITAR VITÓRIA DE EMPRESA EM TOMADA DE PREÇOS PARA REFORMA DE UNIDADE DE SAÚDE - DECLARAÇÕES DE TESTEMUNHAS E DEGRAVAÇÃO DO CELULAR DA ACUSADA COM MENSAGENS DO OFERECIMENTO DO DINHEIRO PARA OBTER SUCESSO NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - DOLO EVIDENCIADO- SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
> (TJPR - 2ª C.Criminal - 0001118-22.2019.8.16.0067 - Cerro Azul - Rel.: DESEMBARGADOR FRANCISCO CARDOZO OLIVEIRA - J. 22.08.2022)"

No que concerne aos agentes públicos, é sabido que os mesmos estão sujeitos à responsabilização nas três esferas (administrativa, penal e civil) pelos atos praticados no exercício do cargo, emprego ou função, considerando que sempre existirá a possibilidade de contraditório e ampla defesa. Ressalta-se ainda que os agentes estão sujeitos à aplicação de sanções por atos de improbidade administrativa.

A depender da gravidade do ato ilícito, os envolvidos na prática fraudulenta podem ter diversas penas, que vão desde suspensão à perda do cargo e aposentadoria, bem como atribuição de multa e ressarcimento do dano causado, além de possibilidade de pena privativa de liberdade.

Ainda, são diversos os agentes públicos que podem ser responsabilizados pela fraude que ocorre na licitação em que atuaram, desde os responsáveis pela elaboração do edital, a comissão permanente de licitações como um todo, até o responsável pela homologação do processo. Dessa forma, ao praticar os atos inerentes às suas funções, é imprescindível que todos os participantes se atentem à legislação que regem os procedimentos.

Nesse tocante, Nohara leciona:

> "Os servidores estão sujeitos à responsabilização administrativa, civil e penal por atos praticados no exercício do cargo, emprego ou função. (...) Os servidores estão sujeitos à responsabilização administrativa, civil e penal por atos praticados no exercício do cargo, emprego ou função. (...) A responsabilidade civil do servidor é aquela que se configura quando ele causa dano. A fundamentação desse tipo de

> responsabilidade é encontrada no art. 927 do Código Civil, que consagra a regra segundo a qual todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.(...) A responsabilidade penal decorre da prática de crime ou contravenção por parte do servidor público. Compreende dolo ou culpa, não havendo possibilidade de responsabilização objetiva. A responsabilidade criminal é investigada e posteriormente promovida por quem tem atribuição legal para tanto, que é, via de regra, o Ministério Público, por meio da denúncia no Poder Judiciário de crime contra a Administração Pública."[23]

Destaca-se que os atos dos agentes públicos possuem presunção de legalidade e veracidade, porém quando nota-se a irregularidade do ato, devido ao seu poder de autotutela, a Administração Pública pode revogá-los ou até mesmo anulá-los, sendo feito de ofício ou por provocação.

Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal editou as súmulas n° 346 e 473, conforme dispõe:

> **"Súmula 346 -** A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos."
> **"Súmula 473 -** A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

Isto posto, não necessariamente quando são formulados atos ilícitos, como o direcionamento de uma licitação por exemplo, o Poder Judiciário intervirá, podendo a própria Administração editar o ato, consertando o mesmo e evitando que seus efeitos sejam convalidados, se assim ainda o puder fazer, tal como aborda Nohara:

> "(...) rever as decisões dos inferiores, o que exprime a aptidão da Administração denominada de autotutela, isto é, a possibilidade de a Administração reapreciar os próprios atos, anulando os ilegais e revogando os inconvenientes ou inoportunos, por iniciativa própria (ex officio) ou mediante provocação proveniente de recurso dos interessados. Enfatize-se que a revisão hierárquica somente é possível enquanto o ato não se tornou definitivo para a Administração ou não criou direito subjetivo para o particular;"[24]

Não obstante a responsabilidade dos agentes públicos, as pessoas jurídicas, participantes de licitações que atuam de forma ilegal, também podem ser responsabilizadas pelos prejuízos que causam ao Poder Público.

Para elas, muitas são as sanções passíveis de aplicação, sejam na esfera civil, penal ou administrativa. Na esfera administrativa, ainda podem ocorrer sanções no âmbito municipal, estadual ou até mesmo federal, a depender do que e como é praticado. No que concerne à

responsabilização de pessoas jurídicas quando ocorre a fraude em licitações, Franklin Santos e Kleberson de Souza afirmar:

> "Assim, independentemente de ter vencido a licitação, ter sido contratada ou causado dano ao erário, a empresa poderá ser responsabilizada pela Corte de Contas (art. 46 da Lei nº 8443/92), pela própria Administração, por força do art. 87 da Lei nº 8.666/93 e art. 7 da Lei nº 10.520/2002, ou ainda, pelo Poder Judiciário, na esteira do mandamento legal previsto no art. 12 da Lei nº 8.429.92."[25]

A Nova Lei de Licitações prevê no art. 156[26] em conjunto com o art. 155[27], as possibilidades de sanções administrativas para aqueles que fraudarem ou frustrarem o certame, incluindo os casos em que se tem a inobservância do princípio da competitividade em decorrência de direcionamento ilícito.

Dentre as possíveis sanções, a declaração de inidoneidade é uma das que pode ser mais prejudicial para pessoas jurídicas, tendo em vista que a maioria das empresas participantes em licitações possuem como principal atividade econômica a própria participação nos certames. Ainda de acordo com os autores de "Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes", tem-se que:

> "Dentre as diversas penalidades que podem ser impostas ao licitante fraudador, encontra-se a declaração de inidoneidade, que impede a empresa de participar de novas licitações ou de ser contratada pela Administração Pública."[28]

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, consolidou que os efeitos da inidoneidade são *ex-nunc* com relação aos contratos já firmados, ou seja, desde que os contratos já tenham sido firmados, eles não retroagem, permanecendo com a sua vigência.

Nesse tocante, tem-se a orientação do Mandado de Segurança n° 13.964/DF:

> "A declaração de inidoneidade "só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento"
> (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008)."

Uma empresa que recebe declaração de inidoneidade é impedida de participar de licitações, sendo essa uma sanção pelos atos praticados ilegalmente. Ressalta-se ainda que, mesmo recebendo essa sanção, as empresas não estão ilesas de, concomitantemente, receberem outras sanções, da mesma forma que ocorre com os agentes públicos.

O grande diferencial na atribuição de responsabilidade em relação aos agentes públicos e as empresas licitantes, é que os agentes podem ser responsabilizados em mais de uma esfera pelo mesmo ato, sem que se caracterize o *bis in idem,* bem como leciona Irene Nohara:

> "O jus puniendi realizado no Direito Penal não se confunde com o poder disciplinar, pois este é efetivado no âmbito administrativo e compreende, via de regra, infrações relacionadas com o exercício funcional. Enquanto o Direito Penal é instrumento de controle social e suas sanções são direcionadas às condutas mais gravosas que afetam relevantes bens jurídicos, a sanção derivada do ilícito administrativo se presta a proteger a organização administrativa, sendo voltada a disciplinar o comportamento dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços. A punição disciplinar não tem natureza criminal. Assim, a sanção criminal pode ser aplicada a um servidor pela prática de crime contra a Administração e deste mesmo evento também deve a Administração aplicar a sanção decorrente do ilícito administrativo, sem que ocorra bis in idem."[29]

6 CONCLUSÃO

A Nova Lei de Licitações trouxe consigo uma grande inovação no que diz respeito à possibilidade de indicação de marca em editais de licitação. Enquanto a antiga lei só aceitava tal indicação em casos tecnicamente justificáveis, prevendo o contrário do que a nova lei traz, afirmando existir, na maioria dos casos, sua a impossibilidade.

Dentro dessa inovação, a Lei 14.133/21, anexou um rol de hipóteses em que é possível utilizar a indicação de marca em licitações. Para o legislador, o uso dessa possibilidade pode trazer benefícios à Administração e maior celeridade ao processo, evitando que fornecedores apresentem produtos que estão em desacordo com o que realmente se pretende adquirir.

Ocorre que com a novidade, principalmente no que concerne à alínea "c" do art. 41, é aberta uma brecha para que aconteçam ilegalidades no processo, quando o agente público não observa detalhadamente os requisitos e sem que fundamente devidamente a sua necessidade.

Caso o edital de licitação seja elaborado sem se atentar devidamente aos requisitos que o dispositivo legal pressupõe, facilmente ocorrerá o direcionamento da licitação.

O agente público que estiver agindo de má-fé pode facilmente usar dessas brechas para direcionar a licitação, alegando que um produto é amplamente fornecido por diversas empresas, quando na realidade não é, por exemplo.

Ainda, pode o agente público acabar por utilizar de fundamentações vagas e com pouco respaldo na hora de informar que apenas uma marca é capaz de atender às necessidades da contratação.

Além disso, essa possibilidade de indicação de marca, em específico, abre margem para que agentes públicos atuem em conluio com empresas privadas, a fim de criar um edital que contenha o dirigismo para que obtenha o superfaturamento da licitação.

Considerando que existem diversas formas de utilizar inadequadamente esse dispositivo legal, é necessário que o agente público que age de boa-fé fundamente exaustivamente a real necessidade na hora de realizar a indicação de marca.

Para que não recaia no direcionamento, deve ainda realizar estudos extensos sobre a marca que visa indicar os possíveis fornecedores, se atentando para a possibilidade de a própria indústria fabricante querer participar do certame podendo negar o fornecimento de seu produto a outras empresas.

O edital deve ser preciso, sem conter um descritivo de item exacerbado, com mais detalhamento do que o necessário à sua compreensão, precisando ser devidamente justificado, caso contrário, incidirá o direcionamento ilícito da licitação.

O direcionamento ilícito constitui fraude em licitação, principalmente por frustrar os princípios das contratações públicas. O princípio que mais é lesado no direcionamento é o princípio da competitividade, visto que, ao cometer o ato ilícito, existe a impossibilidade de participação de outras concorrentes no certame.

Ao ferir o princípio da competitividade, é também lesado, além de outros, o princípio da economicidade, pois quanto menos concorrência houver, menos reduções de valores existirá na licitação.

Em licitações onde o direcionamento ilícito foi configurado, observou-se diversos prejuízos causados ao erário e à população e tendo em vista a seriedade das perdas que podem advir dessa prática, o direcionamento é constituído como fraude, tendo inclusive aumento de pena com a Nova Lei de Licitações.

As sanções previstas para o direcionamento de itens em licitação são severas e são aplicáveis tanto para o agente público, quanto para empresas que agem de má-fé, contendo diversas formas de aplicabilidade, tanto na esfera administrativa, quanto nas esferas penal e civil.

Considerando o exposto, a inovação que trouxe as hipóteses de indicação de marca são de extrema relevância e visam grandes benefícios à Administração, principalmente no que diz respeito à celeridade do processo, uma vez que a maioria das licitações demoram meses até serem concluídas.

Destarte, a mudança na legislação geralmente tem o efeito de gerar dúvidas, porém o art. 41 da Lei 14.133/21 veio como forma de complementar a antiga lei de licitações, trazendo mais facilidades às contratações públicas, principalmente no que se refere à padronização.

Todavia, ao decidir utilizar as novas hipóteses previstas, o agente público deve se valer de extremo cuidado e fundamentação, para que não seja mal compreendido e não frustre a licitação, tornando-a fraudulenta.

Ademais, caso ocorra um certo direcionamento, porém ainda não tenha sido aberta a licitação, o agente público pode se valer da autotutela, a fim de corrigir os possíveis erros que levaram ao mau entendimento do edital publicado, evitando prejuízos que poderiam existir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Obras públicas:** recomendações básicas para contratação e fiscalização de obras públicas. 2. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2009.

CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte; SANTANA, Jair Eduardo. **Termo de Referência, O impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações públicas e contratos.** 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERREIRA, Hanna; OLIVEIRA, Gisele Aparecida Gonçalves. **Elaboração de termo de referência e projeto básico**. Apostila. ENAP, Brasília, 2015. Disponível em <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2364/1/Apostila%20Elabora%c3%a7%c3%a3o%20de%20T%20de%20Referencias%20e%20Projetos%20%282%29.pdf>. Acesso em: 23 out. 2022

FILHO, José dos Santos C. **Manual de Direito Administrativo**. Disponível em: Minha Biblioteca, (36th edição). Grupo GEN, 2022.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009

GRAU, Eros Roberto. **Inexigibilidade de licitação: aquisição de bens e serviços que podem ser fornecidos ou prestados por determinado agente econômico**. RDP 100/29

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos:** (atualizados de acordo com a Lei Federal n. 12.349/2010). 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

Mello, Celso Antônio Bandeiras de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos.** 11 .ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Mukai, Toshio. **O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1998.

NICHELE, Fabricio Daniel. A indicação da marca na hora de elaborar a descrição do item dentro da modalidade pregão presencial. **Revista do TCU**, Brasília, DF, ano 47, n. 134, pg. 36-41, Set/Dez. 2015.

NOHARA, Irene Patrícia D. **Direito Administrativo**. Disponível em: Minha Biblioteca, (11th edição). Grupo GEN, 2022.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública.** 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Disponível em: Minha Biblioteca, (35th edição). Grupo GEN, 2022.

PIRES, Antonio Cecílio, M. e Aniello Parziale. ***Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de Abril de 2021*.** Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2022.

SANTOS, Franklin Brasil; Souza, Kleberson Roberto de. **Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

THEMÓTHEO NETO, Juarez Furtado. **Atos de improbidade administrativa no procedimento licitatório.** Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29830/1/2010_tcc_jfthem%C3%B3theoneto.pdf> Acesso em: 21 out. 2022.