

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Luciani Coimbra de Carvalho

**A configuração jurídica das compras governamentais por padronização como
concretização do princípio da eficiência**

DOUTORADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2012**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Luciani Coimbra de Carvalho

**A configuração jurídica das compras governamentais por padronização como
concretização do princípio da eficiência**

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação da Prof^ª. Doutora Dinorá Adelaíde Musetti Grotti.

**SÃO PAULO
2012**

BANCA EXAMINADORA

Em memória de minha mãe.

AGRADECIMENTOS

À minha família, meu sustentáculo.

Aos meus amigos que coloreem os meus dias com as suas presenças.

Aos meus colegas que fazem do escritório o meu lugar.

Aos professores da PUC/SP por me tornarem professora.

Aos meus alunos por me tornarem aprendiz.

À minha orientadora, meu guia.

A UCDB e UFMS pelo apoio na realização do doutorado.

“Escrever é procurar entender, é procurar reproduzir o irreproduzível, é sentir até o último fim o sentimento que permaneceria apenas vago e sufocador.”

Clarice Lispector

A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS POR PADRONIZAÇÃO COMO CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Luciani Coimbra de Carvalho

RESUMO

O trabalho tem por tema central a padronização das compras governamentais vista como instrumento de concretização da eficiência. Os objetivos são investigar a configuração jurídica, analisar o arcabouço constitucional que lhe confere supedâneo, observar o seu procedimento, levantar os principais obstáculos para a sua eficácia e apresentar contribuições ao procedimento com intuito de conferir eficiência às compras governamentais, em consonância com os princípios constitucionais, especialmente da isonomia. É de natureza bibliográfica exploratória com opção pelo método positivista com forte amparo no constructivismo lógico-semântico. Identificam-se os traços caracterizadores, hipóteses de aplicação, bem como as visões que limitam o âmbito de atuação da padronização interferindo na sua efetiva concretização. As questões jurídicas relacionadas ao arcabouço constitucional são estudadas, analisando-se os pontos de tensão entre os princípios da eficiência, isonomia e a padronização para verificar se existem impedimentos constitucionais à sua aplicação. São levantadas e criticadas as principais questões relacionadas ao procedimento concebido teoricamente pelos administrativistas e que limitam sua plena efetivação. A padronização é apresentada como instrumento que harmoniza os princípios da eficiência e isonomia, mas cujo procedimento precisa ser repensado. Não se pretende esgotar o tema, mas apresentar novos parâmetros de conformação como contribuição para o desenvolvimento da padronização com o objetivo de torná-la procedimento dinâmico e de uso rotineiro pelos agentes públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Padrão. Padronização. Compras governamentais. Eficiência.

THE JURIDICAL CONFIGURATION OF THE GOVERNMENT PROCUREMENT BY STANDARDIZATION AS A WAY TO CONCRETIZE THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY

Luciani Coimbra de Carvalho

ABSTRACT

The main theme of this work is the standardization of governmental procurement seen as an instrument to concretize the efficiency. The aims are to investigate its juridical configuration, analyze the constitutional framework in which it is based, observe its procedure, enumerate the main obstacles to its effectiveness and present contributions to the procedure in order to achieve efficiency to governmental procurement, according to constitutional principles, especially equality. It is a bibliographic exploratory study with the option to the positivist method with solid basis on logic-semantic constructivism. Its characteristic traits and hypothesis of application are identified, as well as the points of view which limits the standardization, interfering in its effective concretization. The juridical questions related to the constitutional framework are studied, by analyzing the points of tension among the principles of efficiency, equality and the standardization to verify whether constitutional impediments to its application exist. The work raises and criticizes the main questions related to the procedure which was theoretically conceived by experts in administrative law and which limits its full achievement. Standardization is presented as an instrument which harmonizes the principles of efficiency and equality, but whose procedure needs to be rethought. Exhausting the topic is not the objective of the study, but to present new parameters of conformation as a contribution to the development of standardization in order to make it become a dynamic procedure and a routine among public agents.

KEYWORDS: Standard. Standardization. Governmental procurement. Efficiency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PADRONIZAÇÃO DAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS	13
1.1 COMPRAS GOVERNAMENTAIS	13
1.2 PLANEJAMENTO DAS COMPRAS	15
1.3 PADRONIZAÇÃO	21
1.4 OBRIGATORIEDADE DA PADRONIZAÇÃO	25
1.5 PADRÃO	28
1.6 PADRONIZAR: A ARTE DE CLASSIFICAR OS BENS	33
1.6.1 Classe finita de bens composta de marcas diferentes: padronização de especificações	36
1.6.2 Classe finita de bens composta de uma marca oferecida por vários fornecedores: padronização de marca com licitação	38
1.6.3 Classe finita de bens fornecida por produtor exclusivo: inexigibilidade	41
1.6.4 Classe finita de bens: padrão novo	43
1.7 QUESTÕES TANGENCIAIS	44
1.7.1 A padronização e outros <i>standards</i>	44
1.7.2 Padrões existentes no mercado do produto	50
1.7.3 O controle da descrição do objeto pelo TCU	62
1.7.4 A qualidade do produto e a padronização	65
2 PADRONIZAÇÃO, EFICIÊNCIA E ISONOMIA	72
2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	72
2.1.1 Princípios jurídicos	72
2.1.1.1 Critérios adotados pela doutrina	73
2.1.1.2 Posição adotada	76
2.1.2 Princípios constitucionais	85
2.2 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA SOCIAL	91
2.2.1 Princípio republicano	92

2.2.2 Princípio social democrático.....	95
2.2.3 Princípio da eficiência	100
2.2.3.1 Eficiência: diversos sentidos	101
2.2.3.2 Princípio da eficiência: sentido adotado	107
2.2.4 A concretização dos princípios republicano e democrático social a partir do princípio da eficiência.....	110
2.3 CONCRETIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA PELA PADRONIZAÇÃO	115
2.4 A COMPATIBILIZAÇÃO DA PADRONIZAÇÃO COM A ISONOMIA.....	124
2.4.1 Princípio da Isonomia.....	124
2.4.2 A tensão entre eficiência e isonomia	127
2.4.3 A caracterização do produto em conformidade com a dimensão da isonomia nas compras governamentais	130
2.4.3.1 Amplo acesso	130
2.4.3.2 Acesso restrito	133
2.4.3.3 A isonomia na caracterização do produto	144
2.4.4 A compatibilização da padronização com a isonomia	146
2.4.5 A isonomia no procedimento de padronização.....	152
3 PROCEDIMENTO DE PADRONIZAÇÃO	156
3.1 PROCEDIMENTO: OPÇÃO TERMINOLÓGICA.....	156
3.2 CRÍTICAS AOS PARÂMETROS ATUAIS DE EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA NO PROCEDIMENTO DE PADRONIZAÇÃO	164
3.2.1 Crítica à designação de Comissão especial temporária.....	165
3.2.2 Crítica à definição da autoridade competente.....	167
3.3 PARÂMETROS PARA NOVA CONFORMAÇÃO DA COMPETÊNCIA	168
3.3.1 Comissão permanente de padronização	172
3.3.2 Subcomissões técnicas	176
3.3.3 Cadastro e catálogo de produtos	180
3.3.4 Autoridade definida pelas normas organizacionais	183
3.3.5 Regulamentação da lei.....	184

3.4 PROPOSIÇÃO PARA AS FASES DO PROCEDIMENTO DE PADRONIZAÇÃO	187
3.4.1 Iniciativa	189
3.4.2 Instrução	191
3.4.2.1. Coleta de dados	196
3.4.2.2 Relatório final.....	201
3.4.2.3 Manifestação dos fornecedores	203
3.4.3 Decisão	203
3.5 EFEITOS DA PADRONIZAÇÃO.....	205
3.5.1 Prazo	206
3.5.2 Desconstituição do padrão.....	208
3.5.2.1 Termo final.....	208
3.5.2.2 Revisão.....	209
3.5.2.3 Invalidação	210
3.5.2.4 A suspensão do padrão como medida acauteladora	221
CONCLUSÃO.....	224
REFERÊNCIAS	233

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, para atender demandas cada vez maiores e mais complexas da sociedade contemporânea, precisa comprar os bens que serão utilizados no desenvolvimento de suas atividades. O grande desafio é adquirir a um custo razoável bens com qualidades suficientes para atender às necessidades administrativas em um ambiente competitivo.

A padronização tem a finalidade de criar um padrão para o bem que será adquirido nas próximas compras. No decorrer das etapas são levantadas as necessidades administrativas, as compras passadas e o mercado do produto. Os bens existentes no mercado são comparados para, ao final, serem fixadas as especificações do bem que atende às necessidades administrativas com o melhor custo-benefício.

A fixação do padrão precisa estar justificada técnica, administrativa e economicamente como sendo vantajosa. Tais justificativas precisam estar embasadas em relatórios, laudos, pareceres, atas, e outros instrumentos que sirvam de comprovação dos atributos analisados. A padronização, além de caracterizar o bem com precisão, uniformiza as compras durante o prazo de sua vigência, otimiza a aplicação de recurso, reduz tempo e esforços dos servidores por ocasião das compras e gera ganhos no curso da execução do contrato.

Embora a padronização seja vista pela doutrina e jurisprudência do Tribunal de Contas da União como obrigatória e desejada, é de pouca aplicação, o que revela certa perplexidade, pois bastaria aplicá-la sempre que possível como determina a lei, para que a caracterização do bem resultasse de um procedimento no qual a compra foi pensada e planejada, e cujas especificações encontram-se respaldadas em razões técnicas, administrativas e econômicas devidamente registradas.

Por outro lado, é inegável que a caracterização do objeto a ser adquirido assume grande importância e deve representar exatamente o bem que atenda real e suficientemente às necessidades administrativas, de tal forma que não existam dúvidas sobre as suas especificações. Da mesma forma, deve atender à isonomia, sendo vedado ao agente público se utilizar de especificações consideradas excessivas, desnecessárias e irrelevantes.

O que despertou interesse pelo tema foi a possibilidade da padronização se apresentar como solução para a caracterização adequada do objeto, contribuindo para que o produto a ser comprado responda suficientemente às necessidades administrativas. Definido o tema, optou-se por delimitar o seu estudo às compras governamentais por envolver hipóteses de maior aplicabilidade, em função de sua natureza, que normalmente envolve aquisições de mercadorias que se encontram prontas e disponíveis no mercado.

O objetivo do trabalho é investigar a configuração jurídica da padronização das compras governamentais, analisar o arcabouço constitucional que lhe confere supedâneo, observar o seu procedimento, identificar os principais obstáculos para a sua eficácia, e apresentar contribuições com intuito de conferir eficiência às compras governamentais, em consonância com os princípios constitucionais, especialmente a isonomia.

Inicia-se o trabalho com o exame da padronização prevista na legislação de contratações públicas com o escopo de identificar seus traços caracterizadores, suas hipóteses de aplicação, bem como as visões que limitam o seu âmbito de atuação e interferem na sua efetiva concretização.

O segundo capítulo tem como objeto de estudo as questões jurídicas relacionadas ao arcabouço constitucional da padronização. A padronização é apreciada como instrumento que tem por finalidade concretizar o princípio da eficiência no tocante às compras governamentais, sem, todavia, violar o princípio da isonomia. São analisados os pontos de tensão entre os princípios da eficiência, isonomia e padronização, para verificar se existem impedimentos constitucionais à sua plena aplicação.

No último capítulo são identificadas e criticadas as principais questões relacionadas ao procedimento concebido teoricamente pelos administrativistas e que se apresentam como obstáculos à plena efetivação da padronização. Não se pretende esgotar o tema, mas apresentar novos parâmetros de conformação como contribuição para o desenvolvimento da padronização com o objetivo de torná-la procedimento dinâmico e de uso rotineiro pelos agentes públicos.

A pesquisa é bibliográfica exploratória com opção pelo método positivista com forte amparo no *constructivismo lógico-semântico*. Parte-se da visão do direito positivo enquanto conjunto de normas válidas em um determinado tempo e espaço, todavia se aceita a presença de valores no ordenamento jurídico, justamente pelo reconhecimento de que o

homem é um ser cultural e que o direito só existe por meio do homem que emite, interpreta e aplica as normas com o uso da linguagem.

1 PADRONIZAÇÃO DAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS

O presente trabalho tem por objeto a padronização prevista na Lei 8666/93, aplicável às contratações públicas de obras, serviços e compras. Optou-se por circunscrever o objeto de estudo às compras governamentais por envolver as hipóteses de maior aplicabilidade, em função da sua natureza, que normalmente envolve a aquisição de uma mercadoria que se encontra pronta e disponível no mercado.

A lei prevê expressamente o princípio da padronização, que apresenta técnica utilizada pelos agentes públicos para padronizar materiais no caso de compras governamentais, e embora tenha por função realizar o princípio da eficiência, não tem sido plenamente aplicado pela Administração Pública, em virtude da adoção de premissas que precisam ser revistas e que serão tratadas no presente capítulo¹.

1.1 COMPRAS GOVERNAMENTAIS

Na linguagem do GATT, compra governamental significa:

o processo mediante o qual um governo obtém mercadorias ou serviços, ou uma combinação de ambos, ou passa a ter seu uso, para fins próprios e não para venda ou revenda comercial ou para utilização na produção ou no fornecimento de mercadorias ou serviços destinados à venda ou revenda comercial².

Os tratados internacionais utilizam o termo “compra governamental” no mesmo sentido de contratação pública, não diferenciando a aquisição de bens (compra) da prestação de serviços e das obras. A legislação brasileira diferencia as obrigações de dar e fazer, conceituando compra como “toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente” (artigo 6º, III, da Lei 8666/93). Compra não equivale a qualquer aquisição, mas somente àquela que for realizada mediante remuneração, excluindo-se os

1 BRASIL. Lei 8666, de 21 de junho, de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 6 nov. 2011.

2 ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). SICE. Sistema de informação sobre comércio exterior. *Dicionário de termos de comércio*. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/dictionary/GP_p.asp>. Acesso em: 17 mar. 2011.

modos derivados de aquisição tais como dação, permuta, doação, além das formas originárias de aquisição de propriedade tais como acessão, usucapião e desapropriação³.

A preocupação com uma estratégia eficiente de compras tem sido constantemente discutida no âmbito empresarial com a finalidade de redução dos custos operacionais e tem conduzido à adoção de processos sofisticados. Tal situação também se aplica à esfera pública, que tem recorrido inclusive a ferramentas utilizadas pelas empresas privadas quando compatíveis com o regime das compras governamentais⁴. Entre as principais questões relacionadas à eficiência, tem-se o uso de tecnologia de informação, as compras conjuntas e a padronização.

O uso da tecnologia de informação tem se apresentado como um instrumento de otimização da mão-de-obra, pois através do sistema é possível gerar todas as etapas da compra, unificando e uniformizando modelos e procedimentos, o que resulta em uma economia de tempo das pessoas que no passado precisavam redigir cada um dos atos, bem como a diminuição do número de servidores envolvidos no processo. Soma-se a redução da quantidade de papéis, pois além de permitir a transmissão de dados, ainda facilita a integração de vários sistemas na cadeia de suprimentos, o que proporciona maior produtividade e suporte às estratégias organizacionais⁵. O seu uso também permite que fornecedores possam participar dos procedimentos, virtualmente, de qualquer lugar com acesso à *internet*, aumentando a competitividade e reduzindo o custo de participação dos licitantes.

As compras centralizadas ou conjuntas conferem economia de escala ao comprador e passaram a ser utilizadas pelo governo através da adoção de dois instrumentos: Central de compras e Sistema de Registro de Preços. A Central de Compras concentra e unifica as compras do Poder Executivo, Autarquias e Fundações Públicas em um único órgão. Tal medida tem apresentado redução de custo com servidores, estrutura administrativa e propiciado ganhos com a economia de escala ao somar as aquisições. O Sistema de Registro de Preços atende não só a Central de compras, como possibilita a compra conjunta de bens

3 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 111.

4 FERNANDES, Ciro Campos Christo. Transformações na gestão de compras da Administração Pública Brasileira. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Panamá, p. 1-14, 2003, p. 8. Disponível em: <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047330.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

5 SANTOS, Ruthberg. *Pregão Eletrônico: O novo aliado da Administração Pública para redução de custos e garantia da transparência – Estudo de caso do Banco do Brasil, Região Sudeste e Distrito Federal*. XI SEMEAD. Departamento de Administração FEA/USP, p. 1-14, 2008, p. 12-13. Disponível em: <<http://www.ead.fea.usp.br/semead/11semead/resultado/trabalhosPDF/900.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

entre órgãos e instituições diferentes. O seu uso diminui a quantidade de licitações, possibilita a compra em escala e contribui para a gestão de estoques.

As compras conjuntas realizadas principalmente pelo Sistema de Registro de Preços – SRP via Pregão Eletrônico vêm apresentando resultados positivos em termos de custos operacionais e financeiros, entre os principais têm-se: redução do número de licitações (90%), do preço do produto (média de 30%), do volume de estoques (90%), atendimento a demandas imprevisíveis (em até 25%), eliminação de fracionamento de despesas, rapidez na aquisição e ampliação da competitividade⁶. Todavia, para ser realizada a compra conjunta e se obter ganhos reais de escala, há a necessidade da adequada especificação do objeto para evitar a aquisição de produto de baixa qualidade ou que implique grandes mudanças de estoque, manutenção e assistência, representando, ao final da aquisição, um valor muito maior do que a economia alcançada no preço.

1.2 PLANEJAMENTO DAS COMPRAS

A necessidade a ser satisfeita é o desencadeador da contratação pública e somente a sua perfeita identificação é que permite que a solução encontrada se apresente como a mais adequada. A solução do problema pode ser algo que esteja disponível no mercado ou algo que precisa ser produzido.

Uma vez definido o objeto, é preciso selecionar uma pessoa que possua condições de fornecê-lo. O objetivo da compra governamental é o mesmo da particular, ou seja, encontrar alguém no mercado possuidor da mercadoria que satisfaça adequadamente a necessidade existente. A diferença é que a empresa privada possui liberdade para escolher o fornecedor e poder de barganha, já a Administração se encontra obrigada a abrir uma licitação para selecionar o fornecedor da mercadoria que precisa comprar⁷. Por isso é que a compra governamental normalmente se desenvolve em três fases: a) planejamento; b) licitação e c) gestão do contrato⁸.

6 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão presencial e eletrônico*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 81-97.

7 MENDES, Renato Geraldo. *O regime jurídico da contratação pública*. Curitiba: Zênite, 2008, p. 14.

8 MENDES, Renato Geraldo. *O regime jurídico da contratação pública*, p. 11.

Na fase de planejamento, a Administração identifica as suas necessidades, delimita o objeto a ser comprado que atenda melhor às necessidades e define as exigências para a contratação pública. Na segunda fase, realiza a seleção do fornecedor, e na terceira desenvolve atos relacionados à gestão do contrato: a celebração do contrato de fornecimento com o fornecedor e o acompanhamento de sua execução até a sua finalização.

Para Denilson Marcondes Venâncio o planejamento administrativo:

é atividade-meio da função administrativa, que tem começo, meio e fim. Funda-se nos princípios informadores do Direito Administrativo e se destina aos fins de interesse público traçados em lei. Precede sempre à ação, tem por meios o passado, como experiência, o presente, como situação atual, e o futuro como fim. Traçados os fins, a Administração Pública deve agir racionalmente, praticando inúmeros atos preparatórios, estudos, pesquisas, averiguações, exames, vistorias, laudos, diligências, audiências, coleta e armazenamento de informações, pareceres técnicos e jurídicos, discussões sobre a matéria, alocação de recursos financeiros, material e humano, etc., num procedimento prévio de ação conjunta, coordenada, ordenada e integrada, tendente à formulação de planos, programas e projetos⁹.

O planejamento decorre da proibição do Estado de “tomar decisões precipitadas, irracionais, irrefletidas, intempestivas, desnecessárias”. Através dele a realidade é diagnosticada e transformada na desejada¹⁰. É nessa fase que a Administração identifica a sua necessidade, analisa o mercado do produto que pretende adquirir, levanta as questões que envolvem o pós-venda e fixa a relação custo-benefício da compra que se quer realizar. Assim como, define o procedimento a ser seguido para que a aquisição se realize, as condições a serem satisfeitas pelo fornecedor e as cláusulas que irão reger a relação contratual.

É a fase mais complexa e mais problemática, mas que tem ocupado uma posição de menor importância no cenário jurídico. Existem pouquíssimas obras jurídicas destinadas ao planejamento, ao passo em que há grande enfoque na licitação que, das três fases, é a mais simples, pois basta seguir o procedimento exaustivamente previsto na legislação.

Para Renato Geraldo Mendes “historicamente, a contratação sempre foi vista à luz da fase externa (oferta e disputas entre licitantes)” o que fez com que o planejamento fosse ignorado e que se concedesse “pouca importância para a gestão de contrato”, o que conduz à

9 VENÂNCIO, Denilson Marcondes. *O planejamento como fator determinante da boa Administração Pública*. 2010. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 109.

10 VENÂNCIO, Denilson Marcondes. *O planejamento como fator determinante da boa Administração Pública*, p. 109.

conclusão de que não se sabe planejar a contratação e nem fiscalizar o contrato. O autor prossegue em uma constatação irrefutável: o legislador ignorou o planejamento e os aplicadores da lei não conferem importância a ele. Tal situação contribui para que todo o foco se direcione para a “licitação”, relegando o planejamento a uma fase preparatória para a licitação¹¹.

Há necessidade de ser conferida importância ao planejamento, pois a maioria dos vícios que afetam a compra governamental deriva de problemas ocorridos nesta fase. Ele precisa deixar de ser visto como uma preparação ao procedimento licitatório, mesmo porque, somente depois de sua finalização é que se poderá fixar a licitação, pois esta depende da existência de algumas condições, tais como: pluralidade de fornecedores, possibilidade de se fixar uma competição em que se garanta a isonomia dos licitantes e tempo hábil para que o procedimento ocorra.

O planejamento envolve todos os atos relacionados à identificação da necessidade, à definição do objeto e das regras da contratação que são justificados formalmente em documentos que irão compor o procedimento. Segundo Marçal Justen Filho, esta fase se destina a: a) verificar a necessidade e a conveniência da contratação de terceiros; b) determinar a presença dos pressupostos legais para contratação (inclusive a disponibilidade de recursos orçamentários); c) determinar a prática de prévios indispensáveis à licitação (quantificação das necessidades administrativas, avaliação de bens, etc.); d) definir o objeto do contrato e as condições básicas de contratação; e) verificar os pressupostos básicos da licitação, definir a modalidade e elaborar o ato convocatório da licitação¹².

Normalmente é composto da seguinte sequência de atos: a) solicitação de compra; b) estimativa de preço; c) dotação orçamentária; d) autorização para abertura do processo; e) elaboração dos instrumentos; f) análise e aprovação jurídica e g) redação definitiva dos instrumentos.

Inicia-se com a solicitação de compra da autoridade responsável. No pedido, deve-se constar a justificativa da necessidade da compra, a descrição completa do bem, a quantidade a ser adquirida e o regime de execução. Quando já existe a padronização, a descrição ocorre em conformidade com o padrão; nos demais casos, a responsabilidade pela

¹¹ *O regime jurídico da contratação pública*, p. 12-13.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 516-517.

descrição é do solicitante. O que se espera é que a descrição do bem seja realizada em conformidade com o produto-padrão, bastando que o solicitante se utilize da descrição constante do catálogo eletrônico administrado pela comissão de padronização.

Independente da existência de padronização, os quantitativos e o regime de execução são de responsabilidade do setor solicitante. Os quantitativos seguirão o planejamento baseado na estimativa de consumo, conforme a previsão orçamentária para aquela despesa. O artigo 15, §7º, II e III, da Lei 8666/93 fixa que as unidades e quantidades a serem adquiridas deverão ser definidas em função da estimativa do consumo e utilização prováveis que serão obtidos mediante “adequadas técnicas quantitativas de estimação”. Estabelece também, que a Administração deverá analisar as condições de guarda e armazenagem do material com vistas a evitar a sua deterioração. O regime de execução se encontra relacionado diretamente com a utilização do bem. Existem três possibilidades de fornecimento: o integral (fornecedor entrega todo o quantitativo em uma única data); o parcelado (os quantitativos são entregues em parcelas e datas pré-fixadas) e o contínuo (o fornecimento ocorre em fluxo contínuo).

A central ou o setor de compras recebe os pedidos, unifica os quantitativos e realiza a pesquisa de preços com a finalidade de fixar o valor referência da compra. Há recomendação para que sejam consultados três fornecedores no mercado e que o valor fixado represente a média da pesquisa. A estimativa cumpre várias funções: avaliar os preços praticados no mercado; conferir se é caso de licitação ou de dispensa de valor; definir a modalidade licitatória; servir de suporte para verificar a disponibilidade orçamentária e financeira da despesa; funcionar como parâmetro para o julgamento das propostas oferecidas pelos licitantes.

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, para que a pesquisa de mercado tenha validade deverá atender aos seguintes requisitos: atualidade, abrangência, efetividade e qualidade parametrizada. A atualidade se refere à necessidade de que a pesquisa reflita o mercado atual de preços. A abrangência diz respeito à necessidade de atingir o mercado fornecedor, podendo a Administração consultar bancos de dados que contenham tabela de preços de fornecedores. A efetividade se refere à necessidade da pesquisa retratar o comportamento efetivo do mercado de potenciais licitantes, evitando-se preços praticados em mercados informais ou paralelos que não possam gerar contratações. Por último, a pesquisa

deve ser parametrizada na qualidade do produto que se pretende adquirir, destacando-se todos os fatores que influenciam no seu preço¹³.

Fixada a estimativa do valor da compra, o próximo passo é verificar a existência de recurso financeiro para a despesa. A indicação dos recursos orçamentários é obrigatória por determinação expressa do artigo 14, da Lei 8666/93, uma vez que só é possível a contratação mediante a constatação de previsão de recursos orçamentários com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica, sob o risco de nulidade da licitação e do contrato administrativo. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) “é de se reconhecer que a Lei 8666/93 tem como efetivamente grave e passível de anulação a compra realizada sem a indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, consoante o art. 14”¹⁴.

O próximo passo é a autorização da compra emitida pelo ordenador de despesas. É um ato formal que significa que a autoridade competente avaliou a necessidade da compra daquele bem, confirmou a existência de recursos orçamentários e concordou com a sua realização conforme o previsto no art. 38, *caput*, da Lei 8666/93.

Os documentos devem ser autuados e numerados em sequência a partir da capa, com identificação própria em ordem sequencial. Posteriormente ocorre o envio para a comissão permanente de licitação que será responsável pela redação dos instrumentos, em caso de licitação, pela redação da minuta do instrumento convocatório e do contrato (ou instrumento equivalente), bem como de seus anexos.

A Lei 8666/93 fixa em seu artigo 40, os requisitos para a redação do instrumento convocatório e no artigo 55, as cláusulas necessárias dos contratos administrativos. Ambas as minutas possuem normas gerais e comuns a quaisquer procedimentos licitatórios e aos contratos administrativos e normas especiais que variam conforme a licitação e o contrato a ser celebrado. Fernando Viegas Marinho propõe a seguinte divisão estrutural: a) Parte I – Normas especiais (objeto; modalidade, tipo da licitação e regime de execução de seu objeto; prazo de recebimento de propostas e data de início de julgamento; condições para habilitação; propostas de preços; julgamento das propostas; preço orçamentário de referência; prazo de

13 *Sistema de Registro de Preços e Pregão presencial e eletrônico*, p. 383-386.

14 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.034/2005*. 1ª Câmara. Relator Marcos Vinícios Vilaça. Sessão 29/11/2005. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 7 mai. 2011.

execução e de vigência; fonte de recursos); b) Parte II (regras de procedimento; recursos administrativos; impugnação do edital) e c) Parte III (peças integrantes do contrato; direitos e responsabilidades das partes; recebimento do objeto contratado; fiscalização; cessão do contrato e subcontratação; condições de medição e de pagamento; reajustamento de preços; rescisão e penalidades; resolução; publicidade; responsabilidade civil, e tributos, obrigações trabalhistas e previdenciárias)¹⁵.

Após a redação da minuta do instrumento convocatório, do contrato e dos anexos, ocorre o envio para a assessoria jurídica, que tem a função de verificar o cumprimento dos requisitos legais até esse momento e analisar as minutas dos instrumentos em conformidade com o artigo 38, parágrafo único, da Lei 8666/93. Aprovadas as minutas pela assessoria jurídica, elaboram-se os documentos definitivos, agenda-se a data para a abertura do procedimento licitatório e redige-se o aviso de licitação que será enviado para a divulgação, encerrando-se essa fase. Em caso de contratação direta, a vinda da assessoria jurídica faz com que seja redigida a minuta definitiva do contrato e que o mesmo seja enviado para o ordenador de despesas.

A fase de planejamento assume importância ainda maior nas licitações realizadas através do pregão, tendo em vista a existência do Termo de referência, instrumento específico destinado a garantir informações em relação ao objeto pretendido, as quais devem subsidiar todos os atos subsequentes, em especial a consulta de preços, a elaboração do instrumento convocatório e a gestão e fiscalização do contrato.

Embora a Lei Federal 10.520/02 não traga qualquer menção expressa ao termo de referência, denota-se sua imprescindibilidade a partir da simples leitura e interpretação sistematizada do art. 3º, I, II e III do referido diploma legal. Tanto é assim que os decretos regulamentadores acabaram fazendo previsões ao termo de referência de maneira objetiva, conforme art. 8º, I até IV do Decreto 3.555/2000 (pregão presencial) e 9º, I até IV, do Decreto 5.450/05 (para o pregão eletrônico).

15 MARINHO, Fernando Viegas. *Licitação: padronização e procedimento*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006, p. 23-24.

1.3 PADRONIZAÇÃO

De acordo com Plácido e Silva, a palavra padronizar é derivada de padrão (modelo, tipo), é o verbo empregado, em sentido técnico, na acepção de igualar, tornar igual, uniformizar. Corresponde ao *estandarizar*, ao inglês *standard* (modelo, padrão). Já padronização significa a adoção de normas uniformes, de regras que igualam a maneira por que se executam os serviços, e a forma dos atos, que lhe são pertinentes e traça, portanto, um modelo ou tipo, a ser seguido, sem qualquer alteração ou afastamento. Onde quer que se execute o ato ou se execute o serviço é sempre igual, na sua marcha executória ou na sua forma de execução. E tudo que dele resultar terá forma ou aspecto semelhante, pois que tudo se mede pelo padrão instituído¹⁶.

Vicente Falconi Campos, utilizando-se de bibliografia japonesa e norte-americana, elenca as principais definições para padrão:

Documento consensado estabelecido para um objeto, desempenho, capacidade, ordenamento, estado, movimento, sequência, método, procedimento, responsabilidade, dever, autoridade, maneira de pensar, conceito, etc., com objetivo de unificar e simplificar de tal maneira que, de forma honesta, seja conveniente e lucrativo para as pessoas envolvidas.

Um método ou objeto para exprimir a magnitude da quantidade, usado como referência para permitir universalidade à medida¹⁷.

Para o autor, há preferência no Brasil para o termo norma ao invés de padrão. O termo padrão (*standard* em Inglês e *hyōjun* em Japonês) se refere a tudo que se unifica e simplifica para o benefício das pessoas, incluindo procedimentos, conceitos, métodos de medida etc. É consensual e sujeito a alteração. Já o termo norma em português corresponde ao inglês *a norm - an authoritative standard* - um padrão obrigatório. O termo norma e normalização encontram-se relacionados a padrões obrigatórios fixados por normas nacionais e internacionais, enquanto padrão e padronização estariam relacionados a um “movimento democrático e natural”¹⁸.

16 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 584.

17 CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*. Nova Lima: INDG Tecnologia e Serviços Ltda, 2004, p. 18.

18 CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*, p. 141.

A padronização é uma “atividade sistemática de estabelecer e utilizar padrões”¹⁹. Os padrões de referência são indicados para a realização de atividades repetitivas, uma vez que tem entre seus principais objetivos: racionalizar o processo, minimizar custos e criar instrumentos de controle de qualidade.

Na iniciativa privada, a padronização normalmente é consensual decorre da voluntariedade das pessoas que “discutem aquilo que será padronizado, estabelecem o procedimento padrão e o cumprem”. A sua alteração não só é algo possível como desejada “como forma de melhorar os processos”. Todavia, há casos em que resulta em obrigatoriedade por razões de segurança, saúde, meio ambiente etc. Tais como a “espessura mínima das tubulações submetidas a vapor em alta pressão; condições de projeto de pistas de aeroportos internacionais; condições de fabricação de aeronaves; condições de fabricação de caldeiras”²⁰.

Não se restringe ao estabelecimento (consenso, redação e registro) do padrão, mas inclui também a sua utilização (treinamento e verificação contínua da sua observação), finalizando-se apenas quando a execução do trabalho conforme o *standard* está assegurada²¹.

Segundo Vicente Falconi Campos há dois tipos de padrões, os de sistemas, para os procedimentos gerenciais e os técnicos, para especificações de produto, matéria-prima, materiais, componentes, peças e inspeção²².

Os padrões de sistemas são fixados para assuntos que dizem respeito à organização e conteúdo dos sistemas, sequência, procedimentos e métodos. Eles fixam a rotina interna e propiciam o aperfeiçoamento contínuo dos sistemas gerenciais. Os objetivos são clareza e unificação, pois devem assegurar que será conduzido sempre da mesma forma e que cada célula da instituição deve saber claramente “o que fazer, onde fazer, porque fazer, quando fazer e como fazer”²³.

Os padrões técnicos encontram-se relacionados direta ou indiretamente com as especificações do produto e lidam com números ou critérios baseados em padrões de comparação provenientes do desdobramento qualidade ou da função qualidade. O primeiro envolve a escolha a ser realizada em conformidade com as necessidades da entidade após o

19 CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*, p. 18.

20 CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*, p. 17.

21 CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*, p. 17.

22 *Qualidade total. Padronização de empresas*, p. 51.

23 CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*, p. 51 e 57.

levantamento de todos os fatores relacionados aos produtos, tendo como referência padrões nacionais e internacionais, enquanto o segundo se relaciona com o padrão operacional²⁴.

Os objetivos dos padrões técnicos são a simplificação e a clareza: as informações devem chegar aos seus destinatários sem ruídos na comunicação. Encontram-se estruturados nos seguintes padrões: a) qualidade (especificações do produto, dos componentes e dos materiais); b) inspeção (inspeção, inspeção no processo e inspeção de matérias-primas e c) operação (padrão técnico de processo e procedimento operacional)²⁵.

As especificações de qualidade abrangem quaisquer itens do produto, tais como: tipos, formas, dimensões, aparência, funções, desempenho, composição, empacotamento, rótulos, condições de fabricação, altura máxima de estocagem de matéria-prima. Os padrões de inspeção se encontram relacionados ao exame dos produtos e os padrões de operação apresentam a descrição detalhada de todo o procedimento a ser utilizado²⁶.

A Lei 8666/93 optou pelo vocábulo padronização, que vem sendo interpretado em seu sentido comum: procedimento que conduz a fixação e utilização de um padrão, que no caso das compras governamentais envolve a caracterização de um bem padronizado, que pode representar um bem que se encontre no mercado ou um padrão criado²⁷.

Segundo Jessé Torres Pereira Júnior “o princípio da padronização impõe que as compras de materiais, equipamentos e gêneros de uso comum na Administração se realizem mediante especificações uniformes”²⁸. Para Diógenes Gasparini “deve a entidade compradora, em todos os negócios para a aquisição de bens, observar as regras básicas de que levam a adoção de um estander, de um padrão que, vantajosamente, possa satisfazer às necessidades das atividades que estão a seu cargo”²⁹.

Dessa forma, o princípio da padronização determina que a Administração deve adotar a técnica que apresenta como resultado final um bem padronizado que será objeto de aquisições nas compras governamentais futuras. Há que se destacar que a padronização

24 CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*, p. 61-62.

25 CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*, p. 51- 61.

26 CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*, p. 61-68.

27 GASPARINI, Diógenes. Padronização – Escolha da marca. Inexigibilidade de licitação. *BLC – Boletim de Licitações e Contratos [digital]*. São Paulo, n. 218, p.1-12, maio/96, p. 3.

28 PEREIRA JÚNIOR, Jesse Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 54.

29 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 536.

técnica a ser implementada implica estabelecer os procedimentos para a especificação do produto a ser adquirido e para a inspeção dos produtos comprados.

A Lei 12462, de 5 de agosto de 2011 criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, e em seu artigo 4º, além da padronização técnica relacionada ao objeto da licitação (inciso I), também prevê a padronização de sistemas, uma vez que fixa a padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos elaborados pela Comissão do Catálogo Eletrônico de Padronização e utilizados pela Comissão de Licitação, após aprovação do órgão jurídico competente (inciso II)³⁰.

O Catálogo Eletrônico de Padronização deve conter: i) especificação de bens, serviços e obras; ii) descrição de requisitos de habilitação de licitantes e iii) modelos de instrumentos convocatórios, minutas de contratos; termos de referência; projetos referência e outros documentos necessários ao procedimento de licitação que possam ser padronizados (art. 110, do Decreto Federal 7581/11)³¹.

A padronização de minutas foi analisada em 2006 pelo TCU, que alterando o seu entendimento, passou a admitir a padronização de procedimentos e documentos que se repetem rotineiramente em função dos princípios da eficiência e razoabilidade, dispensando-se o parecer da assessoria em cada procedimento licitatório, mantendo-se, todavia, a responsabilidade normativa da assessoria jurídica sobre o procedimento em que foi utilizada minuta-padrão.

Sem dúvida, os princípios da economicidade e da eficiência recomendam a melhor gestão de recursos disponíveis, a qual resulta de adequado planejamento. A utilização de instruções padronizadas para situações recorrentes visa impedir quaisquer equívocos ou desvios na execução de despesas, tornando transparente e célere o procedimento e diminuindo os custos do processo licitatório. Ganha a empresa com a otimização de recursos financeiros, materiais e humanos desde o início da fase interna, até a assinatura e posterior execução do contrato.

Portanto, a adoção da sistemática de utilização de minutas-padrão de editais e de contratos comuns que se repetem periodicamente no âmbito da Petrobras, que já contaram com a análise e a aprovação prévia pelo órgão jurídico, e que são inseridos em suas instruções internas, é procedimento adequado a uma administração eficiente – como deve ser para quem atua em

30 BRASIL. Lei 12462, de 5 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 7 mar. 2012.

31 BRASIL. Decreto n. 7581, de 11 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 7 mar. 2012.

regime de concorrência com as empresas privadas – e termina por concretizar o princípio da eficiência constitucional.

Ademais, a padronização de procedimentos que se repetem rotineiramente é um meio salutar de a Administração desincumbir-se de tarefas que, numericamente significativas, na essência referem-se sempre aos mesmos atos administrativos. Sua adoção é desejável na medida em que libera recursos humanos e materiais para serem utilizados naquelas ações que impõem atuação individualizada. A repetição de procedimentos licitatórios que tenham o mesmo objeto e que guardem proporção em relação às quantidades enquadram-se nessa hipótese.

[...]

Dessa forma, ao aprovar minutas-padrão de editais e/ou contratos, a assessoria jurídica mantém sua responsabilidade normativa sobre procedimentos licitatórios em que tenham sido utilizadas. Ao gestor caberá a responsabilidade da verificação da conformidade entre a licitação que pretende realizar e a minuta-padrão previamente examinada e aprovada pela assessoria jurídica. Por prudência, havendo dúvida da perfeita identidade, deve-se requerer a manifestação da assessoria jurídica, em vista das peculiaridades de cada caso concreto³².

A Lei do RDC torna expressa a possibilidade de padronização de minutas e procedimentos licitatórios em contratações de mesmo conteúdo consideradas rotineiras. A padronização de procedimentos e minutas está em consonância com o princípio da eficiência, pois evita o retrabalho ao mesmo tempo em que libera recursos humanos e materiais para serem utilizados em ações que importem ações individualizadas³³.

1.4 OBRIGATORIEDADE DA PADRONIZAÇÃO

A doutrina e a jurisprudência do TCU são unânimes sobre a obrigatoriedade da obediência ao princípio da padronização das compras governamentais. Embora seja obrigatória desde a edição da Lei 8666/93 e não exista divergência sobre essa questão, tem sido muito pouco realizada e, quando utilizada, tem servido para justificar escolha de marca

32 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 392/2006*. Relator Walton Alencar Rodrigues. Sessão 21/02/2006. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-56249&texto=2b4e554d41434f5244414f2533413339322b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303036&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-56249&texto=2b4e554d41434f5244414f2533413339322b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303036&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;)>. Acesso em: 13 mar. 2012.

33 FURTADO, Lucas. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora: Fórum, 2009, p. 218.

ou contratação direta por inexigibilidade, o que tem levado à falsa impressão de ser uma técnica a ser utilizada em situações excepcionais.

A plena aplicação do princípio pode ser alcançada com a revisão de algumas posturas que serão analisadas de forma mais detida, entre elas a fixação da padronização como um dever a ser cumprido pela Administração Pública e a constatação de que a afirmativa de sua possibilidade ou impossibilidade não pode ser realizada de forma teórica, pois depende de comprovação empírica.

Para Marçal Justen Filho, a obrigatoriedade da padronização decorre expressamente do artigo 15, I, da Lei 8666/93, em face da expressão “ressalvadas as hipóteses em que for impossível”, e decorre da reformulação da norma que constava no art. 14, do Decreto-lei 2300/86 para a atual, pois a redação anterior, “sempre que possível e conveniente”, trazia a discricionariedade³⁴.

Pela interpretação literal, a regra seria padronizar e somente quando impossível de ser realizada é que seria comprado o bem sem a existência de um *standard*. Tal dispositivo restringe a liberdade do agente administrativo, especificando como perseguir e realizar os fins a que se orienta a atividade estatal³⁵.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União afirma:

[...] o princípio da padronização [...] deve ser seguido como uma regra pela Administração Pública. [...] A nosso sentir, o texto legal, utilizando-se da expressão *sempre que possível*, confere ao princípio da padronização das compras natureza de dever legal. Isto é, a Administração deve, como regra, padronizar os bens que adquire³⁶.

A lei, ao conferir a competência para o agente público realizar as compras governamentais, determina que, sempre que possível, deverá seguir o princípio da padronização. A atribuição expressa e específica de um dever legal a ser cumprido, sempre que determinada situação fática se realizar, é característica de competência vinculada.

34 *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 184.

35 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 184.

36 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1521/2003*. Plenário. Relator Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão 08.10.2003. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=9&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 8 out. 2010.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

A lei ao regular as várias possíveis situações a ocorrerem no mundo real, pode disciplinar a conduta estabelecendo de antemão e em termos aferíveis objetivamente, quais as situações de fato que ensejarão o exercício de uma dada conduta e determinando, em seguida, de modo completo, qual o comportamento único que, perante aquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente³⁷.

A lei estabelece que, sempre que possível, o princípio da padronização deverá ser seguido, não existindo, teoricamente, a escolha entre padronizar ou não padronizar, ou padronizar mediante análise de conveniência e oportunidade. Para que a competência fosse discricionária, a lei teria que conferir certa margem de liberdade ao administrador para praticar o ato ou escolher sobre o momento adequado para fazê-lo entre pelo menos duas alternativas abertas pela norma a ser aplicada³⁸.

A lei 8666/93, no artigo 15, I, fixa a obrigatoriedade da padronização do bem, exceto quando impossível, e não quando inconveniente ou inoportuno. Há grande diferença entre ser impossível e ser inconveniente e inoportuno. Na impossibilidade não ocorre a situação fática que desencadeia a prática do ato administrativo, enquanto na discricionariedade, a situação fática existe, mas o legislador concedeu ao agente público expedir ou não o ato após análise de conveniência e oportunidade, uma vez que, juridicamente, existiria mais de uma opção possível.

Finalizado o procedimento, o agente público terá que concluir por fixar ou não o padrão. Tal conclusão irá decorrer da existência ou inexistência de um padrão que represente o melhor custo-benefício para a Administração. A existência gera a possibilidade de se fixar o padrão, e a impossibilidade o oposto, não existindo discricionariedade.

Quando o assunto é a padronização há que se diferenciar o procedimento e o produto-padrão. O procedimento envolve uma sequência de atos encadeados com o objetivo de se analisarem todos os fatores extrínsecos e intrínsecos relacionados a determinado bem que será objeto de aquisição. A contratação é pensada no procedimento, ato em que se verificam todas as variáveis existentes que interferem na compra (compras passadas, pós-

37 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 16.

38 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 17.

venda, dinamismo do mercado do produto) para se chegar à escolha do produto que apresenta a melhor relação custo-benefício.

Como a padronização envolve a racionalização, somente após a sua finalização é que se poderá concluir por padronizar o bem ou optar pela sua impossibilidade, sempre sob a justificativa das vantagens e desvantagens da fixação do padrão. Dessa forma, não é possível para a Administração Pública ou para os órgãos de controle qualquer afirmação teórica sobre a impossibilidade de padronização.

Assim, pode-se afirmar que a Administração deve abrir sempre um procedimento com a finalidade de fixar o padrão de produto que será adquirido nas compras governamentais futuras. Somente após a análise do mercado do produto e da definição de quais especificações deve o bem possuir para atender suficientemente às necessidades administrativas, é que se poderá finalizar o procedimento com a fixação do padrão ou com a justificativa de sua impossibilidade.

1.5 PADRÃO

Antes de ser deflagrada a contratação, o setor solicitante terá que proceder a uma série de atos que visem à caracterização do objeto que se pretende adquirir e o levantamento da quantidade necessária para atender as suas necessidades, por um determinado período, conforme a determinação do art. 14, da lei 8666/93.

Para a caracterização correta do objeto, é preciso o perfeito entendimento da necessidade que se apresenta, pois só o objeto a ser definido se apresentará como a solução mais adequada para sua satisfação. Para Renato Geraldo Mendes, a necessidade se apresenta como um problema a ser solucionado; todavia, o entendimento do problema tem sido comumente negligenciado pela Administração, que se concentra na solução (definição do objeto) antes mesmo de saber quais são as suas reais necessidades³⁹. Um erro na identificação da necessidade conduz a problemas na definição da solução/objeto e compromete a compra⁴⁰.

³⁹ O regime jurídico da contratação pública, p. 30.

⁴⁰ O INDG – Instituto de Desenvolvimento Gerencial ao apresentar o diagnóstico dos principais problemas encontrados na Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais destacou que muitos se localizavam na origem dos

Para Renato Geraldo Mendes:

A definição da solução (objeto) é a razão de ser da própria contratação. Portanto, errar na definição da solução (e na descrição do objeto) é praticar uma espécie de equívoco imperdoável em matéria de contratação. Qualquer equívoco na descrição do objeto capaz de impedir que se atenda plenamente à necessidade da Administração implicará, potencialmente, o desfazimento da contratação, pois atender tal necessidade é a sua razão de ser⁴¹.

A delimitação do objeto envolve não só a descrição da especificação técnica do bem, mas a quantidade, regime de fornecimento e valor estimado da contratação. A relação problema/solução é dialógica pois a Administração precisará comprar um bem que esteja disponível no mercado e que gerará uma relação de pós-venda que implique condições de manutenção, assistência técnica e garantia. Assim, para definir as suas necessidades precisará conhecer: a) as compras passadas, b) a necessidade que se apresenta no presente e c) o mercado do produto que se quer comprar.

Levantar as compras passadas é de fundamental importância para as questões relacionadas ao pós-venda, tais como qualidade do bem adquirido, necessidade de estoque, condições de manutenção, assistência técnica e garantia. Conhecer o produto envolve a sua correta especificação técnica, o seu valor e as regras de competição do mercado em que encontra inserido.

Tomando-se como exemplo um processo de compra de veículos para compor a frota do governo, a primeira questão que se apresenta é: qual o motivo para a compra? A resposta terá base no critério que foi pré-selecionado pela Administração Pública, tal como relação servidor/veículo ou fim/veículo. Tomando-se como exemplo o primeiro critério, o Poder Executivo pode decidir que cada Ministro tem direito a um veículo oficial e pelo segundo critério, a quantidade de viaturas do SAMU – Serviço de Atendimento Móvel de Urgência pode ser fixada pela média de atendimentos realizados. A demanda pode ser para atender a substituição de veículo existente por ter atingido o final da sua vida útil ou para atender o aumento do número de atendimentos.

pedidos, devido a “falta de planejamento (que poderia otimizar os processos) e a falta de qualidade dos pedidos (especificações técnicas inadequadas e processos mal instruídos). SILVA, Jomara Alves; TAVARES JUNIOR Francisco Antônio. Painel 40/156. Planejamento de consumo: avanços e inovações com base na experiência obtida. Modernização no processo de compra: aprendizados, oportunidades e inovações. III CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA. Paraná, p. 1-16, dez. de 2010, p. 4. Disponível em: <http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_40/modernizacao_no_processo_de_compras.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2011.

41 O regime jurídico da contratação pública, p. 30.

Para a obtenção das informações elencadas acima, há a necessidade de um controle da frota existente que envolva a quantidade de veículos por marca/tipo, o estado de conservação e a vida útil de cada veículo. O controle da frota também deve conter dados sobre estoque de peças, assistência técnica, manutenção da frota e garantia. A partir dos dados existentes, a Administração precisará conhecer os bens que se encontram disponíveis no mercado e realizar uma análise de economicidade dos veículos. Há a necessidade de se verificar as especificações técnicas dos veículos para separar aqueles que potencialmente serviriam à finalidade do seu uso, no caso aqui trabalhado, veículo de representação (Ministros) ou ambulância (SAMU). Posteriormente, se analisam as condições de pós-venda: condições da garantia, manutenção e assistência técnica. Há a necessidade de se buscar a eficiência, que envolve verificar quais veículos representam o melhor custo-benefício para a frota governamental tanto em relação às especificações técnicas, quanto às condições relacionadas ao pós-venda. Caso exista a opção pela sustentabilidade, soma-se ainda a opção por veículo menos poluente tal como o flex (*flexible-fuel vehicle* – FFV) etc.

A título de exemplo, traz-se à colação, a compra de “veículos fora de estrada” pela Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, que se realizou após um processo de padronização e teve suas justificativas acolhidas pelo plenário do TCU. A empresa informou que havia constituído um grupo de trabalho para a elaboração do estudo técnico e econômico da performance dos caminhões "fora de estrada" de 240 toneladas e que o resultado dos estudos consta dos relatórios de padronização dos caminhões diesel elétricos - modelo "Dresser 830E" e mecânicos modelo "Caterpillar 793". Informou também ser possuidora de frota de caminhões nos modelos "Dresser" e "Caterpillar" em funcionamento, possuindo inclusive estoque de peças de reposição de modo que a aquisição de modelo diverso seria prejudicial à padronização existente e demandaria aquisição de itens diferentes de reposição. Afirmou também que a aquisição de novo tipo de equipamento implicaria treinamento de pessoal de manutenção e operação dos veículos, além de a fixação de outra estrutura diferente da já existente para a assistência técnica dos equipamentos por parte do fornecedor. E por último que a eficiência da frota existente já seria conhecida e satisfatória.

No caso em questão, o plenário do TCU entendeu que as razões técnicas e operacionais encontravam-se plenamente comprovadas pelo estudo técnico dos modelos dos veículos que iriam compor a frota de caminhões fora de estrada, e que os escolhidos

representariam maior economia de manutenção, aproveitamento de estoques de peças e especialização de pessoal que lida com as máquinas⁴².

A aquisição deverá obedecer a dois fatores: adequação técnica à necessidade e economicidade. A descrição do objeto deverá obedecer ao princípio da adequação, que rege todas as exigências a serem feitas nas contratações públicas e que fundamentaria a afirmativa de que “tudo o que for necessário para garantir a necessidade pode ser exigido na descrição do objeto”. A economicidade é o que justifica a vantajosidade, ou seja, possibilita comprar o bem com o menor custo possível, representando a otimização dos recursos disponíveis no atendimento da necessidade. O “propósito da licitação é obter a solução capaz de satisfazer a necessidade e que represente o menor desembolso (ou o menor preço)”⁴³.

A Administração precisa saber exatamente qual produto atende às suas necessidades com qualidade e a um custo razoável, para posteriormente comprá-lo, pois quando compra o bem, o faz com o dinheiro público e utiliza este bem para a prestação de um serviço para a coletividade; logo é muito importante que as compras sejam efetuadas com eficiência.

Segundo Marçal Justen Filho:

A Lei exige o planejamento da futura contratação administrativa. Isso significa, quanto às compras, que toda aquisição deverá ser antecedida da avaliação da necessidade e utilidade do objeto adquirido. Ademais deverão estar previstos os recursos financeiros necessários ao pagamento⁴⁴.

Embora a Lei 8666/93 determine a adequada caracterização do objeto que se quer comprar, e que a compra sempre que possível obedecerá ao princípio da padronização, verifica-se que não há na doutrina a junção das duas determinações, no sentido de que a caracterização do objeto decorra da padronização. Há, inclusive, uma tentativa de se delinear parâmetros para a adequada caracterização do objeto, que vão desde as análises técnicas para se chegar às especificações do produto até a sua descrição.

A Lei 8666/93 fixa que a caracterização do objeto deve ser adequada, sucinta, clara e completa (artigos 14, *caput* e §7º, I; 38, *caput* e 40, I). A Lei do pregão estabelece que

42 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão 446/95*. Plenário. Relator Carlos Átila Álvares da Silva. Sessão 30/08/1995. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=36>>. Acesso em: 8 out. 2010.

43 MENDES, Renato Geraldo. *O regime jurídico da contratação pública*, p. 30 e 40.

44 *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 181.

a “definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas as especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição” (art. 3º, II). A Lei do RDC determina que o “objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias” (art. 5º).

Da leitura dos enunciados normativos depreende-se que a caracterização do objeto deve representar, com lídima clareza, as reais necessidades administrativas. Nesse desiderato, a descrição do objeto conterá todas as especificações indispensáveis para a sua exata caracterização, e sua redação deverá ser clara, sucinta e precisa, para que a comunicação com os fornecedores ocorra sem ruídos⁴⁵.

Os requisitos apontados pelo legislador como essenciais para a caracterização do objeto da compra governamental e para a sua descrição correspondem aos objetivos da padronização: especificação racional, adequada, uniforme, simples e clara. Dessa forma, basta usar a padronização para a caracterização do objeto garantindo-se que todas as questões relacionadas à compra daquele produto foram levantadas, analisadas e sopesadas, e resultaram na descrição das especificações indispensáveis para o produto que se quer adquirir, vertida em linguagem precisa, clara e sucinta.

A lei, ao fixar a obrigação de padronização das compras governamentais, conduz à afirmativa de que o bem a ser comprado deve se encontrar padronizado. Uma vez realizada a padronização do produto, a Administração, sempre que necessitar comprar o bem, se utilizará do padrão fixado, o que propiciará comprar com eficiência um bem que atende as suas reais necessidades e que se encontra descrito de forma a favorecer a comunicação com os fornecedores.

45 Nesse sentido a Súmula n. 177 do TCU. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula 177*. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas/BTCU_ESPECIAL_06_DE_04_12_2007_SUMULAS.pdf> Acesso em: 10 mar. 2012.

1.6 PADRONIZAR: A ARTE DE CLASSIFICAR OS BENS

A fixação do padrão é resultado da padronização e representa um conjunto de especificações do produto que será utilizado nas aquisições futuras. Isto ocorre porque o ato de padronizar nada mais é do que uma classificação que seleciona atributos ou características que diferenciam uma espécie de outra espécie.

Classificar para Paulo de Barros Carvalho:

é distribuir em classes, é dividir os termos segundo a ordem da extensão ou, para dizer de modo mais preciso, é separar os objetos em classes de acordo com as semelhanças que entre eles existam, mantendo-os em posições fixas e exatamente determinadas em relação às demais classes. [...] A presença de atributos ou caracteres que distinguem determinada espécie de todas as demais espécies de um mesmo gênero denomina-se “diferença”, ao passo que “diferença específica” é o nome que se dá ao conjunto das qualidades que se acrescentam ao gênero para a determinação da espécie, de tal modo que é lícito enunciar: “a espécie é igual ao gênero mais a diferença específica” é o nome que se dá ao conjunto das qualidades que se acrescentam ao gênero para a determinação da espécie, de tal modo que é lícito enunciar: ‘a espécie é igual ao gênero mais a diferença específica (E = G + De)’⁴⁶.

É um procedimento comum pelo qual o ser humano confere nome às coisas. O nome representa um conceito que se apresenta como o resultado dos atributos conferidos a um objeto. A propósito registra Aurora Tomazini de Carvalho:

Quando atribuímos nome a algo, formamos um conjunto, de modo que todos os objetos pertencentes àquele conjunto terão aquele nome. Para identificarmos os objetos pertencentes ao conjunto criamos o conceito, delimitado por aquilo que denominamos características definitórias, requisitos, atributos, ou critérios exigidos para incluirmos um objeto numa classe.

[...]

São construções da nossa mente. Seleccionamos alguns critérios e assim vamos agrupando e identificando objetos.

O ser humano tem esta tendência, de atribuir identidade as coisas que o cercam e, assim o faz, criando termos e delimitando o campo de extensão dos elementos que lhe cabem⁴⁷.

46 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009, p. 118.

47 CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 308-309.

A classificação cumpre duas funções: o conhecimento de algo pela pessoa e a comunicação. Para que a mensagem do emissor seja compreendida pelo receptor deve existir um código comum que se perfaz pela convenção de signos. Segundo Paulo de Barros Carvalho, o processo comunicacional contempla os seguintes elementos: 1 - emissor: aquele que comporta as informações a serem transmitidas; 2 – canal: meio pelo qual os sinais são transmitidos; 3 – mensagem: é a informação transmitida; 4 – código ou repertório: conjunto de signos e regras de combinações próprias a um sistema de sinais conhecido e utilizado por um grupo de indivíduos (morfologia e sintaxe); 5 – receptor: a pessoa que recebe a mensagem, o destinatário da informação; 6 - conexão psicológica: concentração subjetiva do emissor receptor na expedição e na recepção da mensagem e 7 – contexto: é o meio envolvente e a realidade que circunscrevem o fenômeno observado⁴⁸.

Todos os bens que se encontram no mercado possuem um nome e resultam de classificação. Tomando-se como exemplo a classe veículo, ela irá comportar qualquer meio de transporte. O Código de Trânsito Brasileiro classifica os veículos se utilizando de três critérios: tração (automotor, elétrico, propulsão humana, tração animal, reboque e semi-reboque), espécie (destinação – passageiros, carga, misto, competição, tração, especial e coleção) e categoria (propriedade – oficial, de representação diplomática, de repartições consulares ou organismos internacionais acreditados ao Governo, particular, de aluguel, e de aprendizagem)⁴⁹. Além da classificação realizada pelo governo, é comum, o mercado classificar os veículos automotores em função de critérios objetivos e subjetivos, referindo-se a carros populares, de luxo, sedãs, utilitários, esportivos, compactos etc.⁵⁰.

Toda classe pode ser dividida em outras classes, sendo tal faculdade ilimitada, uma vez que, enquanto existir uma diferença para ensejar a distinção, é possível a classificação. Todavia, deve-se atentar para o critério divisor escolhido para distinguir as espécies.

48 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p.181-186.

49 BRASIL. *Lei 9503, de 23, de setembro de 1997*. Institui o Código de trânsito brasileiro. Art. 96. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 1 out. 2010.

50 QUATRO RODAS. *Melhor compra 2011*. Disponível em: < <http://quatorodas.abril.com.br/melhorcompra/>>. Acesso em 1 nov. 2011.

Conforme Paulo de Barros Carvalho:

Realmente, não existem limites à liberdade de fazer classificações que, no fundo, consubstancia-se em separar em classes, em grupos, formando subclasses, subdomínios, subconjuntos. Ao sujeito do conhecimento é reservado o direito de fundar a classe que lhe aprouver e segundo a particularidade de que se mostrar mais conveniente aos seus propósitos. Ressalvemos, porém, que se a conveniência prática é motivo suficiente para autorizar as principais demarcações de nossos objetos, a *fortiori* devemos estar atentos para a correção do processo de circunscrição, garantindo-se que os gêneros e as espécies sejam, efetivamente, gêneros e espécies.

A operação que nos permite distinguir as espécies de um gênero dado é a divisão, assim entendido o expediente lógico em virtude do qual a extensão do termo se distribui em classes, com base em critério tomado por fundamento da divisão⁵¹.

Nas compras governamentais sempre haverá a classificação em função da obrigatoriedade de caracterização do produto a ser adquirido. Tal classificação tem sido realizada de forma intuitiva, sem *expertise*, uma vez que os administradores encontram-se mais preocupados em realizar a licitação e, se possível, na modalidade pregão, e assim atender as exigências dos órgãos de controle.

Opta-se por descrições genéricas que propiciem a maior participação possível de fornecedores, ainda que o produto não atenda de forma suficiente a Administração, o que resulta, muitas vezes, em prejuízos no pós-compra. Já a caracterização do produto, sendo realizada em um procedimento de padronização, implica a análise prévia de todas as condições que afetam as compras governamentais, fazendo com que a mesma ocorra de forma pensada e planejada.

A padronização é uma classificação realizada pela Administração conforme critérios preestabelecidos de divisão. O conjunto de especificações gerado pode se referir a: a) classe finita de bens composta de marcas diferentes; b) classe finita de bens composta de uma marca oferecida por vários fornecedores e c) classe finita de bens fornecida por produtor exclusivo e d) nova classe finita de bens.

51 *Direito tributário, linguagem e método*, p. 119-120.

1.6.1 Classe finita de bens composta de marcas diferentes: padronização de especificações

O primeiro conjunto formado por classe finita de bens de marcas diferentes é considerado o resultado ideal da padronização, pois caracteriza o bem que atende às necessidades da Administração Pública e preserva a possibilidade de competição entre fornecedores de marcas diferentes⁵².

Marçal Justen Filho denomina essa padronização de “relativa”, uma vez que propicia que o interesse específico seja satisfeito por diversas categorias de bens razoavelmente distintos entre si⁵³. É relativa quando as especificações correspondem a diversas marcas, modelos ou tipos existentes no mercado daquele produto, como no caso da caneta esferográfica: caneta esferográfica, tinta de qualidade que seca rápido, cor preta, bola de tungstênio, tampa ventilada, com no mínimo 2 km de comprimento de escrita.

O CEAS – Catálogo de Especificações dos Artigos de Subsistência é um caso de padronização que gerou especificações e que permite que vários fornecedores participem da licitação, independente da marca do produto. No caso da ração operacional de combate – R2, o catálogo fornece dados como finalidade, emprego, composição e características dos alimentos básicos, complementos e os acessórios e ainda o VCT, a quantidade de fibras, de protídios, glicídios e lipídios, prazo de validade e regras de consumo⁵⁴.

Na área médica tem sido comum a padronização de medicamentos com a finalidade de assegurar a “terapêutica racional e de baixo custo”. A comissão de padronização se utiliza de um catálogo de medicamentos considerados essenciais e fixa como diretriz ao profissional que prescreva o medicamento constante do catálogo, sendo que, em muitos casos, a descrição do medicamento se dará pela sua fórmula genérica⁵⁵.

A questão envolvendo a qualidade do produto e a proibição de licitar marca tem levado a doutrina e o TCU a utilizarem a “marca referência”, ou seja, licita-se o produto e indica-se a marca acompanhada da palavra similar. Nesse caso, o que se tem não é a escolha pela marca, mas a seleção de especificações que possui determinada marca como referência.

52 MENDES, Renato Geraldo. *Lei de licitações e contrato anotada*, p. 64.

53 *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 186.

54 BRASIL. Exército brasileiro. *CEAS – Catálogo de Especificações dos Artigos de Subsistência*. Separata do Boletim do Exército n. 49/2008. DF: 5.12.2008. Disponível em: <<http://www.2rm.eb.mil.br/download/CEAS%5B4206251%5D.pdf>>. Acesso em: 9 mai. 2011.

55 BRASIL. Universidade Federal do Ceará. *Padronização de medicamentos e material médico hospitalar. Manual de diluição da MEAC – UFC*. Disponível em: <http://www.meac.ufc.br/farmacia/manual_de_padro.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2011.

Nesse sentido Marçal Justen Filho afirma que:

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 escolheu⁵⁶.

A Lei do RDC traz a possibilidade de indicação de marca ou modelo na aquisição de bens “quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão ‘ou similar ou de melhor qualidade’” (art. 7º, I, c).

A adoção da padronização tende a não utilizar tal recurso, pois, após análise dos produtos que existem no mercado, o padrão será descrito com todas as especificações necessárias, sem menção a qualquer tipo de marca, bastando o fornecedor possuir o produto com as especificações descritas para participar da licitação. Não existirá uma marca referência e sim um padrão que é a referência.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes entende que mesmo quando o parecer técnico indicar determinada marca, a mesma deverá ser seguida da palavra similar, sob a justificativa de possibilidade de novo produto no mercado:

[...] se o parecer técnico indicar ser necessário adotar determinada marca, deverá a Administração indicá-la ou apresentar as respectivas características exclusivas daquela determinada marca?

[...] em princípio, parece mais razoável que sejam indicadas as características que levaram a designação da marca, fazendo alusão à mesma, seja entre parênteses, seja anunciando a marca seguida da expressão ‘ou similar’. Tal recomendação tem por fundamento o fato de que não raros os meios técnicos são surpreendidos por um produto novo que apresenta características similares e às vezes melhores do que o já conhecido⁵⁷.

Com a fixação das especificações, qualquer novo produto similar preencherá os requisitos para participar do procedimento licitatório, o que impede a utilização de indicação de marca, pois o que se espera é que, após o procedimento de padronização, não seja utilizada marca referência em licitação, pois a padronização irá gerar as especificações do produto que

56 *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 187.

57 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 293-294.

serão atendidas por diversas marcas ou apontará produto de uma marca específica, que poderá ser atendida por diversos fornecedores ou fornecedor exclusivo.

1.6.2 Classe finita de bens composta de uma marca oferecida por vários fornecedores: padronização de marca com licitação

O artigo 15, §5º, da Lei 8666/93 veda a fixação de marca pela Administração “É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável”. A própria Lei que veda a citação de marca, em sua parte final, traz a permissão para a licitação, desde que tecnicamente justificável.

O entendimento do TCU é no sentido de ser admissível indicação da marca para fins de padronização se acompanhada de justificativa técnica:

A indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, inciso I, da Lei 8666/1993, desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração⁵⁸.

Nesse sentido Diógenes Gasparini pondera:

Uma vez institucionalizado o padrão, qualquer aquisição, em tese, dependerá de prévia licitação, tornando-se obrigatório constar do edital ou carta-convite a marca e, se for o caso, o modelo do bem desejado, padronizado nos termos do decreto, da portaria ou do ato tal ou qual. Esse esclarecimento é necessário para circunscrever o universo de proponentes e indicar que se trata de aquisição de bens padronizados. A licitação será inexigível se um só for o fornecedor do bem padronizado. Desse modo, a padronização, por si só, não libera a Administração Pública de licitar⁵⁹.

A Lei 8666/93 veda a escolha imotivada da marca, sem qualquer lastro técnico e estudos que apontem ser a que apresenta o melhor custo-benefício em relação às demais

58 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2376/2006*. Plenário. Relator Marcos Vinícios Vilaça. Sessão 06/12/06. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=38&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 6 nov. 2011.

59 *Direito administrativo*, p. 483.

existentes no mercado. A escolha de marca normalmente encontra-se relacionada às compras passadas ou às condições de pós-venda, embora possa se justificar por características intrínsecas ao produto⁶⁰.

Uma das hipóteses para a escolha de marca é a padronização tácita ou de fato, que ocorre após a licitação, normalmente realizada com compra em escala que foi vencida por determinada marca. Durante o prazo de validade do bem adquirido, a Administração terá que adquirir peças compatíveis com os demais equipamentos ou substituir produtos, mantendo-se a logística existente.

Para Dora Maria de Oliveira Ramos:

Ressalte-se, no entanto, que deve haver uma justificativa sólida para essa preferência. Justificativas genéricas – como ‘é a que melhor atende aos interesses da Administração’, ‘por ser de melhor qualidade’, ‘por preservar a qualidade de ensino’ – não são suficientes, por si sós, para autorizar que a Administração inclua em seu instrumento convocatório a preferência por tal ou qual marca. É necessário que a justificativa demonstre que, tecnicamente, só aquela marca atende às necessidades específicas da Administração, perfeitamente individualizadas e demonstradas⁶¹.

No mesmo sentido Marçal Justen Filho:

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 n. 8.666/93. O que se veda é a preferência subjetiva e arbitrária por um produto, fundada exclusivamente na marca⁶².

Ainda que o produto seja padronizado em marca específica, haverá a possibilidade de ser oferecido por mais de um fornecedor, pois pode ser encontrado no mercado sem a centralização no fabricante ou em representante exclusivo⁶³. A consultoria Zênite afirma que a licitação “será realizada entre os que podem e têm interesse em oferecer o material, equipamento ou gênero padronizado, pois, em tese, todos estão em condições de atender ao

60 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 7ª ed. São Paulo: RT, 1987, p. 83.

61 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Compras: preferências de marca. Princípio da padronização. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al.(Coord.). *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 66-68, p. 67.

62 *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 186-187.

63 ZÊNITE. *Informativo Licitações e Contratos* – ILC. Paraná, n. 628, v. 66, ago.99.

negócio desejado pela Administração Pública”⁶⁴.

Pode-se tomar como exemplo a licitação para aquisição de válvulas hidráulicas levada à análise pelo Tribunal de Contas da União:

18. No tocante à questão da exigência de marca na licitação em exame, temos por satisfatórios os esclarecimentos apresentados pela FUNDEP, vez que restou devidamente justificada a necessidade de padronização, de modo a manter a qualidade e a compatibilidade com materiais já utilizados na construção, bem como os custos de manutenção, já que a licitação destinou-se exatamente a complementar materiais anteriormente adquiridos.

19. As solicitações de compras anexadas pela FUNDEP (fls. 38 e 40) asseguram que as válvulas da marca [...] já estavam sendo utilizadas nos serviços de instalação para o Bloco 01 e 02 e no Centro de Experimentação 01. Em tal caso, há que se considerar também - em adição aos aspectos relativos à qualidade, compatibilidade e manutenção - que válvulas de descargas são equipamentos hidráulicos expostos no ambiente, razão pela qual a aquisição de outro produto poderia comprometer a harmonia estética dos sanitários⁶⁵.

No caso em questão, foi justificada a necessidade de padronizar as válvulas em determinada marca existente no mercado, licitando entre todos os seus fornecedores.

A Lei do RDC apresenta duas hipóteses para escolha de marca ou modelo na licitação: i) em decorrência da necessidade de padronização do objeto e ii) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante (art. 7º, I e II). Embora o legislador tenha criado duas hipóteses para escolha de marca ou modelo em licitação, e apenas na primeira tenha se referido à padronização, é possível que a segunda também decorra da padronização.

A escolha de uma marca ou modelo depende de um procedimento que contenha a comparação entre os bens e a justificativa para a escolha de uma marca ou modelo em detrimento dos demais existentes no mercado. As razões para a escolha são variadas, uma vez que depende de critérios selecionados referentes à compra do produto. Dessa forma, a alínea “a” do art. 7º, trata de hipóteses de padronização, sendo que a alínea “b” também pode decorrer da padronização, uma vez que a justificativa pode ser a escolha da marca ou modelo que apresente o melhor custo-benefício entre os critérios de comparação utilizados ou que

64 ZÊNITE. *Informativo Licitações e Contratos* – ILC. Paraná, n.768, v.21, nov.95.

65 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1306/2008*. Plenário. Relator Aroldo Cedraz. Sessão de 02/07/2008. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=39&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 18 out. 2010.

apenas uma marca ou modelo que se encontra no mercado atenda às necessidades da Administração.

1.6.3 Classe finita de bens fornecida por produtor exclusivo: inexigibilidade

A terceira hipótese que pode ocorrer é o conjunto composto pela classe finita de bens fornecida por produtor exclusivo, que configura inviabilidade de competição (art. 25, I, da Lei 8666/93). A padronização pode gerar a fixação de padrão em uma marca, tipo ou modelo que, em função das características do mercado, só pode ser adquirido do fabricante ou de representante exclusivo.

Segundo Lucas Rocha Furtado:

Como regra a padronização deve ser buscada sem prejuízo da observância dos procedimentos licitatórios, portanto, sem prejuízo do caráter competitivo de que deve revestir-se qualquer licitação. Admite-se, porém, que se possam configurar situações em que sua adoção não se compatibiliza com a realização de licitação, em face da existência de fornecedor exclusivo.

Nesse contexto, a adoção da padronização poderia justificar a inexigibilidade da licitação, especialmente se ela for, simultaneamente, essencial para assegurar a maior economia dos processos operacionais da Administração e a continuidade de aquisição e uso de determinado produto, cujas características não possam ser atendidas satisfatoriamente por diferentes fabricantes, inviabilizando-se, portanto a competição⁶⁶.

Quando o produto que precisa ser comprado só puder ser fornecido pelo fabricante ou por fornecedor exclusivo, ocorrerá a inviabilidade de competição, o que autoriza a contratação direta por inexigibilidade.

A licitação pública pressupõe a existência de uma pluralidade de sujeitos dispostos a contratar e a necessidade administrativa de escolher, dentre os interessados, aquele que apresentar a melhor proposta, excluindo os demais. Para Joel de Menezes Niebuhr a licitação é uma “relação de excludência: seleciona-se um contratante ou um grupo limitado deles e excluem-se os demais”. Assim, onde não existir a possibilidade de competitividade não ocorrerá a relação de excludência, sendo inviável a licitação. Da mesma forma, a licitação

⁶⁶ *Curso de licitação e contratos administrativos*, p. 97-98.

pública serve para cotejar mais de uma proposta para que se determine a mais vantajosa, logo, se a proposta só puder ser oferecida por uma pessoa, por que só ela possui o que os outros não dispõem, não há o que licitar⁶⁷.

São vários os parâmetros utilizados para dimensionar a exclusividade do produto. O primeiro deles é o geográfico. Há divergência entre os autores sobre a amplitude deste critério. Para uns o critério deve ser mercado nacional, uma vez que a Administração não se encontra obrigada a realizar licitação internacional⁶⁸, para outros, em caso de convite o âmbito pode ser municipal, uma vez que só poderão participar os convidados e os cadastrados no Município, sendo que em caso de existir apenas um fornecedor na localidade, poderia ocorrer a contratação por inexigibilidade⁶⁹.

Entre as situações geradoras de exclusividade tem-se: a) única solução técnica; b) representante exclusivo e c) monopólio. No primeiro caso, a única via de atendimento à necessidade administrativa encontra-se protegida pelo privilégio da exclusividade decorrente de leis de propriedade imaterial. No segundo, em função de regras de mercado, determinado agente econômico possui direito privativo de intermediar negócios em certa região. No terceiro, existe um único fornecedor do produto do mercado devido à existência de um monopólio natural ou não⁷⁰.

Dessa forma, após o estudo de viabilidade, a padronização poderá ser por produto, que será adquirido sob a justificativa de inexigibilidade de licitação.

Conforme Lucas Rocha Furtado:

Nesse contexto, a adoção da padronização poderia justificar a inexigibilidade da licitação, especialmente se ela for, simultaneamente, essencial para assegurar maior economia dos processos operacionais da Administração e a continuidade da aquisição e uso de determinado produto, cujas características não possam ser atendidas satisfatoriamente por diferentes fabricantes, inviabilizando-se, portanto, a competição⁷¹.

67 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 41.

68 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, p. 174.

69 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 364.

70 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 361-363.

71 *Curso de licitações e contratos administrativos*, p. 98.

No mesmo sentido, a posição do TCU:

Consequentemente, a manutenção da padronização pode justificar a inexigibilidade da licitação, especialmente se ela for, simultaneamente, essencial para assegurar a maior economia dos processos operacionais da entidade ou órgão público interessado, e somente alcançável mediante a continuidade de aquisição e uso de determinado produto, cujas características não possam ser atendidas satisfatoriamente por diferentes fabricantes, inviabilizando-se, portanto a competição entre diversos proponentes, quando esses, comprovadamente, não preenchem aos requisitos indispensáveis à padronização. O advérbio "comprovadamente" constitui condição fundamental para admitir-se tal linha de orientação. A invocação do princípio da padronização como argumento para estreitar o campo da competição licitatória ou mesmo para declará-la inexigível requer justificação circunstanciada e objetiva dos motivos e condições que, no caso concreto, conduzem o administrador à conclusão de que sua preservação não se compatibiliza com a realização da licitação, ou que o certame, se realizado, deva circunscrever-se a equipamentos ou produtos de determinada procedência. É indispensável exigir-se essa comprovação, formalmente aprovada pela instância decisória superior ao responsável pelo contrato, em cada hipótese, para que não se generalize nem se vulgarize a invocação, a qualquer pretexto, do princípio da padronização como fórmula corriqueira para contornar a licitação na aquisição de quaisquer bens e materiais correntes que, pelas características técnicas, sejam de marcas e padrões de fabricação facilmente intercambiáveis⁷².

Finalizado o procedimento de padronização, com a fixação de marca ofertada por fornecedor exclusivo, será realizado o procedimento de justificativa para contratação direta por inexigibilidade de licitação, em conformidade com o artigo 25, I e 26, da Lei 8666/93.

1.6.4 Classe finita de bens: padrão novo

Ao fixar as especificações do bem que será padronizado, a Administração Pública poderá criar um padrão que não se encontre pronto e disponível no mercado. Segundo Diógenes Gasparini “cabe-lhe sempre que possível, adotar o estander, o modelo dentre vários bens similares encontráveis no mercado, ou criar o seu próprio padrão, inconfundível com qualquer dos existentes no comércio”⁷³.

72 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão n.º 446/95*. Plenário. Relator Carlos Átila Álvares da Silva. Sessão: 30/08/95. Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=46>>. Acesso em: 2 fev. 2011.

73 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 537

Caso a Administração crie um padrão que não encontra similaridade no mercado, a regra geral será de abertura de licitação para que os fabricantes interessados em produzir o bem respondam ao chamamento público, desde que se verifique que há potencialidade de competidores no mercado do produto.

A Administração Pública pode padronizar as suas ambulâncias com especificações que não se encontram disponíveis no mercado, mas que os fabricantes de diversas marcas possam condições de atender se realizarem algumas modificações em seus veículos; neste caso, estará obrigada a realizar a licitação.

Podem existir casos em que seja preciso adquirir veículo de grande porte cujas dimensões sejam produzidas exclusivamente por determinada marca que acordaria em adaptar modelo existente para atender à demanda da Administração, o que resultaria na contratação por inexigibilidade.

Há, ainda, as hipóteses de criação de padrão novo para atender a questões logísticas das Forças Armadas, defesa nacional, pesquisa científica ou que sejam produzidos por entidades da Administração indireta, entre outros, que se encontram entre casos de dispensa de licitação previstas no art. 24 da Lei 8666/93.

1.7 QUESTÕES TANGENCIAIS

Neste item, são analisados de forma mais detida temas relacionados às compras governamentais que interferem na adoção da padronização como procedimento obrigatório e rotineiro.

1.7.1 A padronização e outros *standards*

Há contratações com escolha de marca ou modelo específico que, na visão da Administração, seria o único que a atenderia por razões relacionadas a compras anteriores, à estrutura existente e ao mercado do produto. São usuais as seguintes justificativas:

preservação de garantia, aquisição de componente ou material de consumo compatível com equipamentos existentes, continuidade da prestação de serviço com aquele bem etc.

Antonio Carlos Cintra do Amaral sustenta que a indicação de marca poderá ocorrer em quatro hipóteses, sendo uma delas a padronização:

- a) quando a marca especificada seja a única que atenda as especificações técnicas (princípio da economicidade, aliado à noção de discricionariedade técnica);
- b) quando a especificação seja necessária à manutenção da padronização adotada (princípios da eficiência e da economicidade, em consonância com o art. 15, I, da Lei 8666/93);
- c) quando o bem especificado seja elemento de um sistema (caso similar – e até mais evidente – ao da manutenção da padronização; e
- d) quando se trata de peça original de reposição (princípio da eficiência e da economicidade⁷⁴.

A hipótese de ser a única que atenda as especificações técnicas, além de ser aceita pelo TCU, encontra-se prevista expressamente no art. 7º, I, “b”, da Lei do RDC:

[...] observe o Acórdão nº 1.292/2003-TCU- Plenário, limitando a indicação de marca aos casos em que justificativas técnicas, devidamente fundamentadas e formalizadas, demonstrem que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração, ressaltando que a indicação de marca é permitida como parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto a ser licitado, desde que seguida por expressões do tipo: 'ou equivalente', 'ou similar', 'ou de melhor qualidade'⁷⁵.

Alan Garcia Troib, ao comentar a alínea “b” do artigo 7º, I, do RDC, afirma que se trata de hipótese com finalidade diferente da padronização que deverá ser precedida de estudo técnico rigoroso, uma vez que “essa possibilidade não pode ser aplicada sem maior rigor. É preciso uma fase de estudos aprofundada que garanta a absoluta necessidade da marca

74 AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Especificação da marca no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Centro de estudos sobre licitação e contratos*. Comentário n. 181, 15.09.2011. Disponível em <www.celc.com.br>. Acesso em: 15 mar. 2012.

75 BRASIL. *Acórdão 1427/2007*. Plenário. Relator. Benjamin Zymler. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-65372&texto=2b4e554d41434f5244414f253341313432372b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303037&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;>. Acesso em: 16 mar. 2012.

ou modelo selecionado, assim evitando eventuais arbitrariedades resultantes de preferências pessoais”⁷⁶.

É comum a alegação de que aquisição de componente compatível com as soluções adotadas pela Administração seja a causa de fixação de especificações específicas que resultam em marca, tipo ou modelo.

O TCU analisou a contratação direta por inexigibilidade de empresa para realizar *upgrade* no sistema de telefonia móvel celular com a finalidade de mudança do sistema analógico para o digital. Sobre este assunto, ponderou:

A implantação de um novo sistema exige, a princípio, o procedimento licitatório. Já as alterações de software e de parte do hardware necessárias à atualização, no entanto, só podem ser realizadas pelo fabricante original, conduzindo assim à inexigibilidade por inviabilidade de competição.

A esse respeito, cabe transcrever trecho do parecer técnico: 'Cabe ressaltar que, do ponto de vista mecânico e eletrônico, não há possibilidade técnica de que a implementação de interfaces e acréscimos de equipamentos para a consecução dessa alternativa seja efetivada com materiais de outro fabricante (...). O mesmo acontece com as alterações e inclusões de software, que igualmente são proprietários'.

De um modo geral, é preferível a realização do upgrade para o padrão TDMA à implantação de um sistema novo (...). Contudo, podem ocorrer situações em que a tecnologia CDMA seja mais indicada do que o padrão TDMA.

Enquanto a tecnologia TDMA triplica a capacidade de um sistema celular, a tecnologia CDMA é capaz de multiplicar essa capacidade por 8, 10 ou mais. Em regiões de altíssima densidade de usuários, a tecnologia CDMA pode ser a que melhor atenda às necessidades de tráfego.

Conforme evidenciado, não é possível o upgrade do sistema celular analógico AMPS para o sistema digital CDMA, dadas as características únicas deste padrão. A utilização do CDMA exige, portanto, a instalação de um novo sistema.

Assim, entendemos que as empresas que necessariamente deveriam realizar licitação para a digitalização de seus sistemas de telefonia celular, conforme o item 15, fl. 44, seriam aquelas que efetuariam a instalação de um sistema CDMA. As empresas que adotassem o TDMA fatalmente seriam levadas à contratação por inexigibilidade⁷⁷.

76 TROIB, Alan Garcia. A indicação de marcas ou modelos para a aquisição de bens. In JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei n. 12462 e ao Decreto n. 7581*. São Paulo: Dialética, p. 101-109, 2012, p. 105-106.

77 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão 647/1999*. Plenário. Sessão 22/09/99. Relator Bento Bugarin. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=SIDOC-geradoSIDOC_DC06474299P.pdf&texto=6571756970616d656e746f732b6f726967696e616973&sort=&ordem>

Dora Maria de Oliveira Ramos apresenta a seguinte hipótese de escolha de marca: a necessidade de aquisição de um reagente químico específico utilizado em uma pesquisa em andamento, em virtude da utilização de outra marca implicar possibilidade de desvio do resultado obtido até aquele momento⁷⁸.

Diógenes Gasparini, em parecer emitido para a Prefeitura Municipal de Santo André, manifestou o entendimento de ser possível a continuidade de marca já existente no serviço público sem a necessidade de padronização. No caso analisado, os hidrômetros da marca LAO representavam 95,8% total do parque instalado, configurando uma hipótese de padronização de fato que justificaria a continuidade da marca, em virtude da inviabilidade de sua substituição por outra⁷⁹.

Sobre a aquisição de peças de reposição e suprimentos originais durante o período de garantia, é pacífico o entendimento do TCU:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO DE LICITANTE. AQUISIÇÃO DE CARTUCHOS DE TONER. EXIGÊNCIA DE CARTUCHOS ORIGINAIS/GENUÍNOS DA MESMA MARCA DAS IMPRESSORAS. EQUIPAMENTOS EM PRAZO DE GARANTIA. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. Admite-se como legal cláusula editalícia que exija que suprimentos e/ou peças de reposição de equipamentos de informática sejam da mesma marca dos equipamentos originais, quando esses se encontrarem no prazo de garantia e os termos da garantia expressamente consignarem que ela não cobrirá defeitos ocasionados pela utilização de suprimentos e/ou peças de outras marcas⁸⁰.

Os casos acima listados são tratados como hipóteses que autorizam a escolha de modelo ou marca nas compras governamentais, bastando a justificativa técnica da escolha no momento da compra, não existindo a obrigação de decorrerem de padronização. O interessante é que, na maioria dos casos, para justificar a compra de determinada marca, tipo ou modelo, há necessidade de comprovar a realidade administrativa, comparar a marca ou modelo com os demais existentes no mercado e justificar a sua escolha em detrimento dos demais, fases componentes da padronização.

=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;>. Acesso em: 16 mar. 2012.

78 Compras. Preferência de marca. Princípio da padronização, p. 67.

79 Padronização – escolha de marca inexigibilidade de licitação, p. 4.

80 BRASIL. Tribunal de Contas de União. *Acórdão 0860/2011*. Plenário. Relator Ubiratan Aguiar. Sessão 06/04/2011. Disponível em: <

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência visualizam a padronização como uma opção a ser realizada pela Administração e que demanda a existência de procedimento administrativo próprio, por isso se aceita que a escolha de marca, tipo ou modelo seja justificada na licitação ou na contratação direta. Assim, a padronização pode justificar a escolha de marca, tipo ou modelo com ou sem licitação, mas não é a única hipótese de fixação de *standard*.

O posicionamento da doutrina e do TCU sobre a descrição das especificações do objeto encontra-se dissociada da obediência ao princípio da padronização, concentrando-se a preocupação nos limites legais, ou seja, em não ser considerada excessiva, irrelevante, desnecessária, a ponto de restringir indevidamente a competição. Tal postura possibilita a fixação de padronizações de fato que surgem na repetição sistemática da descrição ou da uniformização da mesma pelos órgãos responsáveis pelas compras.

No âmbito federal foi instituído o Catálogo de Materiais (Catmat), módulo do Siasg que cataloga em um padrão único de descrição os materiais objeto das compras governamentais. Padroniza as descrições dos materiais sob a justificativa dos arts. 14 e 15, I e II, e §7º, da Lei 8666/93, fixando padrão de classificação de uso obrigatório para Administração direta federal⁸¹.

Antes de realizar a compra, o usuário deve procurar o item desejado no catálogo e, caso ainda não esteja catalogado, ou a catalogação for insuficiente, deverá solicitar ao órgão gestor do sistema (SLTI) a inclusão do item. Dessa forma, no preenchimento do termo de referência, o bem a ser adquirido estará descrito em conformidade com a seleção do código constante no catálogo.

Verifica-se que com o Catmat há uma uniformização da descrição do produto que será licitado através do Comprasnet, existindo inclusive a recomendação do TCU para que a descrição do objeto no Edital seja idêntica à do catálogo.

[...] 66. No caso específico deste pregão eletrônico, os procedimentos adotados foram equivocados. A autoridade competente ao receber as especificações das áreas requisitantes, via termo de referência, deveria ter

81 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Departamento de Logística e Serviços Gerais. *CATMAT - Catálogo de Materiais : CATSER - Catálogo de Serviços : Manual do usuário* / Departamento de Logística e Serviços Gerais. Brasília : MPOG, 2005. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/MANUAL_CATMAT_CATSER_JULHO_2006.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2011.

entrado no sistema Siasg, acessado a transação CATMAT, obtido as especificações que se assemelhavam às solicitadas, consultado a área solicitante procurando saber se eram realmente produtos com aquelas características que deveriam ser comprados e confeccionado o edital com as especificações constantes do sistema.

67. Depois de proceder à transferência do edital para o Comprasnet, com a inserção do arquivo doc, e realizar a inclusão do aviso do pregão no mesmo sistema, não haveria logicamente qualquer discrepância entre as especificações de um e de outro. E não ocorreria também qualquer suspeita sobre direcionamento de licitação, pois as especificações oriundas do Comprasnet são criadas para jamais serem idênticas a qualquer produto específico. Ainda, caso algum bem a ser adquirido não constasse nos materiais já catalogados na transação CATMAT, deveria ter sido solicitada a criação de um código específico com essa especificação, mas antes da confecção do edital⁸².

Embora exista a preocupação de não haver indicação de marca e a justificativa de que o catálogo seria alimentado com descrições comuns no mercado do produto, o que se verifica é que há a caracterização do objeto de forma uniforme, sem a existência do procedimento de padronização da compra. Caso não exista a preocupação do órgão requisitante em verificar qual o produto que atende adequadamente as suas necessidades, será sempre utilizada a descrição contida no catálogo, criando-se a padronização das especificações para todas as compras federais.

A criação do Catmat tem duas finalidades: uniformizar as descrições de materiais, evitando-se descrições insuficientes e controlar as compras governamentais, uma vez que permite a emissão de relatórios sobre as transações efetuadas. Todavia, não substitui e não se confunde com a padronização prevista no art. 15, I, da Lei 8666/93.

O uso de descrições de materiais em catálogos eletrônicos deveria ser resultado da padronização e não oriundo de uniformização com base em dados gerais de fornecedores. O uso do Catmat acaba por gerar uma padronização de materiais sem os regramentos da Lei 8666/93. Já o catálogo eletrônico de padronização, criado pela Lei do RDC, visa à uniformização de objeto após a padronização, aplicando-se plenamente o art. 15, I, da Lei 8666/93.

82 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Processo TC 003.831/2007-1*. Plenário. Relator Marcos Vinícios Vilaça. Sessão 28/02/2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/AcompanharProcesso?p1=3831&p2=2007&p3=1>> . Acesso em: 17 mar. 2012.

1.7.2 Padrões existentes no mercado do produto

Quando o tema envolve compras, o indicado é que a Administração Pública compre um produto pronto e acabado que se encontra no mercado, mas nada impede a adaptação de produtos para atender necessidade especial que importe na sua encomenda ao mercado. Antes da aquisição será necessário descrever com precisão o objeto que se pretende comprar. A descrição cumpre a função de caracterizar adequadamente o produto que irá suprir as suas necessidades, propiciar a consulta de preços e garantir a isonomia entre os possíveis licitantes através de critérios objetivos de seleção.

Ao identificar os bens existentes ou mesmo ao abrir a licitação, o agente público normalmente recorre a padrões existentes no mercado. Por exemplo, é comum a aquisição de papel A4, gramatura 75 g/m², pela Administração Pública, que nada mais é do que a adoção de duas referências padronizadas, respectivamente ISO 216 (tamanho do papel) e ISO 536 (grossura do papel). A questão é que, na maioria dos casos, a opção decorre de uma escolha intuitiva ou meramente repetitiva e não de uma análise de custo-benefício entre os diversos tipos, tamanhos e gramaturas de papel.

Não se identifica a preocupação entre economizar papel optando por aquele tamanho que permite maior quantidade de caracteres ou pela gramatura que possibilite imprimir frente e verso. Da mesma forma em que a escolha entre o branco e reciclado leve em consideração a qualidade da impressão e de sua reprodução por fotocópia ou *scanner*, a sustentabilidade ambiental e a responsabilidade social.

A compra envolve sempre uma relação entre a Administração e os fornecedores do bem, demandando um conhecimento do mercado do produto antes da escolha daquele que atenderá satisfatoriamente às suas necessidades. Os bens que se encontram no mercado são produzidos industrialmente e normalmente estão total ou parcialmente padronizados por normas técnicas, práticas de mercado ou procedimentos fixados pelo governo⁸³.

O século XX foi marcado pelo predomínio das empresas voltadas para a produção em massa, que possuíam como principal característica o fornecimento de grande quantidade

83 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 185.

de bens padronizados por custos baixos e que dependiam do perfeito funcionamento de vários fatores como insumos, capacidade produtiva e consumidores.

Segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior:

Em síntese, pode-se dizer que a produção de massa permitiu que se atingissem maiores níveis de produção, produtividade e qualidade industrial, com menor quantidade de trabalho envolvido, ao preço de maiores investimentos de longa maturação, que exigiram maior planejamento e estabilidade e duração nas relações contratuais. Desde então, uma das tarefas básicas do planejamento foi a de garantir a ótima adequação entre fornecimento de insumos, capacidade produtiva e consumo de bens pelo mercado⁸⁴.

A produção de massa se efetivou em razão das linhas de produção e de novas formas de gerenciamento do processo produtivo que dominaram os mercados e desencorajaram a entrada de novos competidores por meio da economia de escala. A produção de massa necessitava do “pleno funcionamento das linhas de produção para garantir o retorno do investimento realizado” e “não poderia estar sujeita a interrupções ou diminuições bruscas sem que isso implicasse grandes prejuízos para o empresário capitalista”. Para se sustentar, precisava de um mercado de consumo de massa. Assim, o “planejamento industrial de longo prazo procurou prever e criar técnicas de estabilização de mercados de suprimentos e de produtos em níveis que garantissem a plena utilização da linha de produção implantada”⁸⁵.

Segundo Ronaldo Porto Macedo Jr:

O efeito mais notável dessa nova forma de produção para o mercado de consumo foi a oferta de produtos padronizados produzidos em massa e vendidos também em massa, através de contratos de adesão. Conforme observa David Harvey, ‘o fordismo do pós-guerra deve ser visto menos como um mero sistema de produção de massa e mais como um completo estilo de vida. Produção de massa significou a padronização dos produtos, assim como o consumo de massa; e isto significou toda uma nova estética e a mercantilização da cultura’⁸⁶.

84 MACEDO JR., Ronaldo Porto. Globalização, regulamentação e direito do consumidor. Yale Law School SELA (SEMINARIO EM LATINO AMERICANA DE TEORIA CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA). Papers. New Haven: Yale Law School Legal Scholarship Repository, 17p., p. 6, jan./2002. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=yls_sela&sei-redir=1#search=bens+padronizados+pelo+mercado>. Acesso em: 10 mai. 2011.

85 MACEDO JR., Ronaldo Porto. Globalização, regulamentação e direito do consumidor, p. 6.

86 Globalização, regulamentação e direito do consumidor, p. 7.

A padronização passou a ser a regra na produção de bens e com isso causou uma grande transformação no mercado, pois os fornecedores de insumos padronizaram os seus produtos para atender as indústrias e estas, por sua vez, conquistaram o consumidor em massa, e os prestadores de serviços se especializaram nos produtos lançados por este mercado e assim toda a cadeia foi atingida⁸⁷.

O mundo mudou e os produtos padronizados passaram a ser comuns. Além de ter sido uma técnica adotada naturalmente pelo mercado, a evolução da sociedade fez com que tanto as entidades públicas quanto as privadas fixassem especificações a serem atendidas pelo produtor como condição para que o seu produto ingressasse em determinado mercado.

São inúmeros os padrões instituídos por entidades privadas de âmbito mundial, regional e local. Entre eles se destacam: ISO, IEC, COPANT, SAE, JIS, DIN, ABNT. A *International Organization For Standardization* (ISO) é uma organização mundial não-governamental composta de representantes de 162 países, sediada em Genebra, na Suíça, e que define e organiza padrões mundiais com a finalidade de facilitar a troca de comercialização de produtos e serviços, bem como desenvolver cooperação na esfera intelectual científica tecnológica e econômica⁸⁸. A *International Electrotechnical Commission* (IEC)⁸⁹ é uma organização internacional de padronização de tecnologias elétricas, eletrônicas e relacionadas, localizada em Genebra, Suíça, sendo que alguns dos seus padrões são desenvolvidos juntamente com a Organização Internacional para Padronização (ISO).

A *Comisión Panamericana de Normas Técnicas* (COPANT)⁹⁰ é o organismo regional de normalização das Américas, e que abrange os organismos nacionais de normalização de 34 países da América do Sul, Central, Norte e Caribe, desde o Canadá e os EUA até a Argentina e o Chile. A AMN (Asociación Mercosur de Normalización) é associação civil reconhecida pelo Grupo Mercado Comum – GMC como o único organismo responsável pela gestão da normalização voluntária no âmbito do Mercosul⁹¹. Entre os nacionais tem-se o *SAE International* - associação norte-americana responsável pela fixação

87 MACEDO JR., Ronaldo Porto. Globalização, regulamentação e direito do consumidor, p. 7.

88 INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). Disponível em: <http://www.iso.org/iso/about/discover-iso_isos-name.htm>. Acesso em: 18 mai. 2011.

89 INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION (IEC). Disponível em: <<http://www.iec.ch/about>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

90 COMISIÓN PANAMERICANA DE NORMAS TÉCNICAS (COPANT). Disponível em: <<http://www.copant.org/web/guest/home>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

91 ASOCIACIÓN MERCOSUR DE NORMALIZACIÓN (AMN). Disponível em: <<http://www.amn.org.br/br/>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

de normas e padrões relativos aos setores automotivo e aeroespacial⁹². O JIS (*Japanese Industrial Standards*), que fixa os padrões da indústria japonesa com destaque para os padrões físicos e de ferramentas⁹³. O DIN (*Deutsches Institut für Normung e.V.*)⁹⁴ - Instituto alemão de normalização. Na República Federativa do Brasil tem-se a ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, que é responsável pela normalização técnica no país, reconhecida como único Foro Nacional de Normalização, através da Resolução n.º 07, do CONMETRO, de 24.08.1992⁹⁵.

Ao lado das entidades criadas com a finalidade de normalização existem as associações que fixam padrões de qualidade a serem seguidos pelos seus associados, como é o caso da ABIC – Associação Brasileira da Indústria de Café, entidade privada que desenvolve programas focados na pureza, na qualidade e sustentabilidade do café, certificando as marcas em cada um dos programas⁹⁶.

Entre as instituições públicas brasileiras, tem-se o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - autarquia federal, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, que atua como Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro), colegiado interministerial, que é o órgão normativo do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro). Possui entre as suas competências: políticas nacionais de metrologia e da qualidade; a observância das normas técnicas e legais, no que se refere às unidades de medida, métodos de medição, medidas materializadas, instrumentos de medição e produtos pré-medidos, entre outros⁹⁷.

No âmbito público, destacam-se os selos e certificações emitidos pelo governo, como o selo público oficial usado para identificar e controlar a produção nacional de orgânicos. É concedido através do Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade Orgânica – SisOrg gerido pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - Mapa e

92 SAE INTERNATIONAL. Disponível em: < <http://www.sae.org> >. Acesso em: 18 mai. 2011.

93 JAPANESE INDUSTRIAL STANDARDS (JIS). Disponível em: <<http://www.jsa.or.jp/eng/about/about.asp>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

94 DEUTSCHES INSTITUT FÜR NORMUNG E.V. (DIN). Disponível em: < <http://www.din.de/> >. Acesso em: 18 mai. 2011.

95 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). Disponível em: <http://www.abnt.org.br/m3.asp?cod_pagina=929>. Acesso em: 10 mai. 2011.

96 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE CAFÉ (ABIC). Disponível em: <<http://www.abic.com.br/publicue/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=2>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

97 INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL (INMETRO). Disponível em: < <http://www.inmetro.gov.br/inmetro/oque.asp> >. Acesso em: 10 mai. 2011.

integrado por órgãos e entidades da Administração Pública federal e pelos Organismos de Avaliação da Conformidade, entendidos por Certificação por Auditoria e Sistemas Participativos de Garantia, credenciados pelo Mapa. Os Estados e o Distrito Federal podem reintegrar o SisOrg mediante convênios específicos firmados com o Mapa⁹⁸.

Ainda no âmbito público, existem os órgãos e agências reguladoras que fixam normas técnicas para os produtos, tais como a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Trata-se de Agência reguladora vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, com finalidade institucional de promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados. Também exerce o controle de portos, aeroportos e fronteiras e a interlocução junto ao Ministério das Relações Exteriores e instituições estrangeiras para tratar de assuntos internacionais na área de vigilância sanitária⁹⁹.

A explanação acima confirma que os produtos que se encontram no mercado estão minimamente padronizados, e que tais padrões se referem a atributos relacionados à qualidade ou ao processo de produção, cumpridos de forma compulsória ou voluntária pelo fabricante¹⁰⁰. Já o procedimento de padronização das compras governamentais, além das qualidades intrínsecas do produto e análise do processo de produção, envolve também fatores extrínsecos, tais como compatibilidade com os produtos de compras anteriores, armazenagem, assistência técnica, manutenção, parâmetros de sustentabilidade, preferência a produtos nacionais etc.

A padronização pode se efetivar através de certificadoras, fixação de normas técnicas pelo governo ou entidades privadas de normalização, procedimentos fixados pelo governo ou por entidades privadas.

98 BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade Orgânica*. Disponível em: <<http://www.prefiraorganicos.com.br/agroorganica/mecanismosdecontrole/sistemabrasileiro.aspx>>. Acesso em: 10 mai. 2011.

99 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/agencia!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwMDMydnA093Uz8z00B_AwN_Q_1wkA48Kowg8gY4gKOBvp9Hfm6qfkF2dpqjo6liAJYj_8M!/dl3/d3/L2dJQSEvUUUt3QS9ZQnZ3LzZfQ0dBSDQ3TDAwMDZCQzBJRzVONjVVRTzBHSDE!/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/Anvisa/Anvisa/Agencia#>>. Acesso em: 11 mai. 2011.

100 A Lei 12462/11, no seu artigo 7º, III, prevê expressamente a possibilidade de ser exigida certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação. BRASIL. *Lei 12462, de 5 de agosto de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 7 mar. 2012.

Sobre a exigência de certificações existem questões apontadas pela doutrina em relação à licitação que podem ser estendidas à padronização. São cinco os argumentos contrários à exigência de certificações: i) o prazo para a obtenção da certificação técnica normalmente é maior do que o prazo entre a publicação e a sessão de abertura dos envelopes, o que poderia frustrar a competição, uma vez que existiriam fornecedores que poderiam oferecer o produto, mas seriam impedidos em virtude da exigência; ii) a obtenção de certificações decorre de opções empresariais dos licitantes que não comprometem a qualidade do serviço ofertado; iii) a exigência de certificações elevariam os preços das contratações, uma vez que seria incluído pelo fornecedor o custo com a certificação e a sua manutenção; iv) a concepção de excelência de determinada certificadora pode se apresentar desnecessária ou irrelevante à execução do contrato; assim poderão exigir empresas que possuem a certificação mas o seu produto não atende aos interesses públicos, bem como poderão existir empresas que não cumprem as exigências de certificações, mas produzem o produto que interessa à Administração¹⁰¹ e v) ausência de previsão de certificação na Lei 8666/93.

Sobre a restrição à competição, há que se diferenciar as certificações compulsórias e as voluntárias e destas, aquelas que representam 100% dos produtos no mercado. Existem certificações compulsórias de qualidade ou de processo de fabricação, como é o caso dos preservativos masculinos e dos produtos originados de reflorestamento. Há também mercados em que é comum a certificação voluntária, sendo que todos os produtos a possuem. Nestes casos, a exigência de certificação não restringe a competição e também não aumenta o custo do produto.

Quanto ao descompasso entre as qualidades do produto ou do processo de fabricação que atende satisfatoriamente a Administração e as exigências das certificadoras, este também é facilmente contornável, bastando identificá-las, o que resultaria na opção de não exigir a certificação, substituindo-a por outro instrumento, ou mesmo em nomear as certificadoras ou os requisitos considerados essenciais para que o produto seja considerado adequado.

A Lei 8666/93 não prevê a certificação entre os requisitos de habilitação ou classificação das propostas, o que levou o TCU a entender que “a exigência de certificações

101 SCHWIND, Rafael Wallbach; REISDORFER, Guilherme Frederico. A exigência de certificação de qualidade nas licitações e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*: comentários à Lei n. 124632 e ao Decreto n. 7581. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 127-137, p. 130-131.

técnicas não pode ser empregada como critério de habilitação em licitação”¹⁰² e que “as exigências de certificação ISO e de registro no INPI, quando necessárias, somente devem ser estipuladas como critério classificatório, sem que seja possível sua utilização como requisito eliminatório”¹⁰³.

Ocorre que, atualmente existem quatro hipóteses normativas de exigência de certificação, sendo duas previstas na lei (serviços de publicidade e RDC) e duas normativas.

A Lei que rege a contratação pública de serviços de publicidade (Lei n. 12232, de 29 de abril de 2010) estabelece a exigência de apresentação de certificado de qualificação técnica para participação das agências de propaganda na licitação, o que padroniza a qualidade do serviço da licitante. O certificado é emitido pelo Conselho Executivo de Normas-Padrão – CENP, ou “entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda” (art. 4º, §1º). A possibilidade de existência de certificado emitido por outra entidade certificadora tem levado os autores a afirmar a necessidade de constar no edital de licitação quais entidades seriam consideradas equivalentes ao CENP¹⁰⁴.

O Decreto Federal n. 7174, de 12 de maio de 2010, no art. 3º, II, prevê como requisito obrigatório da fase de habilitação da licitação de bens e serviços de informática certificações emitidas por instituições públicas ou privadas credenciadas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, que atestem, conforme regulamentação específica, a adequação aos seguintes requisitos: a) segurança para o usuário e instalações; b) compatibilidade eletromagnética; e c) consumo de energia¹⁰⁵.

A Lei do RDC prevê, na aquisição de bens, a possibilidade de se exigir a certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada (art. 7º, III).

102 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 512/2009*. Plenário. Relator Aroldo Cedraz. Sessão 25/03/09. Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=21>>. Acesso em: 3 set. 2010.

103 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 173/2006*. Plenário. Relator Lincoln Magalhães da Rocha. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=22&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 3 set. 2010.

104 SCHWIND, Rafael Wallbach. Considerações acerca da nova lei de licitações e contratos administrativos de serviços de publicidade (Lei nº 12.232/2010). *Fórum de contratação e gestão pública*. Belo Horizonte, nº 106, v.9, p. 30-44, out. 2010, p. 42.

105 BRASIL. *Decreto n. 7.174, de 12 de maio de 2010*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7174.htm>. Acesso em: 10 mar. 2012.

A Instrução normativa n. 01, de 19 de janeiro de 2010, do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão fixa que os órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional poderão exigir critérios de sustentabilidade ambiental quando da aquisição de bens: i) que os bens sejam constituídos, no todo ou em parte, por material reciclado, atóxico, biodegradável, conforme ABNT NBR – 15448-1 e 15448-2; ii) que sejam observados os requisitos ambientais para a obtenção de certificação do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares; iii) que os bens devam ser, preferencialmente, acondicionados em embalagem individual adequada, com o menor volume possível, que utilize materiais recicláveis, de forma a garantir a máxima proteção durante o transporte e o armazenamento; e iv) que os bens não contenham substâncias perigosas em concentração acima da recomendada na diretiva RoHS (Restriction of Certain Hazardous Substances), tais como mercúrio (Hg), chumbo (Pb), cromo hexavalente (Cr(VI)), cádmio (Cd), bifenil-polibromados (PBBs), éteres difenil-polibromados (PBDEs). A comprovação poderá ser feita mediante apresentação de certificação emitida por instituição pública oficial ou instituição credenciada, ou por qualquer outro meio de prova que ateste que o bem fornecido cumpre com as exigências do ato convocatório. O edital poderá estabelecer que, selecionada a proposta e antes da assinatura do contrato, em caso de inexistência de certificação, o órgão ou entidade contratante poderá realizar diligências para verificar a adequação do produto às exigências do ato convocatório, correndo as despesas por conta da licitante selecionada, também ainda deve prever que, caso não se confirme a adequação, a proposta selecionada será desclassificada (art. 5º)¹⁰⁶.

Do exposto pode-se afirmar que a comissão de padronização poderá se utilizar de certificações nos casos autorizados pela legislação (certificação compulsória e previsão expressa na lei de licitação) e substituir testes e análises por certificações que cumpram a mesma finalidade nos casos de certificações voluntárias.

A exigência de certificação tem sido vista com bons olhos pela doutrina, uma vez que é realizada por entidade que possui conhecimento mais abrangente e especializado do que o dos componentes da comissão de licitação, além de acelerar o procedimento licitatório ao

106 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Instrução Normativa n. 1, de 12 de maio de 2010*. Disponível em: > <http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/wp-content/uploads/2010/03/Instru%C3%A7%C3%A3o-Normativa-01-10.pdf> > Acesso em: 10 mar. 2012.

garantir a qualidade do produto que se quer adquirir sem a necessidade de pré-qualificação ou proposta técnica¹⁰⁷.

A padronização das compras governamentais gera como resultado um bem comum, uma vez que restará especificado o bem de forma objetiva e clara, propiciando a aquisição pela modalidade pregão, facilitando inclusive o procedimento de seleção, que também poderá ser padronizado, em virtude da desnecessidade de sofisticação¹⁰⁸.

Sobre este assunto pondera Vera Monteiro:

[...] o objeto comum para fins de cabimento da licitação por pregão não é mero sinônimo de simples, padronizado e de aquisição rotineira. Bens e serviços com tais características estão incluídos na categoria de comuns da Lei 10.520/2002, mas não só. Bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou na sua execução, também são passíveis de ser contratados por meio de pregão. O que se exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital¹⁰⁹.

Através da padronização são analisadas as variáveis que se encontram presentes na aquisição, e selecionadas, de forma justificada, as especificações do bem que será comprado. A descrição é realizada de forma objetiva, facilitando as aquisições posteriores por via do pregão. O contrário já não é possível de se afirmar, ou seja, o fato do produto se encontrar padronizado no mercado facilita a comparação de suas qualidades intrínsecas (atributos) e o seu processo de fabricação, mas não supre a necessidade de padronização da compra, uma vez que há a necessidade de se levantar, dentre os produtos que estão no mercado, aqueles que satisfazem as necessidades administrativas em conformidade com os valores eleitos pelo ordenamento e que apresentam uma boa relação custo-benefício.

Tomando-se como exemplo o cartucho de tinta, que é um bem padronizado pelo mercado e considerado comum, não raras vezes a Administração compra cartuchos originais de determinada marca e justifica que é a que apresenta o melhor desempenho, ou que as demais podem comprometer o funcionamento das impressoras. A compra de cartuchos originais já foi objeto de análise do TCU, que se posicionou pela necessidade de se

107 SCHWIND, Rafael Wallbach; REISDORFER, Guilherme F. Dias. A exigência de certificação de qualidade na licitação e o RDC. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, n. 59, janeiro de 2012. Disponível em: < http://www.justen.com.br/pdfs/ie59/ie59_rafael_e_guilherme_rdc.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2012.

108 BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. *A nova modalidade de licitação: Pregão*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 33.

109 MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade de pregão*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 93.

demonstrar que os insumos alternativos fornecidos por outro fabricante não atenderiam as especificações ou colocariam em risco os equipamentos:

Não se pode ignorar que esta Corte, em outras oportunidades, já apreciou processos em que, ao questionar a indicação de marca em licitações para aquisição de cartuchos de impressoras, tomou conhecimento de relatos de problemas técnicos ocorridos com a utilização de produtos não originais.

O entendimento nesses casos é de que há necessidade de se demonstrar, por intermédio de estudos ou testes, que os insumos alternativos, fornecidos por outros fabricantes, não atenderiam às especificações ou efetivamente colocariam em risco os equipamentos.

Certamente, usar de subterfúgios para se obter o produto da marca desejada é o caminho menos indicado para um gestor, porquanto tal procedimento fere os princípios da impessoalidade, da igualdade e do julgamento objetivo, que devem nortear os atos no âmbito da Administração Pública. Nesse sentido, faz-se necessário o encaminhamento de determinação à Universidade Federal de Sergipe no sentido de que, na hipótese de em certames licitatórios optar pela padronização de produtos, atente para o disposto no art. 7º, § 5º, da mesma lei, fazendo constar do respectivo processo justificativa respaldada em comprovação inequívoca de ordem técnica, com estudos, laudos, perícias e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e o interesse da Administração, considerando as condições de manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas¹¹⁰.

Da leitura da decisão depreende-se que é possível a fixação de um padrão para aquisição de cartucho de tinta, desde que exista padronização que justifique tecnicamente a aquisição do produto em detrimento dos demais existentes no mercado. Dessa forma, uma vez comprovado que dentre as várias marcas, apenas a original não compromete o desempenho da impressora, há justificativa para se fixar a original como padrão, enquanto perdurar a utilização das impressoras adquiridas.

Também foi analisada pelo TCU a aquisição de gênero alimentício, especificamente caldo de galinha:

10.1. No caso em tela não foi demonstrada a existência de qualquer elemento de avaliação que indicasse para a necessidade de padronização.

[...]

Não vislumbramos, a partir dos autos, qualquer possibilidade de adotar a necessidade de padronização para o caldo de galinha a ser usado na merenda

110 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 484/2005*. Plenário. Relator Guilherme Palmeira. Sessão 27/04/2005. Disponível em: <[http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?lnk=\(008.868/2004-0 OU TC008.868/2004-0 OU TC-008.868/2004-0 OU 008.868/04-0 OU TC008.868/04-0 OU TC-008.868/04-0\)\[B001,B002,B012,B013\]&linkerrorstring=>](http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?lnk=(008.868/2004-0 OU TC008.868/2004-0 OU TC-008.868/2004-0 OU 008.868/04-0 OU TC008.868/04-0 OU TC-008.868/04-0)[B001,B002,B012,B013]&linkerrorstring=>)>. Acesso em: 10 out. 2010.

das crianças. Não há qualquer motivo justo para a indicação de marcas, conforme suscitado pelos próprios recorrentes (fls. 4/5, vol. 1).

No que tange à indicação de marca para a aquisição de gênero alimentício, realmente não se admite como cabível na licitação apreciada, por não caracterizar qualquer hipótese de padronização¹¹¹.

Há possibilidade de existir padronização de gênero alimentício, desde que existam justificativas, sendo que, no caso citado, o entendimento foi no sentido de não restar comprovado. O Exército brasileiro padroniza gêneros alimentícios e se utiliza de um “Catálogo de especificações dos artigos de subsistência” que apresenta, entre outros artigos, a ração operacional de combate e a de emergência, fixando todas as características que devem possuir no tocante aos aspectos nutricionais e de embalagens e ainda como as amostras fornecidas serão analisadas. Para o Exército, o catálogo tem por função orientar os órgãos provedores em processos licitatórios referentes aos artigos de subsistência e promover a qualidade dos artigos adquiridos¹¹².

Uma questão envolvendo aquisição de tubos e conexões com indicação de marca foi submetida à análise do TCU. No processo, a licitante arguiu em sua defesa que os prédios foram construídos nas décadas de 1940 a 1960, as instalações hidráulicas originais seriam de ferro galvanizado e fundido e estavam sendo substituídas, desde a década de 1980, por tubos de PVC da marca TIGRE e que, embora atualmente existam muitas ofertas das mais variadas marcas fabricadas em conformidade com as normas brasileiras, o “material ao ser utilizado não se adapta perfeitamente ao existente, devido às mínimas diferenças de diâmetro interno”. “A incompatibilidade dos produtos causa vazamentos prejudicando o funcionamento das instalações”. E para consertar o vazamento tem-se que “comprar mais material da marca que atende, além do material de acabamento” em função da necessidade de quebrar novamente as instalações, o que aumenta o custo, pois há necessidade de remunerar a mão-de-obra e paralisar as atividades nos locais onde ocorrerem as reformas, tais como salas de aula, laboratórios de pesquisa e atendimento de pacientes no hospital e ambulatórios. Ao justificar a escolha de marcas para tubos e conexões galvanizados e bronze, afirmou que a vida útil de algumas marcas são muito superiores a outras marcas ofertadas conforme comprovações que

111 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 453/2003*. Plenário. Relator Adylson Motta. Sessão 07/05/2003. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=27&doc=3&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 10 out. 2010.

112 BRASIL. Exército Brasileiro. *Catálogo de especificações dos artigos de subsistência*. Separata do B.E. n. 49/2008, 5/12/08. Disponível em: <<http://www.2rm.eb.mil.br/download/CEAS%5B4206251%5D.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2011.

ocorreram ao longo dos anos. A justificativa da licitante não foi aceita devido à ausência de documentos que comprovassem as afirmações:

17. As alegações apresentadas pelo gestor sobre a escolha de tubos de PVC da marca Tigre fundamentam-se, basicamente, no fato de que as tubulações das instalações hidráulicas dos prédios da UFMG vêm sendo substituídas, desde a década de 80, por tubos de PVC da marca Tigre. Assim, caso fossem adquiridas tubulações de marca diferente, haveria incompatibilidade (diferenças mínimas de diâmetro interno), o que causaria vazamentos. Contudo, não foram apresentados estudos ou documentos que comprovassem tais afirmações.

18. Em relação aos tubos e conexões de ferro galvanizado e bronze, justificou-se que a escolha das marcas Apolo, Tupy e Eluma foram efetuadas devido à vida útil dos materiais ser maior que a das outras marcas ofertadas. Também em relação a esta afirmação não foram apresentados documentos comprobatórios.

19. Diante do disposto na Lei 8.666/93 e da jurisprudência desta Corte, entende-se que os argumentos trazidos pelo Departamento de Planejamento Físico e Obras da UFMG não são suficientes para justificar a preferência por determinada marca na referida licitação. Para que fosse admitida a indicação de marca, seria necessária a apresentação de estudos/laudos que demonstrassem, em termos técnicos e econômicos, ser essa opção mais vantajosa para a Administração¹¹³.

Da leitura do acórdão depreende-se que a Administração deveria ter realizado a padronização para fixar as características dos tubos e conexões que tecnicamente melhor atenderiam as suas necessidades (diâmetro interno e vida útil), para, posteriormente, realizar a licitação. Também se conclui que existiriam tubos produzidos em conformidade com as normas técnicas que não seriam os mais adequados ao caso concreto.

Pode-se, assim, concluir que o fato do produto encontrar-se padronizado pelo mercado não justifica a impossibilidade de padronização das compras pela Administração, pois entre os bens estarão aqueles que atendem às necessidades administrativas com melhor custo-benefício.

Existirão casos em que a uniformidade mínima de mercado atenderá às necessidades administrativas e as diferenças existentes serão irrelevantes em questões técnicas, financeiras e operacionais. Nesses casos, a comissão de padronização deverá

113 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2300/2007*. Plenário. Relator Aroldo Cedraz. Sessão 31/10/2007. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=30&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 02 out. 2010.

descrever as especificações mínimas do produto no catálogo, com a finalidade de se evitar especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias.

1.7.3 O controle da descrição do objeto pelo TCU

O TCU, em seu controle sobre a caracterização do objeto, analisa a obediência ao princípio da motivação e o exercício da competência dentro dos limites legais para fixação de especificações ou marcas. As descrições consideradas restritivas devem possuir justificativas lançadas em um procedimento capaz de legitimá-las, pois quando consideradas excessivas, irrelevantes e desnecessárias violam o princípio da isonomia que rege a licitação.

O controle da padronização exercido pelo TCU se restringe à análise de duas questões: a) existência do procedimento e b) ocorrência de restrição indevida à competição. O procedimento é analisado em outro momento, por isso o foco será na ocorrência de restrição indevida.

Para o TCU, a descrição do objeto deve abarcar todo o universo de potenciais licitantes, sendo que as questões de qualidade devem ser resolvidas pelo uso da faculdade prevista no art. 75, da Lei 8666/93. Já as restrições ao universo de licitantes devem ser justificadas tecnicamente, o que sempre envolverá a comprovação de inexistência de similaridade de produto no mercado:

[...]

b) no caso de eleição de produto de determinada marca, para fins de padronização, apresente justificativa respaldada em comprovação inequívoca de ordem técnica, de que produto de marca similar não tenha qualidade equivalente e de que somente uma única marca atende às necessidades específicas da Administração, considerando que tal procedimento constitui exceção ao princípio constitucional da isonomia, bem como à regra que veda a restrição do caráter competitivo da licitação, inserta no artigo 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93;

c) adote, sempre que possível, a faculdade prevista no artigo 75 da Lei nº 8.666/93 (realização de ensaios, testes e demais provas exigidas por normas técnicas oficiais) como forma de verificar a qualidade e a adequação do objeto do processo licitatório¹¹⁴.

114 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão 1518/2002*. Plenário. Relator Valmir Campelo. Sessão 06/11/2002. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=DECISAO-LEGADO->

A descrição do objeto, de forma que possibilite a ampla competição entre fornecedores de bens similares que estão no mercado, é a desejada pelo TCU. Tal posicionamento justifica a aceitação de descrição de objetos que não decorram de um procedimento de padronização, desde que não sejam consideradas restritivas à competição.

Nesse contexto, a padronização relativa de especificações pela possibilidade de participação de várias marcas no mercado é considerada a descrição ideal, uma vez que cumpre a obrigação de padronização; caracteriza adequadamente o objeto; descreve as especificações com clareza e precisão; não indica tipo, marca ou modelo. Todavia, não é vista como obrigatória, uma vez que não se exige que a caracterização do objeto decorra sempre da padronização e trabalha-se a ideia de conveniência de se estabelecer critérios uniformes. Para o TCU a padronização “é cabível sempre que houver necessidade e conveniência de se estabelecer critérios uniformes para as contratações realizadas pela Administração”¹¹⁵.

Como o foco do controle se concentra na descrição que restrinja ou inviabilize a competição, perante o caso concreto, na análise de compras com especificações supostamente restritivas com ou sem indicação de marca, tipo ou modelo, verifica-se a existência de padronização e quais as justificativas técnicas:

101. [...] o princípio da padronização permite a indicação de marca do bem a ser adquirido pela Administração Pública, impondo, porém ao administrador a obrigatoriedade de fundamentar circunstanciadamente tal indicação em parâmetros que demonstrem de forma clara que esta opção é a melhor em termos técnicos e econômicos para a administração.

102. Nessa linha, não obstante a indicação de marca, desde que circunstanciadamente motivada, possa ser aceita em observância ao princípio da padronização, este como aquela não devem ser obstáculo aos estudos e à efetiva implantação e utilização de *software* livre no âmbito da Administração, vez que essa alternativa, como já suscitado, poderá trazer vantagens significativas em termos de economia de recursos, segurança e flexibilidade.

103. Assim, ante a existência no mercado de soluções alternativas de *software* capazes de atender às necessidades da Administração Pública, principalmente aquelas relacionadas aos softwares livres, a indicação de marca nos processos de contratação de fornecimento de *software*, com respaldo no art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/93, somente poderá ser admitida

33382&texto=2b4e554d41434f5244414f253341313531382b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303032&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;>. Acesso em: 16 mar. 2012.

115 Brasil. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos* : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 215.

caso fique plenamente demonstrado, através de estudos técnicos, que a referida padronização acarreta maior economicidade para a Administração que aquela obtida na operacionalização das demais alternativas¹¹⁶.

18. No caso da especificação da marca Intel para os equipamentos [...], a justificativa dos responsáveis, de ‘padronização’ no âmbito da Dataprev, não procede, pois, mesmo que fosse considerada econômica a locação de equipamentos do tipo LCD-PC, haveria outros fabricantes de processadores reconhecidos no mercado capazes de atender às necessidades da entidade. A explícita indicação de marca serviu, tão-somente, para limitar a determinados fornecedores o tipo de equipamento a ser contratado, sem que houvesse ganho técnico justificável em prol da entidade.

19. A preferência por marca implica, portanto, em desrespeito ao art. 7º, § 5º, da Lei de Licitações, acarretando o enquadramento no §6º desse mesmo dispositivo legal (nulidade dos atos e responsabilidade de quem lhes tenha dado causa), conforme destaquei anteriormente neste Voto. Essa infringência à legislação e a ausência de justificativas técnicas aceitáveis para a exigência questionada conduzem-me à rejeição das razões de justificativa apresentadas pelos gestores quanto ao item 9.3.2 do Acórdão nº 1.829/2004 - Plenário¹¹⁷.

O foco na competição direciona a postura do agente público, que passa a evitar descrições que possam ser consideradas restritivas, preocupado com a invalidação de procedimentos e a responsabilização pessoal. A descrição deixa de ser precisa para ser competitiva, desviando-se a finalidade da licitação, que é adquirir do fornecedor que apresentar a proposta mais vantajosa o produto adequado às necessidades públicas, para a competição entre fornecedores, ainda que a eficiência e a isonomia sejam violadas.

Como não se exige a efetividade do princípio da padronização, mantendo-o no plano do desejado e não do obrigatório, as especificações dos objetos são realizadas normalmente sem padronização, com a preocupação de não ser considerada restritiva à competição. A padronização passa a ser utilizada em situações excepcionais e, na maioria dos casos, para justificar a escolha de marca.

116 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1521-39/03-P*. Sessão: 08/10/03. Relator Augusto Sherman Cavalcanti. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-38958&texto=2b52454c41544f522533412532324155475553544f2b534845524d414e2532322b414e442b2b4e554d41434f5244414f253341313532312b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303033&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-38958&texto=2b52454c41544f522533412532324155475553544f2b534845524d414e2532322b414e442b2b4e554d41434f5244414f253341313532312b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303033&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;)>. Acesso em: 17 mar. 2012.

117 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 0481-12/07-P*. Sessão: 28/03/07. Ministro Ubiratan Aguiar. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-62906&texto=2b52454c41544f52253341253232554249524154414e2b4147554941522532322b414e442b2b4e554d41434f5244414f2533413438312b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303037&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO>>. Acesso em: 17 mar. 2012.

1.7.4 A qualidade do produto e a padronização

As compras governamentais normalmente envolvem bens que se encontram disponíveis no mercado e que obedecem a um mínimo de padronização, o que facilita o uso de tecnologia de informação e a adoção do menor preço como critério objetivo de seleção das propostas, o que depende em muito de especificações claras e precisas que definam o padrão de qualidade e o desempenho do produto, caso contrário, o fornecedor irá ofertar o seu produto mais barato¹¹⁸.

A descrição abrangente, sem precisão do padrão de qualidade, acaba por gerar a compra de bens de qualidade insatisfatória tal como exemplificado pelo TCU:

- canetas cuja tinta resseca, vaza ou falha ao ser usada;
- tubos de cola que têm mais água do que componente colante;
- lápis de grafite duro, que fura o papel ao escrever;
- borrachas que, ao apagar, se desfazem e às vezes não apagam;
- elásticos que ressecam;
- copinhos de plástico para café ou água excessivamente finos (são necessários, às vezes, dois ou três para não queimar a mão ou derramar o líquido);
- cliques que enferrujam;
- grampeadores que não funcionam;
- grampos para grampeadores que não perfuram o papel;
- cadeiras em que, com pouco uso, os rodízios emperram e soltam da base, o poliuretano dos braços racha, os tecidos desbotam, dentre tantos outros defeitos;
- mesas fabricadas com madeiras que incham, gavetas que não deslizam, parafusos que espanam etc.¹¹⁹

São várias as recomendações apresentadas pela doutrina e jurisprudência para que o objeto a ser comprado possua a qualidade que atenda suficientemente às necessidades administrativas com um preço justo. As mais comuns se referem à precisão na descrição do objeto e à exigência de amostras e certificações.

Quanto à precisão na descrição do objeto, afirma o TCU que “é importante que o ato convocatório da licitação defina claramente critérios de análise dos produtos ofertados, os

118 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos* : orientações e jurisprudência do TCU, p. 218.

119 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos* : orientações e jurisprudência do TCU, p. 219.

quais deverão levar em conta fatores de qualidade, durabilidade, funcionalidade e desempenho, dentre outros julgados necessários”¹²⁰.

Não restam dúvidas de que a descrição precisa e clara do objeto da compra governamental conduz à compra eficiente, uma vez que participarão da licitação apenas os fornecedores com bens similares em atributos. As questões que atormentam os administradores envolvem o proceder: quais os instrumentos que a Administração dispõe para caracterizar corretamente o produto, uma vez que o bem é descrito pelo solicitante; como o solicitante irá saber a diferença entre as canetas esferográficas para, por meio de descrição, impedir a compra daquelas cujas tintas ressecam, vazam ou falham, ou mesmo entre as que escrevem mais e; ainda que consiga descrever, como irá saber se os produtos ofertados preenchem os requisitos.

A jurisprudência do TCU aceita a indicação de marca ou modelo como “referência” visa, dessa forma, fixar o padrão de qualidade e dar clareza aos potenciais fornecedores.

Será admitida a indicação de marca como parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto a ser licitado, quando seguida das expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”. No caso, o produto deve ser aceito de fato e sem restrições pela Administração¹²¹.

O uso de marca referência contribui para a fixação de um padrão na descrição do objeto, possibilitando que os produtos similares participem, excluindo teoricamente os de qualidade inferior. A questão que se coloca pretende esclarecer o que motiva a Administração a escolher determinada marca como referência do padrão de qualidade. E mais: ainda que existam justificativas, como saber se os produtos apresentados possuem os atributos necessários.

A alternativa apontada para a verificação da qualidade do produto é a exigência de amostras ou protótipos na licitação. Segundo Jair Eduardo Santana a exigência de amostras “é

120 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos* : orientações e jurisprudência do TCU, p. 219.

121 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos* : orientações e jurisprudência do TCU, p. 219.

prática recomendável (sob certo aspecto, como veremos) e que tem servido para a realização de boas aquisições em certames”¹²².

Existem divergências sobre quando exigir e como operacionalizar a coleta e o teste das amostras no certame. Para o TCU, as amostras não podem ser exigidas como requisito de habilitação e sim de classificação das propostas, e somente do classificado em primeiro lugar. É medida excepcional, sendo obrigatória a justificativa de sua necessidade. Os critérios de aferição e julgamento devem estar objetivamente definidos no edital, sendo que os testes devem ser realizados por quem detenha condições técnicas:

Durante realização de procedimento licitatório, a Administração poderá, se previsto no documento de convocação, solicitar dos licitantes amostras ou protótipos dos produtos ofertados.

[...]

Objetiva a exigência de amostra ou protótipo o confronto de materiais cotados com especificações estabelecidas no ato convocatório da licitação, em especial no que diz respeito à qualidade, durabilidade, desempenho e funcionalidade dos produtos.

Devem ser estabelecidos no ato convocatório da licitação as condições e os critérios relativos ao exame das amostras ou protótipos apresentados, inclusive quanto ao direito dos concorrentes de poderem acompanhar todos os procedimentos respectivos.

[...]

Apresentação de amostras ou protótipos, quando exigida, não pode constituir condição de habilitação dos licitantes. Deve limitar-se ao licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar. Caso não seja aceito o material entregue para análise, deve ser exigido do segundo e assim sucessivamente até ser classificada empresa que atenda plenamente as exigências do ato convocatório.

Amostras ou protótipos poderão ser exigidos em licitações públicas apenas na fase de julgamento das propostas, independentemente da modalidade adotada.

Na hipótese de exigência de apresentação de amostra ou protótipo, o licitante que não cumpri-la no prazo estabelecido ou, caso permitido, não indicar o local onde se encontre o produto, poderá ter a cotação desconsiderada para efeito de julgamento, na forma previamente estabelecida no ato convocatório.

122 SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico – Sistema de Registro de Preços*: manual de implantação, operacionalização e controle. 3ª ed., rev. e atual., nos termos do Estatuto das Microempresas (Lei Complementar 123/06), Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 279.

É permitida a inspeção de amostras ou protótipos dos itens ofertados, entregues para julgamento. Pode o licitante acompanhar a apresentação dos produtos ofertados pelos concorrentes, ainda que não conste do ato convocatório esse direito¹²³.

Exigir a apresentação de amostra ou protótipo (prova de conceito) apenas do licitante classificado em primeiro lugar visa não inviabilizar a competição em função do custo dos licitantes com o pagamento do teste ou prova de conceito do produto, uma vez que apenas um fornecedor será o vencedor do certame¹²⁴.

A posição do TCU é de que as despesas com os testes e ensaios corram por conta do licitante. “Salvo disposições em contrário constantes do edital ou do convite ou de ato normativo, correm exclusivamente por conta do contratado: ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contrato”¹²⁵.

A exigência de amostras e protótipos no pregão tem gerado divergência na doutrina e jurisprudência do TCU, em virtude da celeridade do certame e da dificuldade operacional no caso de pregão eletrônico. Para Marcelo Rodrigues Palmieri, o art. 43, IV e V, da Lei 8666/93 autoriza a exigência de amostra e protótipos no pregão na fase de conformidade das propostas apenas do licitante classificado em primeiro lugar, em consonância com o posicionamento do TCU. Tal postura não compromete a celeridade do procedimento, ao mesmo tempo em que não onera injustamente os demais licitantes que não venceram o certame¹²⁶.

Para Jair Eduardo Santana não há vedação para se exigir amostras de todos os licitantes, e a exigência de amostra apenas do primeiro colocado pode comprometer a celeridade toda vez que o segundo colocado ou demais licitantes na ordem de classificação

123 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*, p. 529-531.

124 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1113/2008*. Plenário. Relator André Luís de Carvalho. Sessão 11/06/2008. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-71304&texto=3131313325324632303038&sort=&ordem=&bases=ATO-PESSOAL;ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;PROCESSO-EXTERNO;NORMATIVOS;PORTAL-PUBLICO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-71304&texto=3131313325324632303038&sort=&ordem=&bases=ATO-PESSOAL;ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;PROCESSO-EXTERNO;NORMATIVOS;PORTAL-PUBLICO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;)>. Acesso em: 18 mar. 2012.

125 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*, p. 531.

126 PALMIERI, Marcelo Rodrigues. Amostras nas modalidades tradicionais (concorrência, tomada de preços, convite) e no pregão. *BLC – Boletim de licitação e contratos*, São Paulo, n. 10, p. 940-951, out./2006, p. 950-951.

substituírem o primeiro colocado em face de sua desclassificação ou inabilitação, o que implicará em solicitação das amostras e envio para análise, uma de cada vez¹²⁷.

A Lei do RDC prevê expressamente a possibilidade de exigência de amostras para aquisição de bens (art. 7º, II) na pré-qualificação ou na fase de julgamento das propostas ou lances, desde que justificada a sua apresentação. Quanto à exigência de amostras na fase de julgamento, não há novidades em relação ao que já foi pacificado pelo TCU e comentado supra.

A exigência de amostra na pré-qualificação merece estudo mais detido. A lei inova ao prever a pré-qualificação permanente com validade até um ano, permitindo a sua atualização. Pode ser utilizada em duas hipóteses (art. 30): a) a pré-qualificação objetiva que visa identificar bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade dos bens que gerará um cadastro dos possíveis futuros licitantes qualificados e aptos a fornecer o produto; e b) pré-qualificação subjetiva que visa pré-habilitar os fornecedores que reúnam as condições de habilitação¹²⁸.

Segundo Marçal Justen Filho:

A pré-qualificação permanente é um ato administrativo declaratório do preenchimento de requisitos determinados de qualificação técnica por um sujeito e (ou) atributo mínimo de qualidade por um objeto, produzindo efeitos em procedimentos licitatórios ou contratações administrativas futuras¹²⁹.

A pré-qualificação para Marçal Justen Filho possui quatro vantagens: a) produção de uma única decisão com eficácia para um número indeterminado de licitações e contratações futuras, reduzindo-se a burocracia e garantindo celeridade aos procedimentos; b) redução dos custos dos participantes, uma vez que as despesas são realizadas em única oportunidade; c) eliminação do risco de decisões contraditórias em virtude de única e prévia decisão que produzirá efeitos em relação a futuras licitações e contratações e d) amplia a

127 *Pregão presencial e eletrônico – Sistema de Registro de Preços*: manual de implantação, operacionalização e controle, p. 282.

128 ROST, Maria Augusta. As exigências de amostra e de carta de solidariedade. IN: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.) *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)* – comentários à Lei n. 12462 e ao Decreto n. 7581. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 111-125, p. 112-113.

129 JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação. IN: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.) *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)* – comentários à Lei n. 12462 e ao Decreto n. 7581. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 309-337, p. 312.

segurança dos licitantes e a previsibilidade das decisões administrativas futuras investindo os futuros licitantes numa posição jurídica de certeza, reduzindo os custos de transação¹³⁰.

Na pré-qualificação objetiva são adotados mecanismos que garantam um padrão mínimo de qualidade do produto que será adquirido nas futuras compras. Desenvolve-se “procedimento orientado especificamente para determinar se um produto específico satisfaz ou não os requisitos mínimos de qualidade”. Os produtos pré-qualificados “são reconhecidos como de qualidade adequada e satisfatória e dispensam a necessidade de novos exames”¹³¹.

A pré-qualificação objetiva demanda “uma avaliação específica e aprofundada sobre a qualidade de um objeto apresentado pelo particular. Essa avaliação envolve conhecer o objeto de modo concreto, sem se ater apenas a descrições teóricas”. Dessa forma, envolverá testes em amostras, constatação de satisfatoriedade do objeto decorrente de experiência da Administração no tocante à sua utilização e certificação de entidades especializadas no controle de qualidade¹³².

Marçal Justen Filho aponta os seguintes riscos da pré-qualificação: a) elevação dos preços; b) impedimento de acesso a potencial fornecedor; c) imposição de exigências excessivas e desnecessárias; d) risco de condutas concertadas entre os pré-qualificados¹³³.

A padronização relaciona-se a todos os temas tratados quando o assunto é a qualidade do objeto, uma vez que, através de procedimento próprio administrativo e desvinculado de licitação, avalia e compara os bens existentes no mercado com o objetivo de levantar os atributos que atendem satisfatoriamente às necessidades administrativas, descrevendo o bem de forma precisa e clara, funcionando como instrumento de uma compra eficiente. A descrição do objeto deixa de ser realizada intuitivamente, por repetição de descrições anteriores ou comuns, ou por experiências subjetivas dos administradores, passando a ser técnica.

Descrito o padrão, não haverá necessidade de novos testes em amostras, seja em sede de pré-qualificação ou de julgamento das propostas, uma vez que os bens já foram previamente testados, bastando a seleção pelo critério menor preço. Como o procedimento é dinâmico, há possibilidade permanente de envio de amostras de bens que não foram

130 Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação, p. 314.

131 JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação, p. 318 e 322.

132 JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação, p. 323-324.

133 Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação, p. 325-337.

analisados pela comissão no procedimento específico para que sejam testados e participem da licitação. Também há possibilidade do fornecedor de produto que não foi testado em prazo hábil, apresentar a amostra, participar da licitação e, caso seja classificado em primeiro lugar, aguardar a resposta dos testes pela comissão de padronização.

Outro fator importante é a dimensão da padronização em relação à pré-qualificação, pois a realização da pré-qualificação já importa a descrição do bem, os atributos que serão analisados e os critérios, enquanto a padronização se inicia com descrição genérica, uma vez que a descrição válida para a licitação só ocorrerá após a sua finalização. Da mesma forma, é possível que, durante os trabalhos da comissão, surja a necessidade de comparação de novos atributos, pois o objetivo é justamente conhecer e comparar os bens existentes no mercado e não apenas atestar a sua qualidade mínima.

Na padronização, são comparadas marcas, tipos e modelos, enviados normalmente pelo fabricante ou representante e, uma vez aprovados, qualifica todos os fornecedores daquela marca, tipo ou modelo, enquanto na pré-qualificação são analisadas amostras enviadas pelos licitantes, que podem enviar produto de mesma marca, tipo e modelo.

2 PADRONIZAÇÃO, EFICIÊNCIA E ISONOMIA

Neste capítulo, aborda-se o arcabouço jurídico constitucional da padronização das compras governamentais, que é analisada como técnica prevista no ordenamento jurídico com a função de realizar o princípio constitucional da eficiência.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais são tratados, no presente trabalho, como normas jurídicas superiores cujos valores e fins concedem dimensão sistêmica ao ordenamento constitucional, orientando o legislador e o aplicador da norma jurídica nas suas tarefas de criar normas e aplicá-las perante o caso concreto.

A abordagem a ser adotada utiliza ferramentas de métodos positivistas: o direito positivo enquanto o conjunto de normas válidas em um determinado país. Aceita-se a presença de valores no ordenamento jurídico em virtude do reconhecimento de que o homem é um ser cultural, e que o direito só existe através do homem que emite, interpreta e aplica as normas.

2.1.1 Princípios jurídicos

O termo princípio possui muitas significações, e são diversos os métodos utilizados pelos juristas na tentativa de defini-lo e de apresentar a sua estrutura lógica. Neste trabalho, adota-se a seguinte premissa: o princípio possui normatividade, logo, são desprezadas todas as outras abordagens que tratam o princípio como elemento não normativo ou como elemento externo ao sistema normativo.

O direito positivo é o conjunto de normas jurídicas válidas, a partir do quê o que se depreende que a norma jurídica é o elemento e objeto do direito positivo, não sendo aceito

qualquer outro elemento não normativo. Não obstante a doutrina majoritária reconhecer os princípios como normas jurídicas, existem divergências sobre as suas características.

2.1.1.1 Critérios adotados pela doutrina

Pelo critério “hipotético-condicional” adota-se a existência de princípios e regras como espécies do gênero norma. Os princípios indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador ao encontrar a regra aplicável ao caso concreto, enquanto a regra determina uma conduta, apresentando sempre uma hipótese e um consequente, sendo aplicada no modo “se, então” (descrição da conduta vertida em linguagem hipotética-condicional)¹³⁴. Os princípios são comumente concebidos como normas que identificam “valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política”. Isonomia e moralidade são valores, enquanto justiça social, desenvolvimento nacional e redução das desigualdades regionais são fins públicos¹³⁵.

Pelo critério do “modo final de aplicação”, princípio e regra são normas que se diferenciam quanto à forma como são aplicados ao caso concreto. A regra é aplicada ao modo “tudo ou nada”, enquanto o princípio é aplicado ao modo gradual “mais ou menos”. A regra é relato objetivo, descritivo de condutas e aplicável a um conjunto delimitado de situações: ocorrendo o fato descrito na hipótese, a regra deve incidir pelo mecanismo da “subsunção”. A aplicação da regra se opera no “tudo ou nada”: ou ela regula a matéria ou não regula. Os princípios contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. A aplicação dos princípios deverá se dar mediante a “ponderação”: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação será graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por

134 LARENTZ, Karl. *Metodologia da Ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 674-686.

135 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de direito da Câmara municipal do Rio de Janeiro*, p. 1-46, 2003, p. 11-12. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso: em 02 jan. 2011.

situações de fato¹³⁶. A hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e gera consequências normativas ou é inválida, enquanto o princípio apenas fornece os fundamentos para a decisão e deve ser conjugado com outros princípios, sendo aplicado na forma “mais ou menos”¹³⁷.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos afirmam que já se discute a aplicação do “tudo ou nada” aos princípios e à possibilidade de ponderação das regras, em função do reconhecimento da existência de princípios possuidores de núcleo de sentido com natureza de regra, sendo aplicados biunivocamente, como o princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, existem situações em que uma regra válida abstratamente poderá gerar uma inconstitucionalidade perante o caso concreto ou que a adoção do comportamento descrito pela regra poderá violar o próprio fim que ela busca alcançar¹³⁸.

Pelo critério do “conflito normativo”, princípio e regra são normas e se diferenciam pela solução em caso de conflito normativo. Entre regras seria solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma terceira, enquanto o relacionamento entre princípios se decide pela ponderação que atribui um peso para cada um deles. É comum afirmar que as regras entram em conflito no plano abstrato e os princípios perante o caso concreto¹³⁹.

Para Humberto Ávila, um ou vários dispositivos podem experimentar, simultaneamente, uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado), a depender das conexões axiológicas do intérprete. O autor apresenta três critérios para distinguir regras e princípios: a) critério da natureza do

136 ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93-94.

137 Vide DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 23-125; e ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 91-103. Para Humberto Ávila as normas que “apresentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para casos normais”. Isto acontece porque a consideração de circunstâncias concretas diz respeito a aplicação da norma e neste caso, tanto as regras quanto os princípios podem envolver aspectos específicos que foram abstratamente desconsiderados. E de outro lado, existem regras “cujo âmbito de aplicação não é (total e previamente) delimitado, ficando o intérprete encarregado de decidir pela incidência ou não da norma diante do caso concreto”, perdendo-se o caráter absoluto para um modo mais ou menos de aplicação. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios jurídicos*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 47.

138 O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, p. 15-16.

139 Adotado por CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 23-24; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 35-46; e ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 91-103.

comportamento prescrito; b) critério da natureza da justificação exigida e c) critério da medida de contribuição para a decisão.

Quanto à natureza do comportamento prescrito, as regras “são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada”. Os princípios são “normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”. A natureza da justificação exigida leva em consideração a avaliação feita pelo intérprete e aplicador do direito ao confrontar o caso concreto com o dispositivo legal. A interpretação e aplicação da regra “exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte”. A interpretação e aplicação do princípio “demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto com o fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária”. Quanto à medida de contribuição para a decisão, princípios são normas “primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não tem a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão”. As regras são normas “preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões”¹⁴⁰.

Postulados normativos estabelecem “diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis”. Os postulados se diferenciam das regras por três características: a) não se situam no mesmo nível - são normas que orientam a aplicação das regras e princípios; b) não possuem os mesmos destinatários - princípios e regras são destinados ao Poder Público ou aos administrados e postulados ao aplicador do direito e c) não se relacionam da mesma forma com as outras normas – estão em um metanível sem conflitos necessários com outros elementos. Os postulados se classificam em postulados meramente hermenêuticos (destinados a compreensão geral do direito) e postulados aplicativos (visam estruturar aplicação concreta da norma)¹⁴¹.

140 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios jurídicos*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 71-76.

141 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios jurídicos*, p. 124-125.

2.1.1.2 Posição adotada

Inobstante as teorias apontadas serem plenamente justificáveis, no presente trabalho opta-se pelos critérios e classificações do *constructivismo lógico semântico*¹⁴² uma vez que o foco está na concretização dos princípios.

Para Aurora Tomazini Carvalho, quando se fala em princípio deve-se atinar que sempre existirá a norma jurídica (sentido amplo), mas que há de se destacar o sentido atribuído à expressão, pois os princípios podem aparecer na forma de a) enunciados; b) proposições e c) normas jurídicas em sentido estrito.

Alguns princípios manifestam-se expressamente pelo legislador com clareza e determinação, de modo que é possível identificá-los em um único enunciado, tal como o princípio da liberdade de trabalho, previsto no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988 (princípios na forma de enunciados jurídicos)¹⁴³.

Há os princípios que são construídos na mente do aplicador, mediante proposições jurídicas, por se apresentarem como resultados de esforços indutivos de alguns ou vários dispositivos. São chamados de princípios implícitos, caracterizando-se na forma de proposições, tais como os princípios da justiça, da certeza do direito, da razoabilidade, da supremacia do interesse público sobre o privado¹⁴⁴.

Para Aurora Tomazini Carvalho, alguns princípios podem se apresentar em estrutura hipotético-condicional, caso em que o princípio aparece como norma jurídica em

142 Método pós-positivista que analisa o direito positivo enquanto conjunto de normas válidas em determinado tempo e espaço, mas agrega outras técnicas, ultrapassando o legalismo estrito da Teoria Pura do Direito. Ao realizar o corte metodológico do objeto de estudo (normas jurídicas) não despreza os valores existentes no ordenamento jurídico e reconhece o papel do intérprete, afastando-se da Teoria mecanicista de Hans Kelsen. Utiliza-se de técnicas culturalistas que incluem os valores no estudo da Ciência do direito. Concede um papel de suma importância ao intérprete do direito, reconhecendo a sua função na construção do direito em oposição ao simples executor mecânico. Dessa forma, às ferramentas do positivismo são acrescidas novas ferramentas advindas de Teorias modernas como o Giro-linguístico e a Teoria dos valores. Sobre o tema vide CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2009; CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009.

143 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 481.

144 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 481-482.

sentido estrito. Como o princípio da legalidade: H – se for a instituição de obrigações ou proibições → deve-ser, C – obrigatória a veiculação por meio de lei¹⁴⁵.

Para a autora, o percurso gerador do sentido do texto jurídico envolve quatro planos: S1 (plano dos enunciados), S2 (plano das proposições); S3 (plano das normas jurídicas) e S4 (plano da sistematização)¹⁴⁶.

O primeiro plano (S1– Sistema de significantes – plano de expressão do direito positivo) é composto pelos enunciados prescritivos e marca o primeiro contato do intérprete com o “conjunto de símbolos estruturados na forma de frases e estas organizadas na forma de um texto”¹⁴⁷. Envolve a leitura dos enunciados já em um processo de interpretação em que se busca atribuir valores aos símbolos presentes no texto e construir as proposições jurídicas que aparecem isoladas.

No momento em que surgem as proposições, ingressa-se no segundo plano (S2 – Sistema das proposições - compostos por significações isoladas atribuídas ao campo de expressão do direito, sem estruturação deôntica), o primeiro plano imaterial, construído na mente do intérprete. Já existe uma mensagem, mas ela ainda não está completa, pois não se apresenta estruturada em fórmula hipotética condicional¹⁴⁸.

O intérprete continua a sua jornada e constrói o sentido deôntico completo, ou seja, uma unidade contendo uma hipótese e um conseqüente (H→C), uma mensagem estruturada em fórmula hipotética condicional e ingressa no terceiro plano, o das normas jurídicas em sentido estrito (S3 – sistema das significações deonticamente estruturadas – plano das normas). Uma vez completa a norma jurídica, o intérprete precisará situá-la dentro do sistema de significações e estabelecer os vínculos de subordinação e coordenação da

145 Esta concepção só se justifica porque a autora entende que as normas de estrutura ou de competência possuem bimetabridade, uma vez que é possível ao cidadão provocar o Estado-juiz para que reconheça a inconstitucionalidade de uma norma. Tal posição é diferente da adotada por Paulo de Barros Carvalho que considera apenas a norma de conduta como norma jurídica completa. CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 482.

146 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 226.

147 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 226.

148 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 227.

norma construída com as demais normas do sistema normativo, ingressando no último plano, o da sistematização (S4 – sistematização das normas jurídicas – relações entre as normas)¹⁴⁹.

O sistema de enunciados prescritivos (S1) é o campo da literalidade textual formado pelos enunciados prescritivos (frases) que compõem o texto escrito. Neste plano, há um documento que foi publicado na imprensa oficial composto de um ou vários enunciados grafados em obediência à morfologia da técnica legislativa, ou seja, com todas as partes que um texto jurídico deve possuir. O enunciado aparece como um dado físico objetivo do direito e marca o início do processo mental de construção de sentido, constituindo-se na base empírica do direito positivo. A alteração neste plano, ao contrário dos demais planos, depende de uma alteração consciente e vertida em linguagem escrita emitida pelos órgãos legisladores e mediante processo próprio (revogação)¹⁵⁰.

O sistema S2 é o sistema dos conteúdos significativos dos enunciados prescritivos. É neste plano que o intérprete constrói as significações na forma em que se apresentam nos enunciados, na busca de compor as proposições jurídicas. Ocorrem as construções de significações isoladas formadas em sentenças soltas, muitas vezes compostas com o auxílio da lógica alética (S é P). As proposições jurídicas são elaboradas na mente do intérprete e antecedem a construção da norma jurídica¹⁵¹. É neste plano que normalmente se encontram os princípios jurídicos.

O sistema S3 é o sistema das proposições jurídicas deonticamente estruturadas, já na forma de norma jurídica em sentido estrito. Neste plano, o intérprete associa as proposições elaboradas no plano anterior e estrutura na forma hipotética-condicional ($H \rightarrow C$), construindo uma “unidade completa de sentido deontico”¹⁵². A proposição antecedente descreve um evento de possível ocorrência no mundo das relações sociais. A consequência normativa apresenta-se como uma proposição relacional, enlaçando dois ou mais sujeitos de direito em torno de uma conduta regulada como proibida, permitida ou obrigatória¹⁵³. Para Paulo de Barros Carvalho, as normas jurídicas possuem uma feição dúplice: (i) norma

149 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 227.

150 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 233-234.

151 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 235-236.

152 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 237-238.

153 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 132-136.

primária que prescreve um dever e (ii) norma secundária que prescreve uma providência sancionatória para o caso de descumprimento da norma primária. Há uma variação apenas semântica, pois na secundária, o antecedente aponta uma conduta violadora de dever previsto no consequente da primária, ao passo que o consequente prescreve relação jurídica em que o sujeito ativo é o mesmo, mas agora o Estado, exercitando a sua função jurisdicional, passa a ocupar o lugar de sujeito passivo. Há entre elas uma relação de ordem não simétrica: $[D(p \rightarrow q) \rightarrow S_n]$ sendo S_n ($S'RS'''$), em que “p” é a ocorrência do fato jurídico; “.” o conectivo conjuntor; “-q” a conduta descumpridora do dever; “ $\rightarrow$ ”, o operador implicacional e “ S_n ” a sanção, desdobrada em S' (o mesmo sujeito ativo da norma primária); “R” o relacional deôntico e S''' o Estado-juiz (perante quem se postula o exercício da coatividade jurídica). Para o autor, as duas entidades (norma primária + norma secundária) formam a norma completa, pois expressam a mensagem deôntica-jurídica na sua integridade constitutiva: $D\{(p \rightarrow q) \vee [(p \rightarrow -q) \rightarrow S]\}$. O uso do disjuntor includente “v” tem a propriedade de demonstrar que as duas regras são simultaneamente válidas, mas que a aplicação de uma exclui a outra¹⁵⁴. Para a construção da norma, o intérprete percorre várias vezes os demais planos para retornar ao S3¹⁵⁵.

O plano S4 é o das significações normativas organizadas sistematicamente. É neste plano que a norma completa em sua estrutura lógica e com seu conteúdo semântico irá se relacionar com as demais normas jurídicas por meio de vínculos de subordinação e coordenação. A norma é posicionada em um dos graus da hierarquia normativa para ter verificada a sua fundamentação jurídica, identificando-se eventuais vícios de constitucionalidade e ilegalidade. Também se identificam as outras normas relacionadas com a norma jurídica construída e os conflitos entre as normas postas no sistema.

A sistematização das normas jurídicas sempre toma por base os critérios de organização do sistema S1, pois a hierarquia decorre da fonte que emitiu o enunciado, pois em um primeiro momento já se tem um texto constitucional, legal ou infralegal. Não obstante, após a construção das significações é comum o aplicador do direito escolher uma norma em detrimento de outra, quando identificada a existência de conflito entre as normas jurídicas¹⁵⁶. Os planos S1, S2, S3 e S4 não se encontram isolados, mas integrados, sendo que, no processo

154 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 137-139.

155 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 240-241.

156 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 241-243.

de construção dos sentidos, o intérprete transita livremente entre os demais planos sem sair do plano em que se encontra¹⁵⁷.

Nem todo princípio chega a apresentar a estrutura hipotético-condicional, da mesma forma que nem todos possuem referibilidade a enunciados jurídicos pontuais, mas todos se configuram como proposições jurídicas, ou seja, “como significações construídas a partir do texto do direito positivo, que ora podem aparecer como antecedente, ora como consequente de normas jurídicas, ou ainda, como linhas diretivas que influem na construção, aplicação, fundamentação e justificação de regras jurídicas”¹⁵⁸.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, os princípios aparecem como “linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhe caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”. Eles exercem “uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob o seu raio de influência e manifestam a força de sua presença”¹⁵⁹.

O princípio pode expressar um valor ou limite objetivo (princípio-conteúdo) que se encontra dentro da proposição jurídica (forma).

Os valores “são centros significativos que expressam uma preferibilidade por certos conteúdos de expectativas, são preferência por núcleos de significações” e se encontram presentes em todo o ordenamento jurídico. Assim, toda norma jurídica traz um valor, porém são chamados de princípios aqueles valores que hierarquicamente são colocados num patamar de superioridade na organização do sistema e que “acabam exercendo significativa influência na construção, estruturação e aplicação das demais significações”¹⁶⁰.

Tem-se como exemplos de princípios, os valores justiça, segurança jurídica, certeza do direito e eficiência, todos como fim a ser perseguido pelas outras normas. A graduação hierárquica dos valores encontra-se condicionada aos horizontes culturais do intérprete e denota a sua preferibilidade. Pode-se dizer que existem princípios e sobreprincípios, sob o critério da existência de valores que se implementam pela realização de

CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 244.

158 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 482.

159 *Direito tributário, linguagem e método*, p. 262

160 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 483.

outros valores ou de limites objetivos¹⁶¹. A eficiência é princípio-valor enquanto a padronização é limite objetivo.

A eficiência é um princípio-valor proque preenche os seguintes requisitos: a) bipolaridade; b) implicação recíproca; c) referibilidade; d) preferibilidade; e) incomensurabilidade; f) graduação hierárquica; g) objetividade; h) historicidade; i) inexauribilidade; j) atributividade e k) indefinibilidade¹⁶².

Pela bipolaridade, onde existir valor existirá um desvalor, um contraponto e, neste caso, tem-se eficiência/ineficiência como valores opostos. A eficiência é um valor que deve conduzir a atuação dos agentes públicos por determinação expressa do *caput*, do artigo 37, da Constituição Federal. Da mesma forma, uma Administração Pública ineficiente é algo não desejado pelo ordenamento jurídico constitucional. Segundo Odete Medauar, o princípio da eficiência impõe rapidez e precisão em contraposição à lentidão, ao descaso, à negligência, à omissão¹⁶³.

Pela implicação recíproca, um valor sempre irá influir direta ou indiretamente na realização de outro valor. A eficiência implica outros valores tais como a economicidade, a boa administração etc.¹⁶⁴. Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que “para o Direito e para a Política a eficiência tem mais duas dimensões: a legalidade – conformar-se externamente à lei – e a legitimidade – atender ao interesse público”¹⁶⁵.

A referibilidade importa sempre em uma tomada de decisão do ser humano perante alguma coisa a que está referida. A eficiência aqui tratada se encontra referida na atuação da Administração Pública, a ser considerada eficiente ou ineficiente. Eduardo Granha Magalhães Gomes, ao realizar um estudo sobre um modelo de gestão pública, afirma que “estas iniciativas de mudança da forma de inserção do Estado na sociedade e no mercado e do

161 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 484.

162 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 178-179.

163 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 136-137.

164 HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 126.

165 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade – Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 29.

modo de administração das organizações públicas estão buscando o aumento da eficiência na prestação dos serviços públicos”¹⁶⁶.

Pela preferibilidade, os valores são entidades vetoriais e apontam para uma direção entre todas as outras. A eficiência está entre os valores escolhidos pelo legislador constitucional para reger a Administração Pública. Para José dos Santos Carvalho Filho, “o princípio pelo menos prevê para o futuro maior oportunidade para os indivíduos exercerem sua real cidadania contra tantas falhas e omissões do Estado”¹⁶⁷.

Os valores são incomensuráveis. Não se pode estabelecer uma medida para os mesmos, apenas reconhecer a sua existência. A eficiência é um objeto cultural criado pelo homem e escolhido como qualidade de alguma coisa, sendo impossível de se medir como os outros objetos, pois depende da significação que lhe é concedida. A impossibilidade de mensuração não impede a utilização de instrumentos de controle que tenham por finalidade avaliar o cumprimento de metas e objetivos previamente traçados pela Administração. A medida se relaciona à quantidade de ações desenvolvidas pelos sujeitos e não à medição do valor eficiência. É comum recorrer-se ao uso de indicadores para mensurar o grau de eficiência de órgãos públicos, servidores públicos e da qualidade do serviço público oferecidos aos cidadãos que se apresentam como ferramentas de planejamento e controle da eficiência.

Os princípios se acomodam em escalas hierárquicas e conforme a ideologia de cada um. O princípio da eficiência é um princípio constitucional e, portanto, encontra-se em uma hierarquia superior aos demais atos normativos que não foram introduzidos no ordenamento jurídico por textos constitucionais. Segundo Paulo de Barros Carvalho, o princípio serve de fator de agregação para outras normas do ordenamento jurídico¹⁶⁸. Realizando-se um corte metodológico dos princípios constitucionais, isolando-se também os princípios que regem a Administração Pública pode-se afirmar que o princípio da eficiência conduz todo o seu atuar, independente de ser atividade meio ou fim. Paulo Modesto defendeu

166 GOMES, Eduardo Granha Magalhães. *Gestão por resultados e eficiência na Administração Pública: uma análise à luz da experiência de Minas Gerais*. São Paulo: EAESP/FGV, 2009, 187 f.. (Tese de Doutorado apresentada ao Curso de Doutorado de Administração Pública e Governo da EAESP/FGV, Área de Concentração: Transformações do Estado e Políticas Públicas), p. 14. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/EPPGG/producaoAcademica/tese_Eduardo_Granha.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2010.

167 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 29.

168 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 268.

a mudança do enunciado “qualidade dos serviços prestados”, pelo de “eficiência”, justamente pela necessidade de alcance geral, já que estaria inserido entre os princípios gerais da Administração Pública¹⁶⁹.

Valores são qualidades aderentes que os homens predicam aos objetos (objetividade). A eficiência se apresenta como uma qualidade do agir administrativo que permite, perante uma situação específica, analisar se ele foi eficiente ou ineficiente. Esta análise normalmente é realizada através do uso de indicadores que funcionam como ferramentas que além de medirem o desempenho dos processos orientados para as necessidades e expectativas sociais, ainda se apresentam como mecanismos a serem utilizados na tomada de decisões¹⁷⁰.

Pela historicidade, os valores são construídos na evolução do processo histórico e cultural. Os juristas têm debatido um conteúdo mínimo para o princípio da eficiência e nesta tentativa tem sido comum a afirmação do contexto histórico em que se emendou a Constituição Federal, e no sentido conferido ao princípio da eficiência, hoje muito mais abrangente do que o inicialmente concebido. O projeto de Emenda Constitucional trazia o princípio da eficiência atrelado à “qualidade do serviço prestado” e voltado à proteção dos usuários do serviço público. Durante o trâmite, o texto evoluiu para abarcar a eficiência como balizamento para o planejamento, execução e controle das atividades desenvolvidas pelo serviço público em geral¹⁷¹. Após o seu ingresso no ordenamento jurídico, no *caput* do art. 37, da Constituição Federal, passou a abarcar todas as atividades administrativas e não somente o serviço público e o servidor público. Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que o princípio da eficiência possui dois aspectos: “em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados” e o “modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também como o mesmo objetivo de alcançar melhores resultados na prestação do serviço público”¹⁷².

A eficiência é um valor que rege a Administração Pública, sendo que, para que isto ocorra há a necessidade de inexauribilidade: a cada positivação da norma constitucional

169 MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência, p.7.

170 GARCIA, Riter Lucas de Miranda. *Eficiência em órgãos públicos: uma proposta de indicadores*. 2008. 87 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 34-38.

171 PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma administrativa: o Estado, o serviço público e o servidor*. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p.111.

172 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 84.

será exigida a eficiência, sendo impossível de se pensar que bastaria uma única atuação eficiente para que não existisse mais a exigência para as outras ações.

A atributividade revela a relação entre o sujeito e o objeto, tal que o sujeito, motivado por uma necessidade, não se comporta com a indiferença, atribuindo-lhes qualidades positivas ou negativas. Ao se conceber a função administrativa, um dos valores que se quer alcançar é a eficiência da função administrativa. Riter Lucas de Miranda Garcia afirma que a reforma administrativa foi moldada com o intuito de “conceder dinamismo e eficácia às medidas de impacto implementadas com o intuito de oferecer qualidade, transparência e credibilidade aos agentes do Poder Público na prestação de serviços à população”¹⁷³.

A indefinibilidade fixa a impossibilidade de se definir o valor. Emerson Gabardo aponta as dificuldades encontradas em se fixar um sentido para o princípio da eficiência e apresenta as principais aproximações apresentadas: eficiência como eficácia, efetividade, racionalização, produtividade, economicidade e celeridade. Informa também a existência de especificações da eficiência, em que ao termo eficiência se agrega um adjetivo: eficiência operativa; eficiência técnica; eficiência econômica *strictu sensu*; eficiência econômica produtiva; eficiência moral¹⁷⁴.

O princípio da eficiência decorre do enunciado constante no *caput*, do art. 37, da Constituição Federal e fundamenta outras normas constitucionais, tais como: a norma que fixa a possibilidade de desligamento de servidor público após procedimento de avaliação periódica de desempenho; a que confere a competência para a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública quanto à análise da economicidade e que será realizada avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços (art. 41, §1º, III; 70, *caput*, e 37, §3º, I).

Além dos citados dispositivos, existem também: a) a possibilidade de ser ampliada mediante contrato de gestão a “autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta” que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade (art. 37, §8º); b) a criação de escolas de governo cuja finalidade é formação e aperfeiçoamento dos servidores públicos constituindo-se um dos

¹⁷³ Eficiência em órgãos públicos: uma proposta de indicadores, p. 30.

¹⁷⁴ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 24-30.

requisitos para promoção na carreira (art. 39, §2º); c) avaliação especial de desempenho como condição para se adquirir a estabilidade (art.41,§4.º).

Os limites objetivos “são instrumentos jurídicos utilizados pelo legislador para atingir determinados fins. Não são valores considerados em si mesmos, mas voltam-se para a implementação de valores”. O valor “parece não estar presente, mas se encontra no fim a ser alcançado pela técnica prescrita”¹⁷⁵. Como exemplo, tem-se a padronização prevista no art. 15, I, da Lei 8666/93 e no art. 4º, I, da lei 12462/11 (RDC), apresentando-se como técnica, instrumento que deve ser seguido pela Administração Pública para se alcançar a eficiência.

2.1.2 Princípios constitucionais

O sistema de direito positivo é, segundo Paulo de Barros Carvalho, fechado sintaticamente e aberto semântica e pragmaticamente. É fechado, pois a sua estrutura se reduz a $H \rightarrow C$. É aberto, porque colhe informações e incide sobre a linguagem social. O sistema do direito positivo permite que dados externos nele ingressem por meio das hipóteses normativas e que suas comunicações se externem por meio de relações jurídicas. Para que a linguagem do sistema social ingresse no sistema de direito positivo, ela terá de preencher os requisitos de pertencibilidade determinados pelo próprio sistema. Ela precisa passar pelo filtro da facticidade jurídica para deixar de ser linguagem social e se tornar linguagem jurídica¹⁷⁶.

O direito posto aparece no mundo integrado a uma camada de linguagem prescritiva na qual “suas normas estão dispostas numa estrutura hierarquizada, regida pela fundamentação ou derivação que se opera tanto no aspecto material quanto no formal ou processual, o que lhe imprime possibilidade dinâmica, regulando ele próprio, sua criação e suas transformações”. A Constituição imprime caráter unitário ao conjunto e a multiplicidade de normas, como entidades da mesma índole, lhe confere o timbre de homogeneidade como um “sistema nomoempírico prescritivo vertido em linguagem técnica”¹⁷⁷.

175 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 484.

176 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 216-218.

177 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 213-214.

É para a Constituição que todas as normas do sistema convergem, sendo ela o fundamento último de validade de todas elas. As normas do sistema jurídico distribuem-se em vários escalões hierárquicos, desde a Constituição até as normas individuais de máxima concretude, que ficam na base da pirâmide idealizada por Hans Kelsen. A verticalização do sistema decorre de critérios de fundamentação (da norma inferior para a superior), de derivação (da norma superior para a inferior), da competência e do processo de criação e transformação das normas¹⁷⁸.

Os vínculos horizontais entre as normas jurídicas são determinados pelas relações de coordenação existentes entre elas e que são estabelecidos por critérios de ordem semântica (em razão da matéria) e pragmática (em razão da forma), uma vez que uma norma irá completar o sentido da outra. Sob o “critério da complementação, tendo-se em conta dados formais ou materiais, o intérprete vai estabelecendo vínculos entre as normas jurídicas e tecendo as relações de coordenação do sistema”¹⁷⁹.

Para Hans Kelsen, a “Constituição representa o escalão do direito positivo mais elevado”¹⁸⁰, daí decorre o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual todas as normas do sistema jurídico devem buscar fundamento de validade nas normas constitucionais.

Segundo Luís Roberto Barroso, “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas no século XX foi a atribuição à norma constitucional dos *status* de norma jurídica. Superou-se assim, o modelo adotado na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político” e isto se deve, em grande parte, à difusão do modelo norte-americano de constitucionalismo fundado “na força normativa da Constituição, documento dotado de supremacia e protegido por mecanismos de controle de constitucionalidade”. A normatividade gerou as seguintes consequências: a) aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla; b) parâmetro de validade das demais normas jurídicas do sistema e c) valores e fins constitucionais devem orientar o

178 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*, p. 604-606.

179 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*, p. 608.

180 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

intérprete e aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e alcance das normas jurídicas infraconstitucionais¹⁸¹.

Os princípios jurídicos constitucionais são normas constitucionais, e se apresentam como normas de hierarquia superior; como fonte de produção jurídica e fundamento de validade de outras normas inferiores. Formam ainda a estrutura fundamental de todo o sistema jurídico e cumprem a função de orientar o legislador (construtor dos enunciados prescritivos) e o intérprete (construtor das regras jurídicas) nas suas funções.

Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulamentação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-se, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social.

Os princípios constitucionais são, assim, o cerne da Constituição, onde reside a sua identidade, a sua alma. A ordem constitucional forma-se, informa-se, conforma-se pelos princípios adotados. São eles que mantêm em sua dimensão sistêmica, dando-lhe fecundidade e permitindo a sua atualização permanente. É na recriação de seu texto que se permite à Constituição renascer, adequando-se ao sentido do Justo que o povo acolhe em cada momento histórico, legitimando-se pelo movimento incessante, mas sem conduzir à perda da natureza harmoniosa que preside o sistema e que fica assegurada pela integratividade que a observância dos princípios possibilita.¹⁸²

São várias as características dos princípios constitucionais apontadas pela doutrina: a) proximidade dos princípios em relação à ideia básica de Direito que os tornam *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na ideia de direito¹⁸³; b) natureza “normogenética” uma vez que estão na base ou constituem a *ratio* das regras Jurídicas¹⁸⁴; c) dimensão axiológica em que se reconhece a presença de valores que

181 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 219-221.

182 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 23.

183 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 1146.

184 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 1147.

orientam o ordenamento¹⁸⁵; d) plasticidade que decorre de sua forma vaga, ampla e aberta que permite aos princípios jurídicos “amoldarem-se às diferentes situações e assim acompanharem o passo da evolução social”¹⁸⁶.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, os princípios constitucionais apresentam as seguintes características: a) generalidade: não pontuam com especificidade e minudências hipóteses concretas de regulações jurídicas aplicando-se a situações indefinidas, dirige o conteúdo e exclui qualquer ditame jurídico que lhe contrarie a diretriz; b) primariedade: são primários, iniciais, deles decorrem toda a elaboração normativa e nos elementos lógicos e ideológicos que refletem e que neles e por eles se projetam – garantem identidade lógica, traçam e retratam a ideologia jurídica ao sistema normativo; c) dimensão axiológica: possuem conteúdo ético que confere dimensão axiológica ao sistema, têm historicidade e engajam-se em uma ideia de Direito formulada a partir e segundo um ideal de Justiça que determinado povo anima e busca fazer concreto afirmando o compromisso ideológico; d) objetividade: possuem conteúdo próprio cuja explicitação é função do aplicador; e) transcendência e atualidade: superam a elaboração normativa constitucional formal impregnando-a de diretrizes e se atualizam conforme o ideário social através da interpretação; f) polimorfia: multiplicidade dos sentidos que possibilita a mutação do significado do princípio sem gerar a multiplicidade conceitual simultânea, pois têm um significado considerado constitucional, formalmente válido e vigente em dado momento; g) vinculabilidade e aderência: vinculam a sociedade impondo comportamentos em conformidade com os seus valores e impedindo que qualquer comportamento se excepcione das diretrizes por eles traçadas; h) informatividade: informam o ordenamento jurídico; i) complementariedade: atuam em coordenação complementando-se reciprocamente e j) normatividade jurídica: possuem a força normativo-constitucional, veiculando-se como norma superdotada de potência impositiva imediata, fundamento de validade e coerência de todo o sistema jurídico¹⁸⁷.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, a Constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização (densidades semânticas diferentes). É

185 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 316.

186 ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003, p. 21.

187 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 28-43.

concebida como um sistema interno composto de princípios estruturantes fundamentais que se concretizam através de subprincípios e regras constitucionais¹⁸⁸.

O autor cita a seguinte sequência para a concretização dos princípios, que se apresentam graficamente de forma hierarquizada: princípios estruturantes → princípios constitucionais gerais → princípios constitucionais especiais → regras constitucionais. O esquema gráfico não se desenvolve apenas na direção de cima para baixo – dos princípios mais abertos para os mais densos - ou de baixo para cima, do concreto para o abstrato, pois a formação do sistema interno ocorre mediante um processo biunívoco de “esclarecimento recíproco”. Dessa forma, “os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais e regras), e estes formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição)”¹⁸⁹.

Todos os princípios e regras poderão ainda obter maior grau de densidade semântica através da “concretização legislativa e jurisprudencial”. Os princípios estruturantes podem ser concretizados “com acentuações diversas” através dos mesmos princípios gerais, e cita como exemplo o princípio (geral) da publicidade que concretiza tanto o princípio democrático quanto o do Estado de direito, no primeiro por ser contrário a “política do segredo” e, no segundo, por se apresentar como “uma exigência da segurança dos cidadãos”¹⁹⁰.

Os princípios constitucionalmente estruturantes constituem o “núcleo essencial da Constituição” e lhe garantem “identidade e estrutura”. Possuem duas dimensões: a constitutiva pela qual “constituem uma compreensão global da ordem constitucional” e a declarativa na qual assumem a natureza de “superconceitos”, utilizados para exprimir a “soma de outros subprincípios e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas”¹⁹¹.

Possuem sentido específico, “marca distintiva”, todavia atuam “imbricadamente, complementando-se, limitando-se e condicionando-se de forma recíproca”. Articulam-se em termos de complementariedade e condicionam-se mutuamente: “operam, em suas relações recíprocas, ‘deslocações compreensivas’: as modificações relativas à compreensão do

¹⁸⁸ *Direito constitucional*, p. 1170.

¹⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 1172-1173.

¹⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 1170- 1173.

¹⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 1170-1171.

conteúdo de um princípio são susceptíveis de produzir refacções quanto ao correcto entendimento do outro”¹⁹².

Na mesma linha, Luís Roberto Barroso classifica os princípios em três níveis: o dos princípios constitucionais fundamentais, o dos princípios constitucionais gerais e o dos princípios constitucionais setoriais¹⁹³.

Os princípios constitucionais fundamentais contêm as decisões políticas estruturais do Estado e seus valores mais elevados, condensam todas as demais normas constitucionais. São para eles que as normas são direta ou indiretamente reconduzidas ou desdobradas. Correspondem aos princípios constitucionais de organização. “Neles se substancia a opção política entre Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático etc.”¹⁹⁴.

Os princípios constitucionais gerais, “embora não integrem o núcleo de decisão política formadora do Estado, são, normalmente, importantes especificações dos princípios fundamentais”. Possuem “menor grau de abstração e ensejam, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam”. “São princípios que se irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramentos dos princípios fundamentais”, e se aproximam dos “princípios identificados como princípios definidores de direitos”. Cita como exemplos: princípio da legalidade (art. 5º, II); princípio da isonomia (art. 5º, caput, I); princípio da autonomia estadual e municipal (art. 18); princípio do acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV); princípio da irretroatividade das leis (art. 5º, XXXVI); princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) e princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV)¹⁹⁵.

Os princípios constitucionais setoriais “são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas em seu âmbito de atuação são supremos”. Podem se apresentar como “mero detalhamento dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da legalidade penal” ou de “forma autônoma como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou o do concurso público em matéria de administração pública”. Há princípios especiais em domínios diversos, como os da Administração Pública, organização dos Poderes,

192 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 1170-1173.

193 BARROSO, Luís Roberto. Princípios constitucionais brasileiros. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, Malheiros, n. 01, 1993, p. 168-85.

194 BARROSO, Luís Roberto. Princípios constitucionais brasileiros, p. 173-174.

195 BARROSO, Luís Roberto. Princípios constitucionais brasileiros, p. 174.

tributação e orçamento, ordem econômica e ordem social. São exemplos de princípios setoriais relacionados à Administração Pública: princípio da legalidade administrativa (art. 37, *caput*); princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*); princípio da moralidade (art. 37, *caput*); princípio da publicidade (art. 37, *caput*); princípio do concurso público (art. 37, II); princípio da prestação de contas (art. 70, par. único)¹⁹⁶.

O princípio constitucional da eficiência é um princípio setorial com a finalidade de concretizar o princípio constitucional geral da eficiência do Estado (rege todas as funções estatais) e os princípios estruturantes republicano e democrático social¹⁹⁷, enquanto o princípio constitucional se relaciona de forma complementar com os demais princípios constitucionais setoriais e gerais que regem a Administração Pública, e que serão abordados no próximo item.

2.2 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA SOCIAL

O princípio constitucional da eficiência se relaciona com os demais princípios constitucionais setoriais da Administração Pública desenhando a forma de exercício da competência, devendo ser aplicado de forma ponderada com os demais princípios. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de direito”¹⁹⁸.

Compõe com os demais princípios constitucionais administrativos um núcleo coeso que delinea o atuar da Administração Pública na concretização dos seus fins. Exige “postura ativa da Administração no sentido de sempre procurar aprimorar o cumprimento dos demais princípios constitucionais”¹⁹⁹ perante o caso concreto, no momento da emissão do ato administrativo.

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Princípios constitucionais brasileiros*, p. 174.

¹⁹⁷ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 89-90.

¹⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 85.

¹⁹⁹ MOREIRA, Egon Bockman. *O processo administrativo no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 206.

Já o princípio setorial encontra-se relacionado ao princípio constitucional geral da eficiência do Estado, decorrente dos princípios republicano e democrático social. Segundo João Carlos Simões Gonçalves Loureiro “entendido em sentido amplo, o princípio da eficiência tem dignidade constitucional”, bastando “lançar mão da cláusula Estado Social”²⁰⁰. O administrador, ao exercer a função pública, tem o dever de realizar o interesse da sociedade, de efetuar escolhas concernentes ao bem comum e deve fazê-lo de forma eficiente, otimizando os meios disponíveis para alcançar os fins almejados. Da mesma forma, a social democracia impõe à Administração a adoção de instrumentos que garantam a participação popular nas decisões político-administrativas e o oferecimento de prestações positivas relacionadas aos direitos econômicos, sociais e culturais.

2.2.1 Princípio republicano

O princípio republicano é um princípio estruturante. Conforme Geraldo Ataliba, “a ideia de República domina não só a legislação, como o próprio Texto Magno, inteiramente, de modo inexorável, penetrando todos seus institutos e esparramando seus efeitos sobre seus mais modestos escaninhos ou recônditos meandros”. E continua, “tal é a sua importância no contexto do nosso sistema, tão dominadora sua força, que influi, de modo decisivo, na interpretação dos demais princípios constitucionais e, com maior razão, de todas as regras constitucionais”²⁰¹.

Segundo José Afonso da Silva, o termo República é comumente empregado no sentido de forma de governo contraposta à monarquia, mas representa uma das formas institucionais do Estado ao designar “uma coletividade política com características de *res publica*, no seu sentido originário de coisa pública, ou seja: coisa do povo e para o povo, que se opõe a toda forma de tirania”²⁰².

José Joaquim Gomes Canotilho aponta seis dimensões para a forma republicana de governo. Dimensão jurídico-constitucional de radical incompatibilidade de um governo

200 LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Coimbra: 1995, p.133.

201 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3ª ed. atual. Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 34.

202 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 102.

republicano com o princípio monárquico e com os privilégios hereditários (dimensão antimonárquica) e títulos nobiliárquicos (dimensão antiaristocrática). A segunda dimensão em que se apresenta como “esquema organizatório de controle de poder”, apontando para a “ideia de um arranjo de competências e funções dos órgãos políticos em termos de balanceamento, de freios e contrapesos (*check and balances*)”. A terceira pressupõe um “catálogo de liberdades (regime de liberdade) onde se articulam intersubjectivamente a liberdade dos antigos (direito de participação política) e a liberdade dos modernos (direitos de defesas individuais)”. A quarta aponta para a existência de “corpos territoriais autônomos” que pode legitimar um esquema territorial de natureza federalista, de autonomia regional ou local com âmbito territorial mais restrito. A quinta reivindica uma “legitimação do poder político baseada no povo (governo do povo)”, uma vez que, num governo republicano a legitimidade das leis funda-se no princípio democrático com a consequente articulação da “autodeterminação do povo com o governo das leis e não governo dos homens”. A sexta recolhe e acentua a ideia de “antiprivilégio no que respeita à definição dos princípios e critérios ordenadores do acesso à função pública e aos cargos públicos”, sendo que, de um modo geral, ela prefere os critérios de “electividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade, aos critérios da designação, hierarquia e vitaliciedade”²⁰³.

Para Geraldo Ataliba:

A República, tal como plasmada pelos sucessivos constituintes brasileiros, traduz-se um conjunto de instituições cujo funcionamento harmônico visa assegurar, da melhor maneira possível, a eficácia de seu princípio básico, consistente na soberania popular.

De todas as instituições chamadas republicanas – como verdadeiro sinónimo de democracia – importa salientar as que cuidam de preservar a legitimidade dos instrumentos de representação, dos meios de controle e fiscalização dos mandantes sobre os mandatários e outros institutos forjados pela necessidade de proteger sejam os mecanismos republicanos, sejam as liberdades públicas, em função das quais se criaram tais construções institucionais²⁰⁴.

Segundo Dalmo Abreu Dalari, as características fundamentais da República, mantidas desde o século XVII e que foram a razão de seu prestígio e de sua receptividade, são: a) temporariedade: o Chefe de Governo recebe um mandato com prazo de duração predeterminado e com proibição de reeleições sucessivas; b) eletividade: o Chefe do Governo

203 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 228-230.

204 *República e Constituição*, p. 91.

é eleito pelo povo, não se admitindo a sucessão hereditária ou qualquer outra forma que impeça o povo de participar da escolha; c) responsabilidade: o Chefe de Governo é responsável devendo prestar contas de sua orientação política, ou ao povo diretamente ou a um órgão de representação popular²⁰⁵.

Conforme Antonio Sampaio Dória, como os cidadãos não podem gerir pessoalmente os negócios públicos que lhes são imprescindíveis à vida, “elegem representantes, para dirigi-los em seu nome, e por sua conta”²⁰⁶, sendo que os representantes recebem o encargo de procederem nas questões públicas como se fossem os representados. O mandato configura assim um estatuto especial no qual:

o representante tem de querer com o povo, ou como o povo, e nunca em nome próprio, como em causa própria; 2º. As atribuições dos governantes são as instruções do povo em leis ou costumes, ou tudo o que estiver implícito na finalidade do encargo; 3º. Com a eleição de governantes, o povo não aliena direito de os chamar as contas, e responsabilizá-los pelo que tenham feito, ou deixado de fazer; 4º. O governante é autodeterminante na técnica com que desempenhe o mandato²⁰⁷.

Antonio Sampaio Dória, comparando o mandato particular e o público, afirma que no mandato particular encontra-se reservado o direito do comitente “examinar o que o administrador fez, está fazendo ou vai fazer, em seu nome” e tem o direito de “chamá-lo às contas, e responsabilizá-lo pelo que fez, ou deixou de fazer”. No caso do mandato político, o povo também tem o direito de responsabilizar os eleitos pelo desempenho do mandato. Dessa forma, “se o governante andou bem, contentou o povo [...] nada mais razoável que lhe renovar o povo indefinidamente o mandato”, mas se “o traiu, se foi relapso, se foi desastrado, não deve estranhar que o povo, traído, o renegue, lhe retire a confiança, não o reeleja, e o condene à execração pública”²⁰⁸.

O regime republicano é o regime da responsabilidade dos agentes públicos, apresentando-se como “lógico corolário da situação de administradores *lato sensu*, ou seja, gestores da coisa alheia”²⁰⁹. Em uma República impõe-se a responsabilização jurídica e pessoal de todos os agentes públicos em decorrência da administração da “coisa pública”.

205 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 227.

206 DÓRIA, Antonio Sampaio. *Direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1962, vol. I, p. 308-309.

207 DÓRIA, Antonio Sampaio. *Direito constitucional*, p. 312.

208 DÓRIA, Antonio Sampaio. *Direito constitucional*, p. 310.

209 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, p. 67.

Para Geraldo Ataliba:

Todos os mandamentos constitucionais que estabelecem os complexos e sofisticados sistemas de controle, fiscalização, responsabilização e representatividade, bem como os mecanismos de equilíbrio, harmonia (*cheks and balances* do Direito norte-americano, aqui adaptados pela mão genial de Ruy) e demais procedimentos a serem observados no relacionamento entre os poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando sua função primacial no sistema jurídico²¹⁰.

A República implica o “fazer dos agentes públicos, que exercem diretamente o poder político, representantes diretos do povo, por eles escolhidos e renovados periodicamente”. O povo exerce o controle através da renovação dos mandatos e pela responsabilização dos agentes políticos (punição e destituição dos cargos) quando “violam seus deveres, excedendo ou descumprindo os termos do mandato que receberam”²¹¹.

2.2.2 Princípio social democrático

A democracia é conceituada por Paulo Bonavides como “aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo”²¹². Nesse modelo, existem espaços políticos para que o povo participe da tomada de decisões políticas, indiretamente através de representantes (República), diretamente através de mecanismos de participação popular, como cidadão ou através da sociedade organizada, decidindo e exercendo o controle social e jurídico do poder.

O princípio democrático no direito contemporâneo é visto como princípio-síntese que abarca os valores de todas as dimensões do direito: liberdade, igualdade e fraternidade. Conforme Paulo Bonavides incorpora os princípios da igualdade e da liberdade, abraçados ao dogma da justiça, configurando-se como um direito fundamental de quarta dimensão. Precedendo à “quarta dimensão” existem os direitos fundamentais de primeira dimensão

210 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, p. 38

211 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 50-51.

212 BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 13.

(direitos civis e políticos que têm por titular o indivíduo em face do Estado), os de segunda dimensão (direitos ligados ao princípio da igualdade que engloba os direitos sociais, culturais e econômicos, os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo através do Estado social) e os de terceira dimensão (direitos da fraternidade - relacionados a temas referentes ao gênero humano tais como, desenvolvimento, paz, meio-ambiente, comunicação e patrimônio comum da humanidade). Os direitos de quarta dimensão, “não somente culminam a objetividade dos direitos das gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, remover a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração”. Tais direitos sobrevivem e “ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico”²¹³.

José Joaquim Gomes Canotilho visualiza o princípio democrático como algo dinâmico, inerente a uma “sociedade aberta e ativa” que oferece aos cidadãos a “possibilidade de desenvolvimento integral, liberdade de participação crítica no processo político, condições de igualdade econômica, política e social”. Há uma transformação da República para uma sociedade livre, justa e solidária, com a finalidade de realizar a democracia em todos os seus aspectos, para promover o bem-estar, a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os cidadãos, bem como a efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais mediante a transformação e modernização das estruturas existentes²¹⁴.

Na democracia atual, o papel do “povo” tem se alterado de “ícone” para fonte de todo poder que legitima a autoridade e que se exerce nos limites consensuais do contrato social. Para Friedrich Müller “povo” pode ser analisado sob quatro sentidos: a) povo ativo; b) instância global de atribuição de legitimidade; c) ícone e d) destinatário das prestações civilizatórias do Estado. Povo ativo é o titular de nacionalidade (totalidade dos eleitores de um Estado) em conformidade com as prescrições constitucionais: “por força da prescrição expressa as constituições somente contabilizam como povo ativo os titulares de nacionalidade”. Como instância global de atribuição de legitimidade: o povo elege seus representantes que elaboram as normas gerais e abstratas que regem as ações e interesses do próprio povo. Como ícone, o povo passa a ser algo irreal, mitificado, algo tutelado abstratamente e inofensivo para o poder-violência. Como destinatário de prestações civilizatórias do Estado, o “povo” representa a totalidade dos efetivamente atingidos pelo

213 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 562-573.

214 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 289.

direito vigente e pelos atos decisórios do poder estatal, como destinatário das liberdades civis e dos direitos humanos. Para o autor, o “povo” deve ser considerado como uma “realidade viva em um mundo concreto”. “Trata-se de ‘todo’ o povo dos generosos documentos constitucionais; da população, de todas as pessoas inclusive das (até o momento) sobreintegradas e das (até o momento) excluídas”²¹⁵.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio democrático é um “princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais”. Materialmente fixa fins e valores (soberania popular, garantia dos direitos fundamentais, pluralismo de expressão e organização político democrática) e processualmente fixa regras e processos para o exercício da democracia, representando mais do que “um método ou técnica de os governantes escolherem os governados, pois como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ele aspira tornar-se impulso dirigente de uma sociedade”²¹⁶.

É princípio complexo que reúne as premissas da teoria democrática representativa (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes) e a teoria democrática participativa, que envolve a “estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico de divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos”. Nesse sentido tem-se “o reconhecimento constitucional da participação direta e efetiva dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático e aprofundamento da democracia participativa”²¹⁷.

A democracia participativa propicia a participação dos cidadãos na tomada de decisões coletivas, através de inúmeros canais que proporcionam a aferição da vontade geral, em substituição aos velhos modelos em que há a incorporação do cidadão à máquina administrativa, como agente político ou servidor público. Nela, o Estado segue parâmetros pré-estabelecidos após ampla discussão dos interessados, sempre visando ao interesse geral sob a ótica dos principais envolvidos. A apresentação, debate e deliberação de propostas, bem como a discussão de ações alternativas, passam a ser utilizados cotidianamente, pois o cidadão participa direta ou indiretamente das ações. A “participação é o lado dinâmico da

215 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 6ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 51-112.

216 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 287-288.

217 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 288-289.

democracia, a vontade atuante que, difusa ou organizada, conduz no pluralismo o processo político à racionalização, produz o consenso e permite concretizar, com legitimidade, uma política de superação e pacificação de conflitos”²¹⁸.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho:

Com a consagração de uma inequívoca *dimensão representativa* do princípio democrático, a Constituição teve em conta não só a mudança estrutural desta dimensão nos modernos Estados, mas também a necessidade de dar *eficiência, selectividade e racionalidade* ao princípio democrático (*orientação de output*). Afastando-se das concepções restritivas de democracia, a Constituição alicerçou a *dimensão participativa* como outra componente essencial da democracia. As premissas antropológico-políticas da participação são conhecidas: o homem só se transforma em homem através da autodeterminação e a autodeterminação reside primariamente na participação política (*orientação de input*). Entre o conceito de democracia como optimização de participação, a Lei Fundamental ‘apostou’ num conceito ‘complexo-normativo’, traduzido numa relação dialética (mas também integradora) dos dois elementos – representativo e participativo²¹⁹.

Para o autor, o princípio democrático é informador do Estado, “aponta para um processo de democratização extensivo a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural”, tais como o controle de gestão, a gestão democrática das escolas, a participação na administração local. Como princípio de organização cumpre a função de organizar o domínio político segundo o “programa de autodeterminação e autogoverno: o poder político é constituído, legitimado e controlado pelo cidadão (povo) igualmente legitimado para participar do processo de organização da forma de Estado e de governo”²²⁰.

A dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático se desenvolve com a proposta de participação igualitária dos cidadãos entrelaçando o princípio democrático com os direitos subjetivos de participação e associação, que se tornam “fundamentos funcionais da democracia”. Por outro lado, os direitos fundamentais como direitos subjetivos de liberdade “criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático”, e como “direitos legitimadores de um domínio democrático asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantia de organização e de processos com transparência democrática (princípio maioritário, publicidade crítica, direito eleitoral)”. Como direitos subjetivos às “prestações sociais, econômicas e culturais, os direitos fundamentais constituem

218 BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 510.

219 *Direito constitucional*, p. 288-290.

220 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 289-290.

dimensões impositivas para o preenchimento intrínseco, através do legislador democrático, desses direitos”. Assim, os direitos fundamentais teriam uma função democrática, uma vez que o exercício democrático do poder: a) significa a contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício; b) implica participação livre assentada em importantes garantias para a liberdade desse exercício; c) envolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais²²¹.

Enquanto princípio-síntese, o princípio democrático se encontra unido por laços fortes ao Estado social de direito, pois declara e garante os direitos fundamentais do ser humano (Estado de direito), a “participação democrática do cidadão na elaboração e aplicação deste Direito” (democracia) e se abre aos direitos sociais, econômicos e culturais (Estado social).

Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha:

O Estado submete-se ao Direito, o qual tem a sua fonte efetiva no povo livre para elaborá-lo e eficiente para fazê-lo valer. A própria concepção de povo, juridicamente concebida, modifica-se, de um conteúdo ideal para uma concepção pragmática. O povo passa a ter realidade, rosto, voz: não é composto de santos, nem de ingênuos, nem de crédulos, nem de pessoas com criticidade e vocação única para a política e para o bem, mas com todas as falhas que são próprias do ser humano, que são de sua essência e que não devem torná-los, apenas por isso, inacessíveis ao Poder.

A liberdade individual, tanto quanto a igualdade jurídica e participação popular igual e livre no Estado somam-se para estabelecer uma nova realidade estatal, na qual a Justiça material e pronta, como justificativa, e a criação e garantia de condições de vida digna para todos os indivíduos, como fim do Estado, não aniquilem as liberdades públicas individuais nem solapem as relações sociais justas²²².

O Estado social atua para ensejar o “desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização de justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico)”²²³. Para José Joaquim Gomes Canotilho, a abertura da democracia para o social adota “novas premissas normativas da justiça econômico-social, caracterizadas por uma maior abertura para o ‘social concreto’, por uma maior ‘normalidade social’ desenvolvida ou implementada quer pelo Estado quer pelos cidadãos”²²⁴. A “realização da democracia econômica, social e cultural é uma consequência

221 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 290-291.

222 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*, p. 75

223 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, p. 55.

224 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 337.

política e lógico-material do princípio democrático”, uma vez que o princípio da democracia econômica e social contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direção política no sentido de “desenvolverem uma atividade econômica e social conformadora, transformadora e planificadora das estruturas socioeconômicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática”²²⁵.

2.2.3 Princípio da eficiência

Segundo Tácio Lacerda Gama, na investigação do sentido deve-se atentar para a relação existente que envolve a combinação de um significante (conjunto de caracteres que temos acesso com o contato visual) com o significado (conteúdo). Estudar o sentido não é estudar o significado e sim precisar o sentido de certas expressões; superar problemas de ambiguidades; evitar falácias de ambiguidade e vaguidade; compreender e manejar formas de definição dos conceitos e identificar formas de legitimar a definição do sentido²²⁶.

São dois os problemas fundamentais do sentido: a vaguidade (não existe regra que permita decidir os exatos limites para sua aplicação) e ambiguidade (é caso de incerteza designativa, em virtude da coexistência de outros significados). Esses fatores “distorcem, dificultam ou retardam o recebimento da mensagem”²²⁷. Ambos causam ruídos que atrapalham a comunicação e que precisam ser superados por dois mecanismos: substituição do termo por outro que seja unisignificativo ou definição do conceito vago ou ambíguo²²⁸.

Na construção do sentido, o sujeito cognoscente toma contato com o termo e projeta subjetivamente a ideia (significação). A subjetividade está diretamente relacionada ao “conjunto de condicionantes culturais, sociais, valorativos, que o leva a formular uma significação de um modo e não de outro”. O conjunto de condicionantes também são textos

225 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 335-337.

226 GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 166-164.

227 CARVALHO, Paulo de Barros. O sobreprincípio da segurança jurídica e a revogação de normas tributárias. In: CARVALHO, Paulo de Barros et al. *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres*, v.3. Barueri: Manole, 2005, p. 22-23.

228 GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 168.

que formam o contexto. Dessa forma, pode-se “imaginar os textos que dão forma ao significante e aqueles outros que influenciam a significação”²²⁹.

A construção dos sentidos será resultado do diálogo entre texto e contexto. São muitos os caminhos percorridos pelos juristas na tentativa de encontrar um sentido tido como verdadeiro ao princípio da eficiência. Nesta parte do trabalho, pretende-se abordar os diversos caminhos e escolher um como o resultado da aplicação do método escolhido.

2.2.3.1 Eficiência: diversos sentidos

Tem sido oscilante a correspondência de sentidos entre eficiência, eficácia e efetividade e, mesmo para aqueles que conferem o mesmo sentido, há divergências na valorização do aspecto meio ou fim.

Para Aurélio Buarque de Holanda eficiência é sinônimo de eficácia, valorizado o aspecto fim: “virtude de produzir efeito”, “que produz o efeito desejado”, “que dá bons resultados”²³⁰. Já Nicola Abbagnano valoriza o aspecto meio: a eficiência de uma organização indica a adequação da organização às suas funções²³¹.

Há aqueles que separam eficiência e eficácia. Egon Bockman Moreira afirma que a “eficácia diz respeito à potencialidade de concreção dos fins preestabelecidos em lei” e “eficiência administrativa impõe que esse cumprimento da lei seja concretizado com um mínimo de ônus social, buscando o puro objetivo do atingimento do interesse público de forma ideal, sempre em benefício do cidadão”²³².

Segundo Cecília Vescovi Aragão, eficiência consiste na relação entre custo real e custo padrão (meios) enquanto eficácia é definida pela relação entre o produto real e o

229 GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 175.

230 FERREIRA HOLANDA, Aurélio Buarque. *Novo dicionário eletrônico Aurélio versão 5.0*. Curitiba: Positivo: Informática Ltda., 2004.

231 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução coordenada por Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1999, p. 307.

232 MOREIRA, Egon Bockman. Processo administrativo e princípio da eficiência. In SUNDFELD, Carlos Ari e MUNOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As Leis de processo administrativo – Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 320-341, p. 330.

produto padrão (fim), sendo efetividade o corolário da comparação entre os resultados alcançados e os objetivos pretendidos²³³.

Luciano Parejo Alfonso, ao comentar a Constituição Espanhola, afirma que a eficiência está mais ligada à utilização dos meios otimamente adequados, enquanto que a eficácia compreenderia a produção dos efeitos desejados de forma ótima. Nesta concepção a efetividade encontra-se abarcada pela eficácia²³⁴.

Antonio Carlos Cintra do Amaral diferencia eficiência e eficácia e utiliza os mesmos conceitos da Ciência da Administração, pois não vê empecilho em tomar para a ciência do Direito um conceito da ciência da Administração, desde que seja útil para a compreensão da realidade jurídica. Para o autor, “o conceito jurídico de eficiência pode ser elaborado à luz desse conceito administrativo. A eficiência refere-se aos meios, enquanto a eficácia está relacionada com os resultados”. Cita um exemplo de Chiavenato, para diferenciar eficiência e eficácia: “ser eficiente é ‘jogar futebol com arte’, enquanto a eficácia reside em ‘ganhar a partida’”²³⁵.

Há autores que entendem que o princípio da eficiência deve abarcar a eficácia. Nesse sentido, inclui-se Paulo Modesto, para quem o princípio da eficiência “diz mais do que a simples exigência de economicidade ou mesmo de eficácia no comportamento administrativo”. A eficácia é a “aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos” e relaciona “resultados possíveis ou reais da atividade e, de outro, os objetivos pretendidos. A eficiência pressupõe a eficácia no agir administrativo, mas não se limita a isso”²³⁶.

Para Alexandre de Moraes, a eficácia é uma das características da eficiência e diferencia entre a material (execução de suas competências ordinárias e cumprimento de objetivos que lhe são próprios) e a formal (responder no curso do procedimento administrativo a uma resposta a uma petição formulada por um dos administrados)²³⁷.

233 ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. *Revista do Serviço Público*. Brasília, ano 48, n. 03, p. 104-132, set/dez, 1997, p. 108.

234 ALFONSO, Luciano Parejo. *Eficacia y administración – tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995, p. 93.

235 AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*. Salvador, n. 5, p. 1-6, março/abril/maio 2006, p. 4-6. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

236 MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência, p. 8-10.

237 MORAES, Alexandre. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 111.

É comum relacionar eficiência à racionalização e à produtividade. Emerson Gabardo afirma que racionalização, na Ciência da Administração, é vista como um “processo de busca do modo ótimo” (de acordo com a posição tradicional), ou “melhor modo possível” (sentido utilitarista) na realização do fim. Para José Afonso da Silva é: “organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação dos serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXXVIII do art. 5º (EC-45/2004) e em condições econômicas de igualdade dos consumidores”²³⁸.

Emerson Gabardo afirma que a racionalização ora é vista como instrumento da eficiência e ora como a própria eficiência. Neste caso a eficiência é tomada como qualidade de objetivo (racionalizar). Racionalizar em “sentido econômico moderno” tem como justificativa básica a melhoria do processo produtivo (criação de utilidades)²³⁹.

A produtividade “é o quociente que resulta da divisão entre a produção obtida e um dos fatores empregados na produção ou entre a produção obtida e um conjunto ponderado dos fatores de produção”²⁴⁰. Emerson Gabardo afirma que o sentido de produtividade também varia em relação ao de eficiência, pois pode ser tomado como equivalente (relação entre o produto final e os fatores utilizados na produção – meios/custos); mais amplo (consequência da soma entre eficácia e eficiência); e menos amplo (produtividade ou rendimento como o próprio produto)²⁴¹.

Segundo Riter Lucas Miranda Garcia, genericamente a eficiência “significa acontecer a racionalidade, implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importa em relação ao grau de utilidade obtido”. O dever de eficiência é o que se impõe a “todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Para o autor, o Poder Público tem o dever de aproveitar da forma mais adequada todos os “recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros a seu alcance, no exercício de suas competências, ou a eficiência na busca do bem comum, conforme preceitua a Constituição Federal, jamais será atendida”, nesse contexto, o sentido jurídico da expressão deve abarcar a ideia de eficácia da prestação, ou de resultados da atividade realizada. Uma atuação estatal só será juridicamente eficiente quando seu resultado quantitativo e qualitativo

238 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 672.

239 GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 27.

240 LACOMBE, Francisco; HEILBORN, Gilberto. *Administração: princípios e tendências*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 165.

241 GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 28-29.

for satisfatório, levando-se em conta o universo possível de atendimento das necessidades existentes e os meios disponíveis²⁴².

Paulo Modesto afirma que a eficiência comporta duas dimensões indissociáveis da atividade administrativa: a) a dimensão da racionalidade e otimização dos meios (a qualidade da ação administrativa que maximiza recursos na obtenção de resultados previstos) e b) a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa (qualidade da ação administrativa que obtém resultados satisfatórios ou excelentes). Explica que a eficiência, para o jurista, não seria só o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados como é para os administradores e economistas, pois não se resume a um simples problema de otimização de meios, mas também de qualidade do agir final.

Alguns autores conferem um sentido restrito para o princípio da eficiência tratando-o como sinônimo de economicidade (aproveitamento racional dos meios humanos e materiais, minimizando os custos de produção) e celeridade (maior rapidez nas ações da Administração)²⁴³.

Juarez Freitas associa a economicidade (otimização da ação pública no sentido de fazer mais com menos) e à eficiência (cumprir bem as suas tarefas empregando meios apropriados e pertinentes)²⁴⁴. Lúcia Valle Figueiredo também associa a eficiência à economicidade e o faz em uma análise conjunta do artigo 37, *caput*, com o artigo 70, da Constituição Federal²⁴⁵.

Para Ubirajara Costódio Filho, “identificam-se no princípio constitucional da eficiência três ideias: prestabilidade, presteza e economicidade”. O conteúdo jurídico do princípio da eficiência envolve o dever de “atender o cidadão na exata medida da necessidade deste com agilidade, mediante adequada organização interna e ótimo aproveitamento dos recursos disponíveis”²⁴⁶.

242 GARCIA, Riter Lucas de Miranda. *Eficiência em órgãos públicos: uma proposta de indicadores*, p. 20.

243 GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 29.

244 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 125.

245 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65.

246 COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 27, p. 210-217, abr./jul.1999, p. 214.

Para Leonardo José Andriolo, existe uma diferença crucial entre economicidade e eficiência: “a economicidade tem conotação de não-desperdício de recursos, enquanto eficiência é alcançar o máximo de produtividade da utilização dos recursos disponíveis”²⁴⁷.

Emerson Gabardo aponta ainda na doutrina o uso de especificações da eficiência, tais como: eficiência operativa (consecução de um bom planejamento ou boa formulação de metas); eficiência adaptativa (boa capacidade de reformulação de metas); eficiência técnica (mera relação entre recursos e resultados); eficiência econômica strictu sensu (relação entre custos e valor dos resultados); eficiência econômica produtiva (maior rendimento na utilização dos recursos ou minimização de custos); eficiência moral (decorrente de uma razão ética mista, na qual se busca uma eficiência temporal condicionada por valores morais); eficiência jurídica (sucesso da norma na obtenção dos resultados, nem só concretos e diretos, que se pretende alcançar com a sua edição)²⁴⁸.

Para Humberto Ávila, a eficiência seria um postulado, uma vez que não impõe “a realização de fins”, mas estrutura a “realização dos fins cuja realização é imposta pelos princípios”, apresentando-se como norma de segundo grau que cumpre o papel de estruturar a aplicação de normas jurídicas (princípios e regras). A eficiência estrutura o “modo como a Administração deve atingir os seus fins e qual deve ser a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os fins que ela persegue”. O dever de eficiência seria a “exigência de promoção dos fins atribuídos à administração pública, considerando satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim”²⁴⁹.

Tem sido comum a eficiência ser conceituada como um princípio-síntese. Segundo Alexandre de Moraes, a eficiência envolve a persecução do bem comum “de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor

247 ANDRIOLO, Leonardo José. Eficiência e desenvolvimento de recursos humanos nas administrações municipais: considerações à luz da emenda constitucional 19/98 e das teorias organizacionais. *Revista do Tribunal de Contas do Rio grande do Sul*. Porto Alegre, n. 29, p. 117-152, 1998, p. 144.

248 GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 30.

249 ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista eletrônica de Direito do Estado*. Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, n. 4, p. 1-24, outubro/novembro/dezembro de 2005, p. 19-23. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em 22 mar. 2012.

utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social"²⁵⁰.

São características do princípio da eficiência: a) o direcionamento da atividade dos serviços públicos a efetividade do bem comum - a Administração tem a obrigação de servir a sociedade que lhe custeia; b) imparcialidade - atuação imparcial e independente dos interesses privados, individuais ou de grupos; c) neutralidade - um Estado neutro é o que faz vingar a Justiça e estabelece regras do jogo justas; d) transparência - conceder transparência aos atos da Administração Pública; e) participação e aproximação dos serviços públicos da população - participação do usuário na gestão dos serviços públicos; f) eficácia - adimplementos de suas competências ordinárias; execução e cumprimento dos objetivos que lhe são próprios; resposta e uma petição do administrado no curso do procedimento administrativo; g) desburocratização - evitar a burocracia administrativa considerada entidade substancial, impessoal e hierarquizada com interesses próprios, alheios à legitimação democrática e divorciados do interesse da população; h) busca da qualidade - busca da qualidade pela otimização dos resultados pela aplicação de certa quantidades de recursos e esforços, incluída nos resultados a serem alcançados a satisfação do usuário do serviço e a melhoria permanente²⁵¹.

Há autores que entendem que a eficiência seria uma faceta do princípio da boa administração, como Celso Antonio Bandeira de Mello²⁵². Juarez de Freitas afirma que a boa administração é “lídimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados nesta síntese” e que abriga os seguintes direitos: a) direito à Administração Pública transparente; b) direito à Administração Pública dialógica (respeitadora do devido processo legal); c) direito à Administração Pública imparcial; d) direito à Administração proba; e) direito a Administração Pública respeitadora da legalidade temperada (sem absolutização irrefletida de regras); f) direito à Administração Pública preventiva, precavida e eficaz (não apenas eficiente), pois comprometida com resultados harmônicos com os objetivos fundamentais da Constituição. Para o autor, os direitos citados não excluem outros, pois representam um *standard mínimo*. E finaliza afirmando que “as escolhas administrativas serão legítimas se – e somente se - forem

250 MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa: emenda constitucional n. 19/98*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 30.

251 MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa: emenda constitucional n. 19/98*, p. 35-36.

252 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 122.

sistematicamente eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, respeitadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade”²⁵³.

João Carlos Simões Loureiro trabalha a eficiência como superconceito que compreende as seguintes dimensões: a) realização eficaz de fins pré-dados, comportando planos macroscópicos (eficácia); mesoscópico (realização de interesses públicos secundários) e microscópico (realização concreta e eficaz dos fins pré-dados); b) modo de realização ótima da Administração partindo de um conceito formal de eficiência para atingir a exigência de otimização de meios em um campo de racionalidade teleológica; c) celeridade e d) incidência de princípio da economia²⁵⁴.

Antonio Andreani, ao se referir ao princípio do “bom andamento da Administração” previsto na Constituição Italiana, afirma que existem várias interpretações do princípio, sendo que entre elas destacam-se: a) conceito meramente programático; b) princípio identificável como o dever de boa administração ou ao princípio técnico da eficiência; c) modalidade de exercício de poder administrativo. Dentre as apresentadas, a que se associa ao princípio da eficiência seria a mais seguida na doutrina italiana²⁵⁵.

2.2.3.2 Princípio da eficiência: sentido adotado

Em que pese a crítica de parte da doutrina sobre o momento político-jurídico em que o princípio da eficiência foi incorporado expressamente ao texto Constitucional, como fruto de políticas neoliberais, e sobre a mudança de foco gerada pela sua adoção, que se concentra nas ações, preocupando-se com rotinas, procedimentos e métodos²⁵⁶, o que se verifica é que, metodologicamente, é possível se concentrar apenas nos fins públicos, da mesma forma que é possível se concentrar somente nos meios. Porém, a realidade é que ambos compõem o todo.

253 FREITAS, Juarez. *Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22-24.

254 LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Coimbra: 1995, p.131-132.

255 ANDREANI, Antonio. *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*. Pádua: CEDAM,1979, p.19.

256 MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des) encontros entre economia e direito*. 2006. 235 f. Dissertação de mestrado em ciência jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, - UNIVALI/SC, 2007, p. 138-160.

A eficácia e a efetividade administrativa (fim) dependem da escolha de meios eficientes pois, em um Estado social democrático, que precisa atender a uma multiplicidade de funções, há necessidade de se optar por rotinas, procedimentos e métodos que propiciem alcançar o fim público com menor ônus, seja de ordem financeira, social, ambiental etc.

Há, por parte da doutrina, o enfoque no aspecto econômico do princípio da eficiência. Nesta concepção, a eficiência significa a “otimização do enriquecimento social”. Agir com menos dispêndio aumenta a riqueza da coletividade e promove a justiça econômica entre os seus membros. Ocorre que a eficiência não pode ser analisada apenas sob este prisma, pois não se pode afirmar que a riqueza da coletividade sempre reverte para os membros da coletividade, em função das desigualdades materiais existentes na sociedade, que criam barreiras ao enriquecimento de cada um dos membros, ainda que a coletividade se enriqueça. Também se reconhece que a sociedade busca valores que não se encontram calcados no interesse econômico tais como: lealdade, justiça e outros sentidos do grupo ao qual pertence o indivíduo²⁵⁷.

Segundo Alexandre dos Santos Aragão:

a eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos²⁵⁸.

O princípio da eficiência, ao prescrever que a Administração busque meios ótimos, determina que a sua conduta seja pautada pelos indicadores apresentados pela sociedade contemporânea tais como: “sustentabilidade, análise custo-benefício e até gestão de riscos”. Tais parâmetros se aplicam para as tarefas diárias e como “instrumento prévio de seleção dos *inputs* e *outputs* administrativos”. A existência de critérios de avaliação dos meios escolhidos tem a finalidade de “ajustar o controle à complexidade técnica” e aos parâmetros de eficiência impostos pelos princípios que regem o Estado atual, tais como o da “sustentabilidade como forma de otimização do bem-estar da população”. Trata-se de ampliar os mecanismos de responsabilidade estatal decorrentes da “abertura constitucional e

257 Texto baseado em DIAS, Jeferson Aparecido. *Princípio da eficiência e moralidade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 115-116.

258 ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 237, p. 1-20, jul./set. 2004, p. 3.

da multiplicação dos parâmetros de racionalidade, que fazem parte de uma Sociedade mais informada, melhor preparada e mais participativa”²⁵⁹.

Pode-se verificar a existência de dois sentidos para o princípio da eficiência, um em que se busca o sentido do valor eficiência para identificar as suas especificidades em relação aos demais valores e, um segundo, como princípio-síntese que agregaria diversos valores ao termo. Neste trabalho, a opção é pela identificação do valor eficiência não como síntese, pois os termos “boa administração”, “serviço adequado” e “qualidade do serviço público” já cumprem esta finalidade no ordenamento jurídico brasileiro, mas sob um sentido diferente dos demais valores existentes no ordenamento jurídico, um sentido que lhe dê identidade.

O princípio da eficiência é um princípio que rege a Administração Pública, determinando uma forma de conduta a ser perseguida: a conduta eficiente. E de todos os sentidos apresentados o que mais se aproxima da eficiência é o de “otimização dos meios”. Segundo Dinorá Adelaíde Musetti Grotti, a eficiência está relacionada a “parâmetros relativos de aproveitamento ótimo de recursos escassos disponíveis para a realização máxima dos resultados desejados”²⁶⁰.

A eficiência visa à otimização dos meios, o que justifica a utilização de especificações tais como: eficiência operativa, econômica ou técnica. Compreende-se que é possível falar em eficiência operativa quando o que se busca é a otimização dos processos utilizados, ou em econômica, em que se busca a otimização na relação custo/benefício, ou em eficiência técnica, em que se busca a otimização no resultado do produto. Tal sentido também justifica a alegação da doutrina de que a eficiência se encontra relacionada à celeridade, economicidade, precisão e transparência, pois envolve a otimização de alguma coisa. Por fim, entende-se que, em um mundo ideal, de “boa administração”, o que se busca é a qualidade da atividade oferecida ao cidadão e que abarque a celeridade, economicidade, desburocratização, transparência, participação do usuário etc.

259 SILVA, Suzana Tavares da. O princípio (fundamental) da eficiência. III ENCONTRO DE PROFESSORES DIREITO PÚBLICO. Porto, p. 1-30, 30 Jan. 2009, p. 11-12. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/12441/1/O%20princ%c3%adpio%20da%20efici%c3%aancia.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2011.

260 GROTTI, Dinorá Adelaíde Musetti. *Os serviços públicos e a Constituição brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 298.

Por todo o exposto, o sentido de princípio da eficiência adotado é o de “otimizar os meios disponíveis na busca dos resultados almejados”. Em outras palavras, a Administração Pública tem o dever de otimizar o aproveitamento dos recursos materiais, humanos e financeiros disponíveis, com a finalidade de melhorar as atividades administrativas prestadas à sociedade.

2.2.4 A concretização dos princípios republicano e democrático social a partir do princípio da eficiência.

É dever do agente público que administra a *res publica* ser eficiente. A eficiência não pode ser considerada como uma novidade importada da iniciativa privada e introduzida no sistema constitucional pátrio com a emenda constitucional 19/98, pois somente no caso da Administração Pública “há obrigatoriedade legal de eficiência [...] na esfera privada, a eficiência é uma opção apresentada ao alvedrio do empreendedor, que pode, se quiser, ser ineficiente e até mesmo perdulário”, o que “jamais poderia ocorrer na Administração Pública, desde que predominou o modelo republicano e democrático de Estado”²⁶¹.

O princípio republicano demanda que o mandatário do povo atue no exercício da função pública e no trato dos bens públicos, o que implica na adoção de meios eficientes para a satisfação do interesse coletivo, na justa proporção das necessidades, sendo, portanto, “inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contraprodutivo, ineficiente”²⁶².

Nesse sentido, a jurisprudência do TCU pondera:

Exige-se que a gestão pública seja igualmente pautada pelos Princípios da Eficiência e da Economicidade. A ênfase é dada na produtividade, na obtenção de resultados. Portanto, a atuação administrativa legítima, nos dias atuais, será aquela que, além de realizar os princípios tradicionais da impessoalidade, legalidade etc., igualmente dê ênfase à obtenção de resultados positivos sob o ponto de vista da eficiência, da economicidade²⁶³.

261 GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p.21.

262 MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência, p. 6.

263 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão 765/1999*. Plenário. Relator Bento Bugarin. Sessão 27/10/99. Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=33>, >. Acesso em 1 out. 2010.

Em outra decisão do TCU, cabe destacar o voto do relator:

A gestão da ‘res publica’ não mais pode contentar-se singelamente em atender ao imperativo da legalidade nos seus atos. Há que ser produtiva, há que ser eficiente no uso dos recursos, há que produzir resultados tangíveis. Tais são os reclamos da sociedade moderna quanto à atuação dos administradores públicos, os quais encontram abrigo nos princípios da economicidade, eficácia e eficiência, insculpidos no art. 70, *caput*, e art. 74, inciso III, da Carta Magna²⁶⁴.

Por outro lado, a atualização do princípio democrático, através da participação política e da revisão do conceito de povo, exige uma Administração Pública mais atuante, comprometida com o social e voltada para a “real democracia”. Além dos espaços para participação política, há a preocupação com a escolha de instrumentos que efetivem a participação. A democracia administrativa passa a ser “democracia de funcionamento ou operacional”²⁶⁵ com adoção de instrumentos que interferem no modo de atuar da Administração, de maneira a torná-la mais aberta à influência externa e às manifestações dos administrados.

A intensificação da participação popular, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é fator fundamental para a preservação e efetividade da democracia:

(...) não é por mera coincidência que nos países considerados mais democráticos fervilham as associações cívicas, e é grande a preocupação do cidadão com o que é comum a todos, com a ‘res publica’. Só a participação intensa fortalece a Democracia, o rito do voto pode, muita vez, apenas travesti-la²⁶⁶.

A evolução do conceito de Estado de direito para o conceito de Estado social (Estado de Bem Estar, *Welfare State* ou Estado Providência) gerou “reflexos de peso na atividade da Administração e nos institutos do direito administrativo”. A Administração passou a desenvolver “funções de assistência e integração social, em cumprimento a exigências de justiça e dos direitos sociais declarados na Lei Maior”, aproximando a atuação administrativa das necessidades da população²⁶⁷.

264 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 067/1995*. 2ª Câmara. Relator Affonso Martins de Oliveira. Sessão 02/03/1995. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=34>>. Acesso em 2 de agosto de 2011.

265 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 33.

266 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 32 e 55.

267 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 33-34.

O Estado passou a ter “atuação de profundas consequências nos setores econômicos e sociais da coletividade”, no âmbito econômico deixou de “ser algo externo e estranho e passou a integrar o rol de funções do Estado”. Ampliaram-se as “funções sociais e assistenciais” e com isso a “máquina administrativa cresceu em quantidade e complexidade”. Ocorreu o florescimento de entidades privadas que “exercem contínua pressão sobre os poderes estatais na busca da realização dos interesses que defendem”. Tais “transformações no modo de atuar e na estrutura da sociedade acarretam a atenuação da distância entre Estado e sociedade, agora vinculados e condicionados por número crescente de inter-relações”. A Administração vê-se obrigada “a olhar para fora de si mesma, relacionando-se de modo mais intenso com o entorno social”²⁶⁸.

A ampliação das funções do Estado alterou as atividades da Administração, que adquiriu “dimensões gigantescas e tornou-se fundamental na vida da coletividade, sendo fator condicionante de grande parte das relações econômicas e sociais dos indivíduos”. Há a “responsabilidade, sobretudo de buscar meios para a efetivação dos direitos assegurados pela Constituição [...] daí resulta a enorme variedade e complexidade das atribuições que exerce”. O novo papel a ser desempenhado pela Administração exige um modo de atuar voltado para a eficiência, existindo uma preocupação, quase universal, em modernizar a Administração, para que atue sem corrupção, não “desperdice recursos públicos e respeite o indivíduo, tratando-o como cidadão, portador de direitos, não como súdito que recebe favor”²⁶⁹.

Enrique Groisman observa que:

A mera juridicidade da atuação estatal como elemento de legitimação se tornou insatisfatória a partir do momento em que começou também a ser exigida a obtenção de resultados. Não se considera mais suficiente que os governantes não violem a lei: exige-se deles a redução do desemprego, o crescimento econômico, o combate à pobreza, solução para os problemas de habitação e saúde.

A discussão sempre se coloca em relação a quais são as políticas mais adequadas para atingir estes fins, mas não há dúvidas de que a lei deixou de ser apenas um meio para impedir a arbitrariedade para se converter em ponto de partida para uma série de atividades nas quais há uma maior margem de delegação e de discricionariedade e um crescente espaço para a técnica²⁷⁰.

268 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 34.

269 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 34.

270 GROISMAN, Enrique. Crisis y actualidad del derecho administrativo económico. *Revista de Derecho Industrial*, v. 42, p. 894 *apud* ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 237, p. 1-20, jul./set. 2004, p. 2.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos sendo eficiente para com a própria administração [...]. Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária²⁷¹.

Na democracia social, o cidadão possui consciência da sua cidadania, exigindo eficiência administrativa, colocando-se como destinatário dos programas e dos bens coletivos fornecidos pelo Estado para que seja alcançado o bem-estar material, social e cultural²⁷². Nesse contexto, a eficiência apresenta-se como objetivo permanente da democracia social, cabendo à Administração manejar o conjunto de instrumentos necessários a sua concretização.

Segundo Paulo Modesto:

Reclama-se do Estado, cada vez com maior impaciência, para que otimize o seu agir e conduza em termos adequados a realização dos fins prezados pela comunidade. Questiona-se a omissão no agir, a aptidão do agir, e a qualidade do agir estatal. Essas exigências não são dirigidas a um Estado liberal, mas a um Estado Democrático e Social, executor e fomentador da prestação de serviços coletivos e essenciais. É o Estado Social que não pode descuidar de agir com eficiência, justificando os recursos que extrai da sociedade com resultados socialmente relevantes. Essas exigências hoje não são mais percebidas em termo meramente políticos ou econômicos. Foram positivadas, foram entronizadas no sistema jurídico, juridicizaram-se como exigências do ordenamento nacional²⁷³.

Para dar respostas aos anseios da sociedade contemporânea, a Administração Pública precisa profissionalizar-se, aperfeiçoar-se, instrumentalizar-se. “Produzir bens e serviços de melhor qualidade, mais rapidamente e em maior quantidade passa a ser um imperativo de sobrevivência, num mundo em que as demandas não podem deixar de ser atendidas a contento, seja pelas organizações privadas, seja pelas públicas”. Surge o conceito de vocação adequada de cada entidade (pública ou privada, local, regional, nacional, multi ou

271 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. *Resp.* 579541/SP. Relator José Delgado. DJ em 19/4/2004. Disponível em

<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200301298896&pv=010000000000&tp=51>> Acesso em 1 nov. 2011.

272 OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. S. Paulo: Brasiliense, 1994, p.269.

273 MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência, p. 2.

metanacional) para “satisfazer da melhor maneira possível e, é claro, com os menores custos, as demandas tradicionais e emergentes da sociedade de todas as latitudes”²⁷⁴.

Para Egon Bockman Moreira, o princípio da eficiência “dirige-se à maximização do respeito à dignidade da pessoa humana” que se constitui “na finalidade básica da Administração Pública num Estado democrático de direito” que além da “inconsciente busca dos fins legais” deve “ostentar qualidades humanas e sociais”²⁷⁵. A eficiência administrativa impõe que o “cumprimento da lei seja concretizado com um mínimo de ônus sociais, buscando o puro objetivo do atingimento do interesse público de forma ideal, sempre em benefício do cidadão”. Trata-se do “melhor caminho, do caminho social ideal ao alcance da eficácia: a relação entre o concretamente realizado e a perspectiva ideal da administração pública”²⁷⁶. E continua: “em um Estado democrático de direito não vale a regra do atingimento da eficácia a qualquer custo, mas é essencial que tal objetivo seja alcançado em respeito ao cidadão”.

A eficiência obriga a Administração Pública a pensar sobre os meios que serão utilizados para atingir os resultados e, como funciona sempre de forma dialética, propicia a utilização de indicadores que atuam no controle dos resultados alcançados, por meio de monitoramento, verificação e avaliação das metas. Os resultados podem confirmar a eficiência, bem como apontar ineficiências a serem corrigidas com a revisão das metas.

Segundo Riter Lucas Miranda Garcia:

Os indicadores de eficiência constituem uma poderosa ferramenta no auxílio à tomada de decisão, além de ser utilizados para medir e analisar o desempenho dos processos orientados para as necessidades e expectativas dos clientes, possibilitar o estabelecimento e o desdobramento das metas organizacionais e analisar criticamente os resultados dos processos, bem como verificar a eficiência dos processos organizacionais. No entanto, para sua determinação, deve-se considerar não apenas a eficiência tecnológica das alternativas de uso da máquina pública, mas também os aspectos relacionados com os impactos (positivos e/ou negativos), os desdobramentos sociais e a componente econômica²⁷⁷.

274 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Globalização, regionalização, reforma do Estado e da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 211, p. 1-20, jan./março 1998, p. 2.

275 MOREIRA, Egon Bockman. *O processo administrativo no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 206.

276 MOREIRA, Egon Bockman. *O processo administrativo no direito brasileiro*, p. 206.

277 GARCIA, Riter Lucas de Miranda. *Eficiência em órgãos públicos: uma proposta de indicadores*, p. 24.

Uma das características do Estado social democrático “é a preocupação constante de racionalização da vida social e das decisões políticas”, com a utilização “racional de todos os recursos”, que se “dá pela aplicação ampla e necessária do planejamento”²⁷⁸. Konrad Hesse afirma que no Estado de direito social “é o Estado que planifica, guia, presta, distribui, possibilita primeiro vida individual como social e isso é posto por ele, pela forma do estado de direito social, por causa da Constituição, como tarefa”²⁷⁹.

O princípio da eficiência estabelece a obrigação de escolha dos meios e soluções ótimos para o atendimento das finalidades sócio-democráticas da sociedade contemporânea. Envolve a abertura das estruturas organizatórias para o cidadão utente do serviço público com a substituição da burocracia administrativa considerada como “entidade substancial, impessoal e hierarquizada [...] geradora de vícios como mentalidade de especialistas, rotina e demora na resolução de assuntos do cidadão”²⁸⁰ para uma administração que assume o compromisso com a legitimação democrática e com a concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais.

2.3 CONCRETIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA PELA PADRONIZAÇÃO

Na sociedade contemporânea, são muitas as demandas a serem supridas pela Administração Pública e que dependem de recursos materiais, humanos e financeiros. A busca de instrumentos que propiciem o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis para garantir a melhoria contínua das atividades administrativas prestadas à sociedade se apresenta não só como algo desejado, necessário, mas obrigatório em virtude do princípio da eficiência.

A Administração precisa constantemente buscar a profissionalização, o aperfeiçoamento e o uso de instrumentos que possibilitem atender maior quantidade de demandas com melhor qualidade e custos menores. A padronização está entre os instrumentos

278 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 148-149.

279 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 175.

280 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 927.

que deverão ser obedecidos na realização de compras governamentais configurando-se como um limite objetivo, uma técnica voltada para a implementação do princípio da eficiência²⁸¹.

São inúmeras as técnicas utilizadas pelos agentes públicos na busca de eficiência, sendo que, na maioria das vezes, são consideradas irrelevantes para o direito. Todavia, algumas delas ganham importância jurídica e fazem com que o legislador fixe a sua obrigatoriedade, como é o caso da padronização, prevista expressamente no artigo 15, I, da Lei 8666/93 e 4º, I e II, da Lei 12462/11, como técnica a ser obedecida nas compras governamentais, e que tem por finalidade otimizar procedimentos e custos, possibilitando a aquisição de bens com a qualidade necessária às suas ocupações.

Para Marçal Justen Filho:

Consagra-se a padronização como instrumento da 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.

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. Adotada a padronização, todas as contratações posteriores serão efetuadas de acordo com as linhas mestras predeterminadas.

Há ganhos no curso da execução do contrato. Os servidores públicos não precisam ser treinados para novas técnicas ou características desconhecidas dos objetos. As providências de conservação e manutenção são idênticas às praticadas no passado. 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 através de contratações²⁸².

No procedimento, são padronizados produtos com qualidades determinadas, cujas especificações, como consequência, são as mais adaptadas às necessidades do órgão²⁸³. Vicente Falconi Campos aponta os seguintes resultados gerais para a padronização aplicada às empresas privadas: a) viabilização de transmissão de tecnologia e informações; b) registro da

281 CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*, p. 484.

282 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p.185.

283 FLORES, Paulo César. *Controle interno dos bens patrimoniais nos municípios*. 1ª ed. Porto Alegre, 2002, p. 45-57.

técnica da empresa; c) manutenção e melhoria da qualidade; d) redução de custos; e) manutenção e melhoria da produtividade e f) contribuição social²⁸⁴.

Para o autor, o registro da tecnologia altera a forma de transferência do conhecimento de verbal para o escrito e faz com que a tecnologia pertença à instituição e não a determinada pessoa. O registro produz informações por meio de especificações e regulamentos internos para aqueles que se relacionam com a instituição e viabiliza a capacitação do seu pessoal. A padronização também propicia a “melhoria da intercambialidade dimensional, funcional e de componentes”, que envolve a redução do número de componentes, a fixação de um modelo operacional, a fabricação com qualidade uniforme, a eliminação de dificuldades de processamento, bem como a prevenção da ocorrência de problemas. Soma-se ainda a redução do custo gerada pela intercambialidade dimensional, funcional e de componentes, pela utilização mínima de componentes e pela simplificação gerada. A padronização do processo de produção proporciona a melhoria da produção em massa, serve como base para a automação e informatização. Há a possibilidade também de contribuição social tais como melhores condições de segurança no trabalho, controle ambiental, segurança aos clientes²⁸⁵.

Ichiro Miyauchi aponta os seguintes resultados específicos para a padronização do setor de compras de empresas privadas: a) planejamento das compras em obediência a critérios científicos e administrativos; b) respeito aos fornecedores, aos prazos de suprimentos e atendimento aos parâmetros de especificação; c) simplificação dos registros e das notas fiscais; d) diminuição dos itens faltantes e da falta de estoques; e) diminuição do nível de estoques e do trabalho associado ao seu controle; f) diminuição do custo de transporte; g) diminuição da quantidade de estoques mortos; h) simplificação e aumento da eficiência nas atividades de expedição do produto e emissão da requisição de compras, recebimento, pagamento, etc.; i) melhoria do índice de atendimento interno através de um serviço melhor; j) mudança da política de compras para priorização da qualidade; k) diminuição do nível de estoque dos produtos de baixo valor; l) diminuição das reclamações internas²⁸⁶.

284 CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*, p. 100-101.

285 CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*, p. 101-102.

286 MIYAUCHI, Ichiro. Postura de um coordenador de TQC, “Total quality control - Uma estratégia competitiva”. SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE TQC. São Paulo, 07 abr. 1987, *apud* CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*. Nova Lima: INDG Tecnologia e Serviços Ltda., 2004, p. 106.

A padronização das compras governamentais obriga a Administração a pensar as compras futuras de determinado bem mediante a análise de todos os fatores relacionados à sua aquisição, de modo que a escolha do produto atenda suficientemente às necessidades administrativas com o melhor custo benefício. Uma vez fixada, tem-se uma compra justificada administrativa, técnica e economicamente, que se repetirá pelo período fixado de forma rotineira, sem grandes mobilizações.

A fixação do padrão garante a qualidade do produto comprado; reduz o número de contratações relacionadas ao pós-venda (peças de reposição, manutenção e assistência técnica); reduz o estoque de produtos que obedece ao planejamento das compras; gera uniformização dos procedimentos, tornando-os mais seguros e céleres; facilita o uso de tecnologia de informação.

Segundo Jessé Torres Pereira Junior

A padronização de materiais deve ser alvo permanente da Administração. Desde que não signifique direcionamento que contorne os princípios da igualdade e da competitividade, a padronização:

- (a) favorece rigor na caracterização do objeto por adquirir;
- (b) atende superiormente aos interesses do serviço porque enseja maior antecipação na compra, maior eficiência de manutenção e pertinência no controle de estoque e de qualidade;
- (c) assegura aquisição de acordo, o mais possível, com as condições do mercado²⁸⁷.

A padronização tem por objeto caracterizar o bem que será adquirido pela Administração Pública após exame da quantidade, qualidade, produtividade, durabilidade, custos, necessidade de estoque, condições de manutenção, assistência técnica e garantia do produto em um procedimento no qual as análises e os comparativos são registrados de forma transparente.

Para que a padronização seja implementada há a necessidade de identificar as necessidades existentes, as aquisições anteriores e os produtos que existem no mercado. Para Raul Armando Mendes, a padronização “revela a preocupação do legislador [...] com os

287 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de licitações e contratações da Administração Pública*, p.192-193.

métodos de agilização dos negócios administrativos, prevenindo a compra de objetos diversificados nos seus componentes, na sua técnica e sua manutenção”²⁸⁸.

Para Eduardo Azeredo Rodrigues, 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 vantagens que pode ser proporcionada 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”²⁸⁹.

A existência da padronização propicia a compra técnica: a definição correta do bem que será adquirido resulta de um processo em que participaram pessoas que conhecem as necessidades administrativas e o mercado. Segundo Claude Machline, o comprador técnico é conhecedor profundo de todos “os elementos de custo dos materiais a serem adquiridos”²⁹⁰. A comissão de padronização possui a função do comprador técnico, pois os seus componentes precisam conhecer todos os fatores que contribuem para a composição do preço do bem que se quer comprar.

A fixação do padrão de qualidade com a caracterização do bem que atende de forma suficiente às necessidades administrativas e a redução de custos são as principais vantagens que fazem com que a padronização seja considerada um instrumento de eficiência. A redução do custo se justifica pela redução da variedade de elementos encontrados no mercado; simplificação do controle de estoques, com diminuição do espaço destinado à estocagem, bem como o custo da própria estocagem. Soma-se ainda a redução dos gastos com a manutenção e assistência técnica dos produtos que em função da concentração ganham maior racionalidade.

288 MENDES, Raul Armando. *Comentários ao Estatuto das licitações e contratos administrativos*. São Paulo: RT, 1988, p. 41.

289 RODRIGUES, Eduardo Azeredo. O princípio da padronização. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ*. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 35, p. 147-157, 2006, p. 147-148. Disponível em: <<http://www.emerj.jr.gov.br>>. Acesso em 10 jul. 2010.

290 O autor cita o seguinte exemplo: o comprador técnico sabe que o oxigênio liquefeito vendido até R\$ 5,00 por metro cúbico, custa apenas R\$ 0,20 para ser produzido, oferecendo, pois, vasta margem para negociação, sendo que alguns hospitais pagam por ele menos de R\$ 1,00. O custo variável dos insumos médicos não passa frequentemente de 20% do preço de venda, sendo a rigor este o piso pelo qual é possível negociá-los. MACHLINE, Claude. Gestão estratégica da cadeia de suprimentos: modelos e tendências. *Cadeia de valor na saúde. Compras na área da saúde*. Debates GVsaúde. FGV/SP, n. 3, p. 4-6, primeiro semestre de 2007, p. 6. Disponível em: <http://www.eaesp.fgvsp.br/subportais/gvsaude/Pesquisas_publicacoes/debates/03/29.pdf>. Acesso em: 3 out. 2010.

A transposição de técnica criada para atender atividades empresariais por força da Lei 8666/93 impõe a sua adequação aos balizamentos jurídicos que regem as compras governamentais, criam limitações e diminuem as possibilidades de serem alcançados os mesmos resultados da iniciativa privada. Tais limitações não impedem a Administração Pública de buscar as vantagens que a técnica oferece, uma vez que a competência existe e precisa ser desenvolvida dentro do campo de liberdade, delimitado pelo regime de direito público.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

(...) a padronização ‘opera como instrumento de racionalização da atividade administrativa, reduzindo custos e otimizando a aplicação dos limitados recursos públicos disponíveis, na medida em que se observa na espécie ganhos na execução do contrato, ante a redução dos custos de treinamento dos servidores públicos que venham a operar o sistema, incluindo aí a edição de manuais, e, ainda, em face das providências de conservação e manutenção permanecerem idênticas ou bastante similares às já praticadas no órgão²⁹¹.

(...) na hipótese de optar pela padronização de produtos, faça constar do respectivo procedimento justificativa respaldada em comprovação inequívoca de ordem técnica, apresentando estudos, laudos, perícias e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e o interesse da Administração, considerando as condições de operação, manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas²⁹².

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União reflete as preocupações que cercam o tema padronização: a necessidade de implementar a padronização como medida de eficiência e os efeitos negativos que a sua adoção poderá gerar nos casos de vícios no procedimento.

Para Marçal Justen Filho, os principais riscos que a padronização pode gerar são:

a) inadequação: a solução padrão deve ser suficientemente adequada para adaptar-se satisfatoriamente às características do caso concreto; b) restrição indevida da competitividade: ao definir o padrão, a Administração predetermina o contorno das futuras contratações, logo todos aqueles que não estejam em condições de executar o objeto padronizado serão automaticamente excluídos de todas as contratações futuras (a mera invocação da necessidade de padronização não é suficiente para se determinar o padrão) e; c) elevação dos custos pela

291 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1437/2004*. Primeira Câmara. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti. DOU 15/06/04. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 6 out. 2010.

292 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 539/2007*. Plenário. Relator Marcos Bemquerer. Sessão 04/04/07. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=8>>. Acesso em: 6 out. 2010.

ausência de competitividade, pois é possível que os licitantes apresentem propostas superiores em um universo menor de competitividade²⁹³.

A inadequação da solução é um dos riscos da padronização e de qualquer compra governamental, pois a caracterização do bem a ser comprado é a tarefa mais importante da compra, uma vez que somente a precisa descrição irá refletir a relação perfeita entre a necessidade administrativa a ser atendida e o bem escolhido como a solução para atendê-la. Somente nesse caso a isonomia será contemplada, uma vez nivelados os produtos, a competição entre os licitantes se realizará na exata medida da igualdade através de critérios objetivos.

A solução deve apresentar um produto de qualidade a um custo razoável, e que se encontre em consonância com o desenvolvimento nacional sustentável, sem causar restrição indevida da competição. O ponto ótimo da escolha do produto é o que deve ser buscado pela Administração, pois sempre existirá o risco da descrição do produto se revelar inadequada, seja em função das especificações, seja em função do custo ou mesmo dos valores que devem ser prestigiados pelo administrador público.

Segundo Marçal Justen Filho:

A Administração Pública usualmente não necessita prestações dotadas de elevada sofisticação nem de qualidade mais intensa. Existe um patamar mínimo de qualidade, no entanto. O patamar mínimo se encontra na aptidão do objeto para satisfazer, em termos essenciais, a necessidade da Administração.

Significa que produtos que não atinjam o nível dessa qualidade mínima são inadequados e incapazes de gerar utilidade para Administração. Portanto, a contratação de um objeto destituído da qualidade mínima configura uma solução ruínosa. Por menor que seja o valor desembolsado para a compra de um objeto destituído de qualidade mínima, sempre existirá um desperdício de recursos públicos²⁹⁴.

A qualidade mínima não pode estar dissociada do custo da contratação, sendo que a relação qualidade-custo deve ser conhecida pela Administração para uma compra eficiente evitando-se pagar mais por soluções que atendem ao mínimo, quando existem outras soluções, que tem maior custo, mas apresentam o melhor custo benefício. O desperdício de

293 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 187-188.

294 JUSTEN FILHO, Marçal. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação. In JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à lei 12.462 e ao Decreto n. 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 309-327, p. 316-317.

recursos públicos poderá ocorrer tanto com a aquisição de produtos destituídos de qualidade mínima, como de produtos que possuam a qualidade mínima, mas tornam-se caros quando se analisa o justo preço pelo que é oferecido.

Tomando-se como exemplo as canetas esferográficas, pode-se dizer que a qualidade mínima envolve a tinta não ressecar, não vazar, não borrar e não falhar. Analisando-se o mercado, verifica-se que as marcas que atendem aos requisitos custam de R\$ 0,20 a R\$ 0,48 (de vinte centavos a quarenta e oito centavos) a unidade, sendo que as que custam R\$ 0,20 (vinte centavos) possuem comprimento de tinta a partir de 500 m. enquanto as que custam a partir de R\$ 0,40 (quarenta centavos) escrevem em média 2 km. Neste caso, se for fixada a qualidade mínima, a Administração deve comprar a caneta que custa R\$ 0,20 (vinte centavos), ainda que a longo prazo fosse mais vantajoso a que custa R\$ 0,40 (quarenta centavos), o dobro do valor, mas que escreve quatro vezes mais.

A compra governamental poderá gerar aquisições mais baratas, mas com qualidades insatisfatórias; com qualidades satisfatórias, mas com baixo custo-benefício ou relação considerada ótima em relação ao custo-benefício (preço justo pela qualidade do bem adquirido). Para que a relação ótima seja alcançada, há necessidade de se conhecer o mercado do produto antes de caracterizar o bem, situação propiciada pela padronização.

Outra questão a se levantar é que o mercado se adapta às exigências administrativas, dessa forma, como o critério de compra normalmente é o menor valor, o fabricante irá produzir o bem que atenda ao mínimo exigido a um preço que lhe garanta vencer a licitação, ainda que isso signifique reduzir a qualidade do seu produto. O oposto também é verdadeiro, uma vez que o fabricante terá que melhorar a qualidade do seu produto para estar apto a vendê-lo à Administração.

Por outro lado, a restrição à competição gerada pela padronização poderá fazer com que os fornecedores aumentem o preço do bem e por consequência o custo da Administração. Caso o custo aumente, a comissão de padronização terá que reanalisar a equação custo-benefício para verificar se há desequilíbrio. Em caso afirmativo terá que buscar soluções que poderão implicar na suspensão e revisão da padronização.

A adoção da padronização como rotina administrativa visa prestigiar a compra apoiada em justificativa técnica, administrativa e econômica. O procedimento tem por

finalidade assegurar que não ocorra caracterização inadequada, fruto do desconhecimento das reais necessidades administrativas ou do mercado do produto.

Todavia, é possível que a padronização não apresente a solução mais adequada em virtude de vícios ocorridos no seu procedimento; inaptidão ou negligência da comissão de padronização ou da autoridade; e direcionamento para a aquisição de produto determinado com base em critérios subjetivos. Nesses casos, o procedimento terá que ser invalidado, aplicando-se as sanções e responsabilidades previstas na legislação.

A possibilidade de inadequação, todavia, não pode ser fundamento para a não realização da padronização, pois o que se observa é que quando ela não existe, a caracterização do objeto, na maioria dos casos, ocorre de forma intuitiva, pela reprodução de compra anteriores ou de editais similares de outras entidades, experiência do requisitante, uso de critérios subjetivos, descrição em conformidade com dados do fabricante.

Na padronização, há necessidade de demonstração inequívoca das vantagens de ordem técnica, administrativa e econômica, visto que ela sempre irá produzir uma escolha que reduzirá o número de potenciais fornecedores e a grande preocupação é que esta escolha esteja devidamente respaldada, para não se configurar em restrição indevida ou contratação direcionada para beneficiar fornecedores específicos, em flagrante violação aos princípios da competitividade e isonomia. Assim, a redução do número de fornecedores em função das especificações do objeto que se quer contratar só estará respaldada juridicamente se for eficiente e isonômica.

A necessidade de ser eficiente é o que move a existência da padronização, uma vez que traz em seu conteúdo técnica de otimização a ser empregada pela Administração na realização de compras. A técnica bem empregada tem o condão de resolver os principais problemas que atingem as compras governamentais que são: a inadequada caracterização do objeto e o emprego incorreto de recursos públicos

A Lei do RDC, no art. 4º, I e II, prevê a padronização de bens e procedimento. A padronização de bens é no mesmo sentido na Lei 8666/93. A padronização de instrumentos convocatórios e de minutas dos contratos já vinha sendo utilizada administrativamente, tornando-se expressa com a Lei do RDC e tem como objetivo uniformizar procedimentos e

atos de compras governamentais rotineiras e similares que permitem o uso de soluções gerais e abstratas “sem risco de sacrifício de interesses públicos”²⁹⁵.

A maioria das compras governamentais são similares e rotineiras, efetivadas pelo critério menor preço através do uso de tecnologia de informação. Para estas compras, há o interesse em se uniformizar o procedimento e se utilizar de minutas-padrão, que somados à padronização do bem, tornam mais seguro e ágil o seu procedimento, reduzindo os erros e o retrabalho de servidores, concentrando-os nas aquisições específicas, complexas e diferenciadas.

2.4 A COMPATIBILIZAÇÃO DA PADRONIZAÇÃO COM A ISONOMIA

Os principais óbices apontados pela doutrina e jurisprudência no tocante à padronização encontram-se relacionados ao princípio da isonomia, uma vez que a técnica envolve sempre uma classificação, uma escolha de características que gera a eleição do padrão, restringindo teoricamente a competição entre os fornecedores. Nesse item, serão tratadas as principais questões envolvendo a temática.

2.4.1 Princípio da Isonomia

O princípio da isonomia encontra-se expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”²⁹⁶. É um princípio que tem como destinatário o Estado no desenvolvimento das suas funções. Apresenta duas dimensões: a igualdade na aplicação do direito e a igualdade quanto à criação do direito. A igualdade na aplicação do direito significa que “as leis devem ser executadas sem olhar as pessoas”. Por outro lado “ser igual perante a lei não significa apenas aplicação

295 JUSTEN FILHO, Marçal. Catálogo eletrônico de padronização. In JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*: comentários à lei 12.462 e ao Decreto n. 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 357-360, p. 359.

296 BRASIL. *Constituição da República*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 14 jan. 2012.

igual da lei. A lei ela própria deve tratar por igual todos os cidadãos”. O princípio dirige-se ao legislador, “vinculando-o a criação de um direito igual para todos os cidadãos”²⁹⁷.

A criação de direito igual envolve a adoção do princípio da universalidade ou justiça social, apresentando-se como um “postulado de racionalidade prática” (previstas para todos os indivíduos com as mesmas características, iguais situações ou resultados jurídicos). Exige a igualdade material através da lei, devendo tratar “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”. Pressupõe a igualdade justa que implica: a) a insuficiência do arbítrio como fundamento adequado de valoração e de comparação; b) a imprescindibilidade da análise da natureza, do peso, dos fundamentos ou motivos justificadores de soluções diferenciadas e c) a insuficiência da consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas defensiva ou negativa²⁹⁸.

Segundo José Afonso da Silva, “o conceito de igualdade provocou posições extremadas”. Há os nominalistas que sustentam que a “desigualdade é característica do universo”, e que, portanto, os “homens nascem e perduram desiguais”, fazendo com que a igualdade seja “apenas um nome, sem significação no mundo real”. No sentido oposto, os idealistas pregam um “igualitarismo absoluto entre as pessoas, afirmando uma “igual liberdade natural ligada à hipótese do estado de natureza, em que reinava uma igualdade absoluta”. Os realistas reconhecem que os “homens são desiguais sob múltiplos aspectos, mas também os descreve como “criaturas iguais”, em essência como seres humanos”²⁹⁹.

Reconhece-se que os homens são desiguais, mas essas desigualdades são fenomênicas: naturais, físicas, morais, políticas, sociais, etc.”³⁰⁰. Tais desigualdades, segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, são “saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único”. Para a autora, “o que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver”³⁰¹.

297 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 426.

298 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, p. 426-430.

299 *Curso de direito constitucional positivo*, p. 212.

300 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 213.

301 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 118.

O princípio tem por finalidade buscar a igualdade entre cidadãos sob todos os aspectos. Conforme José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio da igualdade também é um princípio do Estado social e “independentemente do problema da distinção entre igualdade factica e igualdade jurídica e dos problemas econômicos e políticos ligados à primeira [...] o princípio da igualdade sob o ponto de vista jurídico-constitucional, assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades (*Equality of opportunity*) e de condições reais de vida”. A igualdade “conexiona-se, por um lado, com uma política de justiça social e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais”. Por outro lado, “é inerente à própria ideia de igual dignidade social” que funciona como “fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, objectivas ou subjectivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidade” e como “princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos”³⁰².

No mesmo sentido Carlos Roberto Siqueira Castro:

a tendência do constitucionalismo contemporâneo é no sentido de não mais limitar-se à enunciação de um postulado formal e abstrato de isonomia jurídica, mas sim de fixar, em sede constitucional, medidas concretas e objetivas tendentes à aproximação social, política e econômica entre os jurisdicionados do Estado, ou, então, de exigir, mediante coordenadas e indicativos precisos, que o legislador adote tais medidas³⁰³.

Para Flávia Piovesan, “a implementação do direito à igualdade é tarefa fundamental a qualquer projeto democrático, já que em última análise a democracia significa a igualdade no exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”. “A busca democrática requer fundamentalmente o exercício em igualdade de condições dos direitos humanos elementares”. “Impõe tanto o desafio de eliminar toda e qualquer forma de discriminação como o desafio de promover a igualdade”. Há necessidade de se desenvolver, de forma conjugada, “estratégias repressivas e promocionais”. As primeiras proíbem práticas discriminatórias e violadoras do direito a igualdade, enquanto as segundas envolvem medidas que visem à exclusão das desigualdades³⁰⁴.

302 *Direito constitucional*, p. 430-431.

303 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 388.

304 PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*. Campinas, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005, p. 52-54. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>> Acesso em: 17 jan. 2012.

2.4.2 A tensão entre eficiência e isonomia

Identifica-se uma tensão constante entre os princípios da eficiência e isonomia nas compras governamentais. Isto porque, ao comprar, a Administração busca “condições negociais que melhor satisfaçam o bem comum”. Em outros termos, a compra “visa à obtenção do melhor preço, do melhor produto e do melhor fornecedor”³⁰⁵, e se possível em um procedimento ágil e seguro, em conformidade com o princípio da eficiência.

A Administração precisa selecionar fornecedor dentre os existentes no mercado para comprar produtos que atendam às suas necessidades. Todavia, ao contrário dos compradores privados, que possuem ampla liberdade de escolha, na compra governamental o responsável pelas compras encontra-se com a liberdade restringida pelos princípios constitucionais e legais que regem o seu atuar. Dessa forma, excetuando-se os casos em que a legislação, com amparo constitucional, autoriza a contratação direta, nos demais casos há a obrigatoriedade da licitação.

A compra governamental tem que ser realizada em atendimento ao princípio da isonomia, que envolve propiciar a ampla participação dos potenciais fornecedores do bem, em um procedimento que se garanta a igualdade aos participantes, tanto em relação ao acesso quanto ao trâmite do mesmo. A licitação apresenta-se como instrumento de acesso dos fornecedores às compras governamentais, ao mesmo tempo em que funciona como mecanismo de legitimação da escolha realizada, evitando escolhas arbitrárias, resultantes de preferências pessoais e subjetivas³⁰⁶.

Segundo Joel de Menezes Niebuhr:

A realização da licitação pública é obrigatória em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público, dado que os agentes administrativos encarregados de celebrarem contratos em nome da Administração Pública não podem fazê-lo de acordo com as suas vontades, com os seus desígnios pessoais, porém sempre norteados pelo interesse público.

[...]

Dessa forma, através da licitação pública, retira-se da esfera pessoal do agente administrativo a escolha de quem contrata com a Administração

305 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Princípio da isonomia na licitação pública*. Santa Catarina: Obra Jurídica, 2000, p. 70.

306 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 69.

Pública. Para tanto, ele deve seguir procedimento formal prescrito em lei, valendo-se de critérios antecipadamente definidos de modo impessoal e objetivo³⁰⁷.

Em função do princípio da isonomia, a Administração encontra-se obrigada, em todo o desenrolar do procedimento licitatório, a garantir as mesmas oportunidades para os fornecedores interessados em contratar com ela. Assim, a definição dos critérios de seleção do ato convocatório deverá se pautar em critérios objetivos, enfocando as especificações relevantes para a contratação.

Em respeito ao princípio da isonomia, a seleção de critérios que irá constar do ato convocatório impõe limites à Administração, proibindo opções que criem desigualdades injustificadas juridicamente. Marçal Justen Filho, seguindo a linha de pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que o ato convocatório viola o princípio da isonomia quando: a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; c) impõe requisitos desproporcionados com necessidades da futura contratação; d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais³⁰⁸.

A Lei 8666/93 (art. 3º, §1º, I e II) expressamente veda práticas consideradas anticompetitivas tais como a inclusão de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo; e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. A lei ressalva as hipóteses previstas nos §§ 5º a 12 do artigo e o contido no art. 3º da Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991. Também veda a fixação de tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere à moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991.

A isonomia deve ser garantida no momento da redação do ato convocatório e durante todo o transcorrer da licitação, uma vez que “inexiste processo legítimo em que não haja certeza do tratamento igualitário entre envolvidos; expressado em direito equânime à

³⁰⁷ *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, p. 48-49.

³⁰⁸ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 71.

exposição inicial e defesa, produção de provas, ciência recíproca dos atos processuais, recorribilidade das decisões etc.”³⁰⁹.

José Carlos Barbosa Moreira afirma que o princípio da igualdade entre as partes no processo se desdobra em três exigências: a) igualdade de riscos (divisão da carga probatória e direito equânime à produção de provas); b) igualdade de oportunidades (possibilidades de atuação e deveres de submissão idênticos entre as partes envolvidas) e c) igualdade de tratamento pelo órgão judicial (equilíbrio entre poder do órgão público e o direito das partes garantida através de um formalismo razoável)³¹⁰.

No decorrer do procedimento licitatório, a isonomia entre os licitantes deve ser garantida pela Administração Pública em todas as fases, o que implica a obediência da vinculação ao instrumento convocatório, devendo ser aplicadas as normas da mesma forma para todos os licitantes, no julgamento objetivo da habilitação e classificação das propostas, no decurso dos prazos recursais, na garantia do direito de contrarrazoar etc.

Dessa forma, a compra governamental deve conciliar a eficiência e a isonomia, apresentando-se como resultado do sopesamento desses valores, buscando-se sempre a razoabilidade entre os dois, de forma a não existir sacrifício de um em relação ao outro e sim a realização de ambos.

Segundo Joel de Menezes Niebuhr:

A eficiência e a isonomia são dois princípios que devem dar-se as mãos para efetuar o elemento teleológico da licitação pública. Mas, não é sempre que haverá absoluta conciliação. Por vezes um precederá o outro, devido à importância de cada qual em relação ao caso fático-jurídico que se apresenta. Não se quer dizer – é bom que fique claro – que se vai abdicar de um dos princípios. Aliás, insista-se, não é desta maneira que os princípios atuam na ordem jurídica³¹¹.

Há que se destacar que a conciliação entre a eficiência e a isonomia não deve ocorrer apenas na licitação e sim na compra governamental, uma vez que existirão hipóteses de compra direta. O sopesamento dos dois valores deve conduzir sempre a uma opção considerada razoável, ou seja, a caracterização do bem que atenda de forma suficiente às necessidades administrativas a um custo razoável e que reconheça a igualdade e desigualdade

309 MOREIRA, Egon Bockman. *Processo administrativo no direito brasileiro*, p. 102.

310 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 68-70.

311 *Princípio da isonomia na licitação pública*, p. 71.

existente no mercado para permitir que apenas os fornecedores que possuam bens similares ou superiores em qualidade participem da compra.

2.4.3 A caracterização do produto em conformidade com a dimensão da isonomia nas compras governamentais

A igualdade de acesso dos fornecedores às compras governamentais assume feição dúplice, pois ao mesmo tempo em que o Estado deve propiciar acesso à potencialidade de fornecedores existentes no mercado em condições de competirem entre si, para que efetivamente concorram, também exerce a função de abrir ou restringir o acesso de grupos de fornecedores, com a finalidade de promoção de outros interesses protegidos pelo sistema jurídico.

2.4.3.1 Amplo acesso

O primeiro aspecto da igualdade de acesso encontra-se relacionado ao amplo acesso de fornecedores através da licitação. Envolve a visão clássica da igualdade, ou seja, realizar licitação para contratar o fornecedor que ofereça a melhor proposta, garantindo-se igualdade a todos os potenciais interessados, evitando-se a imposição de condições que restrinjam ou frustrem a competição. Reconhece a necessidade de abertura de competição calcada em critérios objetivos que garantam a imparcialidade e a neutralidade.

A licitação apresenta-se como direito do fornecedor de participar da disputa pela contratação pública ao mesmo tempo em que se apresenta como um instrumento para atender ao interesse público, uma vez que a competição tende a gerar contratações mais vantajosas para a Administração.

Segundo Marçal Justen Filho, o princípio da isonomia garante o livre acesso dos interessados na disputa, além de ampliar a própria disputa. A isonomia “significa o direito de cada particular de participar da disputa pela contratação administrativa, configurando-se a invalidade de restrições abusivas, desnecessárias ou injustificadas”. Neste aspecto, a isonomia

“tutela aos interesses individuais de cada sujeito particular potencialmente interessado em ser contratado pela Administração”³¹².

Também se manifesta relacionada ao interesse coletivo quando multiplica as ofertas e propicia a efetiva competição entre os agentes econômicos, uma vez que a disputa instalada produz “a redução dos preços e a elevação da qualidade de ofertas”, traduzindo-se em ofertas mais vantajosas para a Administração. Neste aspecto, a isonomia reflete a proteção aos interesses coletivos, pois qualquer integrante da sociedade tem interesse na ampliação do universo de licitantes³¹³.

Por determinação constitucional, excetuados os casos previstos em lei, a aquisição de bens pela Administração deverá ser precedida de licitação³¹⁴. A licitação foi a opção encontrada para encontrar a proposta mais vantajosa gerada pela competição dos interessados e garantir aos fornecedores igualdade de condições de acesso às compras governamentais. Há obrigação assumida de garantir o livre acesso dos fornecedores às compras governamentais, criando instrumentos que facilitem a participação do maior número de potenciais interessados.

Conforme Joel de Menezes Niebuhr:

A licitação pública é levada a cabo para assegurar que todos os possíveis interessados em celebrar contrato administrativo sejam tratados com igualdade, prestigiando o fundamental princípio da isonomia.

[...]

A licitação pública não é procedimento vazio, sem finalidade, que serve apenas para embaraçar a atividade administrativa. Em sentido oposto, licitação pública é o meio para celebrar contrato administrativo de modo legítimo, sem corrupção, imoralidade e favoritismos. Na mesma senda, o contrato administrativo é o meio para que a Administração Pública receba uma utilidade, contemplando o interesse público.

[...]

De mais a mais, licitação pública e contrato administrativo devem ser apreendidos de forma sistêmica, em conjunto, porque ambos servem para

³¹² *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 69.

³¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 69-70.

³¹⁴ Diz o art. 37, XXI, da CF: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Disponível em BRASIL. *Constituição da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 8 jan. 2011.

propiciar utilidade à Administração, a fim de que ela satisfaça às expectativas sociais. A licitação pública não visa apenas à melhor proposta, para que se celebre um ótimo contrato. A rigor a licitação pública e o contrato administrativo visam à satisfação concreta do interesse público, porque eles não passam de meio para atingir tal desiderato. A Administração Pública não licita nem contrata por gracejo, mas porque precisa satisfazer concretamente ao interesse público³¹⁵.

A licitação assegura aos potenciais interessados a chance de venderem seus produtos, propiciando aos fornecedores “a disputa igualitária com seus concorrentes, na busca de novos mercados”. Além de garantir a igualdade, estimula a competição entre potenciais interessados fazendo com que, teoricamente, a Administração obtenha vantagens decorrentes da competição em si, que teria como finalidade proporcionar melhores preços e condições³¹⁶.

Há que se destacar que a competição pode ser vista de duas formas, como um fim em si mesmo, ou como meio para se atingir fins públicos. A competição, como um fim em si mesmo, visa pulverizar o mercado através da constante inclusão de agentes econômicos evitando-se, assim, as disfunções geradas pela concentração no mercado e reflete o pensamento clássico da Economia, sob o qual a competição é sempre desejada³¹⁷.

A competição como meio para se atingir os fins perseguidos pelo sistema jurídico tem sido a visão difundida pelo direito concorrencial atual. Para Paula Andrea Forgioni, a concorrência representa “um meio, um instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Dessa forma, a competição “poderá ser afastada quando o escopo maior perseguido pelo sistema assim o exigir”³¹⁸. A concorrência não deve ser vista como “um dogma, um mito; a concorrência entendida como liberdade de ação do empresário, ou como estrutura aberta de mercado, é um instrumento de política econômica que tem que ser adaptado no tempo e no espaço”³¹⁹.

Os mesmos conceitos aplicados ao direito concorrencial podem ser aplicados às compras governamentais. A competição não deve ser considerada como um fim em si mesmo, e sim como instrumento para se atingir fins públicos, o que faz com que, paralelamente ao estímulo e defesa da competição entre fornecedores, exista a possibilidade de se restringir ou

315 *Dispensa e inexigibilidade de licitação*, p. 33 e 36.

316 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8666/93 e 8883/94*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 16.

317 FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998, p. 156-157.

318 *Os fundamentos do antitruste*, p. 170.

319 FRIGNANI, Aldo; WAELBROECK, Michel. *Disciplina de la concorrenza nella CEE*. 3ª ed. Napoli: Jovene, 1983, p. 8, *apud* FORGIONI, PAULA Andrea. *Os fundamentos do antitruste*, p. 172.

mesmo afastar a competição em função dos valores selecionados pelo ordenamento jurídico como norteadores das políticas econômicas e sociais. Neste caso, reconhece-se o segundo aspecto da igualdade, o que faz das compras governamentais ferramentas para o desenvolvimento de políticas socioeconômicas que possibilitam o desenvolvimento de empresas e a geração de empregos através da preferência na aquisição de bens de determinados fornecedores³²⁰.

2.4.3.2 Acesso restrito

O governo, considerado em seu conjunto, é um grande comprador. As despesas totais no ano de 2010, com aquisição de bens somente do governo federal (Poder Executivo, autarquias e fundações públicas), alcançou o valor total de R\$ 26.064.035.766,20 (vinte e seis bilhões, sessenta e quatro milhões, trinta e cinco mil, setecentos e sessenta e seis reais e vinte centavos)³²¹.

Os valores contratados fazem com que o seu poder de compra seja relevante a ponto de moldar a iniciativa privada a se adaptar para atender aos interesses públicos, representando uma forma de intervenção na economia. Tal realidade confere às compras governamentais dois fins, um imediato que visa satisfazer as necessidades administrativas e outro mediato, como instrumento de realização de políticas públicas, assumindo uma dimensão macroeconômica³²².

O debate internacional sobre as compras governamentais tem sido travado no sentido de se fixar as hipóteses de equiparação entre fornecedores nacionais e estrangeiros, bem como a concessão de tratamentos diferenciados para fornecedores nacionais, para aqueles casos em que tais compras se incluem entre as políticas de desenvolvimento

320 Sobre o assunto vide BATISTA JR, Paulo Nogueira. A Alca e o Brasil. *Estudos avançados [online]*. São Paulo, vol.17, n.48, p. 267-293, 2003, p. 277-278. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142003000200021>>. Acesso em: 18 fev. 2011.

321 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Estatísticas gerais das compras governamentais*: número de processos/ itens e valor de compra em 2010, 61 p. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/DADOS_GERAIS_DW_2010.pdf>. Acesso em: 20 set. 2011.

322 JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, n. 50, abril 2011, p. 1. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=50&artigo=528&l=pt>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

econômico. Busca-se também, a fixação de procedimentos comuns a serem seguidos que garantam regras transparentes e procedimentos desburocratizados³²³.

A discussão sobre as compras governamentais na OMC engloba o acordo plurilateral sobre o acesso ao mercado através da fixação de limites de valor acima dos quais estas deveriam ser abertas em licitações internacionais e, no âmbito do grupo de trabalho sobre transparência das compras governamentais, criado em 1997, visa evitar atos de favorecimento ou de corrupção, através da fixação de procedimentos transparentes. Na ALCA, as propostas visam ao acesso aos mercados das compras de órgãos governamentais e a inclusão de concessões. Na CE, há o objetivo de acesso ao mercado de bens e serviços adquiridos pelo governo, sendo vedada, inclusive, a prática de “preferências nacionais ou de margem de preferência nos processos de aquisição pública”³²⁴.

Na República Federativa do Brasil, embora já existisse o reconhecimento do fim mediato das compras governamentais em situações especificadas em lei que conferiam tratamento diferenciado a algumas classes de fornecedores, com o advento da Lei 12349/10 que alterou o art. 3º, da Lei 8666/93 para incluir entre as finalidades da licitação o “desenvolvimento nacional sustentável”, restou cristalina a sua existência.

O desenvolvimento nacional sustentável possui duas dimensões: a econômico-social e a ambiental. A primeira visa assegurar um tratamento preferencial às empresas constituídas no Brasil sob a justificativa de fomentar a geração de empregos, tributos e manter a riqueza no País. A ambiental visa “buscar práticas amigáveis ao meio ambiente, reduzindo ao mínimo possível os danos ou uso inadequado dos recursos naturais”, ou seja, visa a produção de riqueza com respeito ao meio ambiente³²⁵.

Entre as justificativas da Exposição de Motivos Interministerial n. 104/MP/MF/MEC/MCT, de 18 de junho de 2010, da MP 495/10 cabe trazer a colação as relacionadas ao desenvolvimento nacional:

323 Sobre o tema vide MOREIRA, Heloíza Camargo; MORAIS, José Mauro. *Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*. CEPAL – SERIE estudios y perspectivas. Nações Unidas, Santiago, Chile. Oficina de la CEPAL em Brasília n. 1, 147 p, 2003, p. 129.

324 THORSTENSEN, Vera. O Brasil frente a um tríplice desafio: as negociações simultâneas da OMC, da ALCA e do acordo CE/Mercosul. *Cadernos do Fórum Euro-Latino-Americano IEEI*. Lisboa-São Paulo, p. 1-20, outubro 2001, p. 10-17. Disponível em: <http://ieei.pt/files/WP9_VThorstensen.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2011.

325 JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349, p. 1.

3. Paralelamente, impõe-se a necessidade de adoção de medidas que agreguem ao perfil de demanda do setor público diretrizes claras atinentes ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Nesse contexto, torna-se particularmente relevante a atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do país.

4. Com efeito, observa-se que a orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços constitui importante diretriz de política pública. São ilustrativas, nesse sentido, as diretrizes adotadas nos Estados Unidos, consubstanciadas no "Buy American Act", em vigor desde 1933, que estabeleceram preferência a produtos manufaturados no país, desde que aliados à qualidade satisfatória, provisão em quantidade suficiente e disponibilidade comercial em bases razoáveis. No período recente, merecem registro as ações contidas na denominada "American Recovery and Reinvestment Act", implementada em 2009. A China contempla norma similar, conforme disposições da Lei nº 68, de 29 de junho de 2002, que estipula orientações para a concessão de preferência a bens e serviços chineses em compras governamentais, ressalvada a hipótese de indisponibilidade no país. Na América Latina, cabe registrar a política adotada pela Colômbia, que instituiu, nos termos da Lei nº 816, de 2003, uma margem de preferência entre 10% e 20% para bens ou serviços nacionais, com vistas a apoiar a indústria nacional por meio da contratação pública. A Argentina também outorgou, por meio da Lei nº 25.551, de 28 de novembro de 2001, preferência aos provedores de bens e serviços de origem nacional, sempre que os preços forem iguais ou inferiores aos estrangeiros, acrescidos de 7% em ofertas realizadas por micro e pequenas empresas e de 5% para outras empresas.

[...]

6. A modificação do *caput* do artigo 3º visa agregar às finalidades das licitações públicas o desenvolvimento econômico nacional. Com efeito, a medida consigna em lei a relevância do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno, considerando-se o potencial de demanda de bens e serviços domésticos do setor público, o correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país. É importante notar que a proposição fundamenta-se nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988: (i) inciso II do artigo 3º, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (ii) incisos I e VIII do artigo 170, atinentes à organização da ordem econômica nacional, que deve observar, entre outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego; (iii) artigo 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica; e (iv) artigo 219, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país³²⁶.

326 VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Marco legal das licitações e compras sustentáveis na Administração Pública*. Biblioteca digital da Câmara dos deputados. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 23p, 2011, p. 8. Disponível em:

Quanto ao desenvolvimento econômico, atualmente é conferido tratamento diferenciado às empresas de pequeno e médio porte, ao agricultor familiar, às empresas brasileiras de informática, automação e produtos manufaturados, que atendam as normas técnicas brasileiras entre outros.

A Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006³²⁷, que trata do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, nos artigos 42 a 49, estabelece tratamento diferenciado para essas empresas em procedimentos licitatórios. Concede os seguintes benefícios: a) permite-se a participação na fase de habilitação em situação de irregularidade fiscal e no caso de sagrar-se vencedora, concede-se o prazo de 2 dias úteis prorrogáveis por igual período, para regularização da situação fiscal; b) em caso de empate, a preferência será da ME ou EPP que poderá oferecer proposta inferior a da melhor oferta, sendo que o empate é fictício, ou seja, propostas iguais ou até 10% superiores à proposta melhor classificada e no caso de pregão, até 5% superior ao melhor preço; c) poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente, sendo possível: licitação destinada exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações, cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); licitação em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado e licitação em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível. Nesses casos, o valor licitado não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

A Lei federal n. 11947, de 16 de junho de 2009³²⁸, em seu artigo 14, fixa que do total dos recursos financeiros repassados pelo FNDE, no âmbito do PNAE, no mínimo 30% (trinta por cento) deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da

<http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5704/marco_legal_valente.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22. jan. 2012.

327 BRASIL. *Lei complementar 123, de 14 de dezembro, de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 18 mar. 2011.

328 BRASIL. *Lei 11947, de 14 de dezembro, de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11947.htm>. Acesso em: 18 fev. 2011.

agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas. Tal aquisição poderá ser realizada dispensando-se o procedimento licitatório, desde que os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado local, observando-se os princípios inscritos no art. 37, da Constituição Federal, e os alimentos atendam às exigências do controle de qualidade estabelecidas pelas normas que regulamentam a matéria.

A Lei Federal n. 10176, de 11 de janeiro de 2001³²⁹, prevê a preferência nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem: I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e II - bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo. Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço. A Lei 12349, de 15 de dezembro de 2010³³⁰ prevê a possibilidade das contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação (consideradas estratégicas em ato do Poder Executivo Federal), ocorrerem com restrição da licitação a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei 10176, de 11 de janeiro de 2001 e também prevê margem de preferência para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, fixando que poderá ser estabelecida margem de preferência adicional.

A Lei Federal n. 12349, de 15 de dezembro de 2010, alterou a Lei 8666/93 para prever a possibilidade de ser fixada margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras. A margem será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração: geração de emprego e renda; efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; custo adicional dos produtos e serviços; e em suas revisões, análise retrospectiva de resultados. A margem de preferência poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul. As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços serão definidas

329 BRASIL. *Lei 10176, de 11 de janeiro, de 2011.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10176.htm>. Acesso em: 19 fev. 2011.

330 BRASIL. *Lei 12349, de 15 de dezembro, de 2010.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm>. Acesso em: 19 fev. 2011.

pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

Além das hipóteses expostas existem outras previstas no artigo 24, da Lei 8666/93 que dispensam de licitação os casos em que “a contratação não for norteada pelo critério da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins”³³¹. São elas: quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento (VI); quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional (IX); para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia (X); na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos (XIII); para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade (XV); para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico (XVI); para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto (XIX); na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (XX); para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico (XXI); para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no

331 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 301.

contrato de gestão (XXIV); na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida (XXV); na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública (XXVII); na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal (XXX); nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º. e 20 da Lei no 10973, de 2 de dezembro de 2004 (dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo), observados os princípios gerais de contratação dela constantes (art. XXXI).

Desenvolvimento sustentável é, conforme o Relatório *Brundtland* de 1987, preparado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU), o “desenvolvimento que satisfaz às necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”. A agenda 21, no capítulo 8, “aborda a integração entre o meio ambiente e desenvolvimento na tomada de decisões, tratando da utilização eficaz de instrumentos econômicos e de incentivos ao mercado”. Tal compromisso fez com que vários países se utilizassem do poder de compra das entidades governamentais como “fomento de iniciativas voltadas para a produção de bens e serviços sustentáveis”³³².

Além da alteração já proclamada do art. 3º, da Lei 8666/93, em 2010 foi emitida a Cartilha da Agenda Ambiental na Administração Pública que conceitua como compras públicas sustentáveis aquelas “em que se tomam atitudes para que o uso dos recursos materiais seja o mais eficiente possível”, e que envolvem “integrar os aspectos ambientais em todos os estágios do processo de compra, de evitar compras desnecessárias a identificar produtos mais sustentáveis que cumpram as especificações de uso requeridas”. Tal determinação não envolve “priorizar produtos apenas devido ao seu aspecto ambiental” e sim

332VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Marco legal das licitações e compras sustentáveis na Administração Pública*, p. 4-5.

que o aspecto ambiental deve ser considerado juntamente com os tradicionais critérios de especificações técnicas e preço³³³.

A cartilha trata, no item 12, sobre as compras sustentáveis e fixa que independentes de serem diretas ou através de licitação “devem ser voltadas ao consumo sustentável, isto é, um consumo que não seja predatório aos recursos naturais e ao meio ambiente”. Recomenda a inserção de critérios ambientais nas licitações dos seguintes produtos: veículos (*flex-fuel*, uso de álcool, biodiesel); alimentos orgânicos (merenda escolar, restaurantes populares); madeira certificada (mobiliário, construção civil); papel não clorado e reciclado (correspondência, dia-a-dia, publicações); plástico reciclado (mobiliário, utensílios); energia renovável (consumo de eletricidade); produtos florestais certificados; equipamentos não poluentes ou com reduzido potencial poluente; iluminação; toner de impressoras, tintas; lâmpadas fluorescentes (descarte adequado e reaproveitamento do mercúrio)³³⁴.

A cartilha apresenta pré-requisitos a serem observados quando das compras e contratações de serviços para as áreas de governo: cumprimento das legislações ambiental, trabalhista, de direitos humanos; difusão de conhecimento sobre as questões centrais de produção e consumo sustentáveis; capacitação sobre educação ambiental para prestadores de serviços de manutenção técnica, de limpeza, de copa e outros; formação ambiental que incorpore uma nova ética, para atuar na transformação de motivações individuais; gestão ambiental e qualidade total de processos de produção e de prestação de serviços; programas de capacitação em meio ambiente, de saúde e de segurança do trabalho; utilização de produtos reciclados e que não contenham CFC ou outras substâncias danosas ao meio ambiente; consideração sobre a qualidade e durabilidade dos produtos a serem adquiridos; aplicação de sanção administrativa ambiental de impedimento para contratar com a Administração Pública por até três anos; especificação do objeto na licitação com requisitos voltados à conservação e preservação do meio ambiente; programas de gestão de resíduos sólidos pós-consumo; uso racional de energia e água e uso de energias alternativas³³⁵.

Também defende a necessidade da adoção de princípio de ecoeficiência pelos agentes econômicos, através de uma indução da Administração Pública (“produzir mais com

333 VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Marco legal das licitações e compras sustentáveis na Administração Pública*, p. 6-7.

334 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Comissão Gestora da A3P. MMA/SAIC/DCRS. *Agenda ambiental na Administração Pública*. Brasília. 4ª ed., 99p., 2007, p. 78-79. Disponível em:

<http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/manual_a3p_4ed_rdz.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2012.

335 BRASIL. *Agenda ambiental na Administração Pública*, p. 84.

menos”). “Tal conceito está baseado na redução do consumo de energia e matérias-primas nos processos produtivos, diminuindo os desperdícios e a geração de resíduos”. A ecoeficiência leva em conta “um estudo do processo produtivo por meio da análise do ciclo de vida, no qual são identificadas as oportunidades para a redução no uso de insumos e a presença da geração de resíduos poluentes”. Principais características do ecoproduto: menor consumo de matéria-prima e maior quantidade de conteúdo reciclável; produção não-poluidora e materiais não-tóxicos (tecnologia limpa); sem impacto negativo ou dano a espécies em extinção; menor consumo de energia e água durante o processo de produção, distribuição e descarte pós-consumo; embalagem reduzida ou sem embalagem; passível de reutilização ou reabastecimento (refil e/ou recarga); durabilidade e qualidade; passível de coleta ou desmonte pós-consumo; passível de reutilização ou reciclagem³³⁶.

Com a finalidade mediata de “desenvolvimento nacional sustentável” a Administração elege mercados nacionais que precisam de indução de desenvolvimento e confere tratamento diferenciado nas compras governamentais. Nesse caso, a isonomia é aplicada para diferenciar o produto nacional dos demais e o produto sustentável do não sustentável. É bom frisar que a eleição depende de critérios que visam conceder racionalidade à mesma, sendo que entre eles está o custo-benefício.

São muitos os interesses protegidos pelo sistema jurídico que dependem de uma ação do Estado, todavia, os recursos financeiros para atender tais demandas são limitados, o que implica a necessidade de se dimensionar as necessidades em função dos recursos existentes. A aquisição de bens com recursos públicos depende de eficiência econômica: buscar a “solução contratual mais vantajosa para a Administração”, que pode ser sintetizada como “buscar o melhor resultado pelo menor preço”. “A maior vantagem se apresenta quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação”³³⁷.

A promoção do desenvolvimento nacional sustentável pode representar um aumento de custo para Administração, que precisa ser ponderado no momento da descrição do objeto que se quer comprar. Perante o caso concreto é possível se obter uma solução ótima em termos de custo-benefício e desenvolvimento nacional sustentável, tendo em vista que a solução escolhida é a que apresenta menor custo. Da mesma forma, também é possível que a

336 BRASIL. *Agenda ambiental na Administração Pública*, p. 85.

337 JUSTEN FILHO, Marçal. *Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12349*, p. 1.

opção pela solução apresente um aumento de custo considerado satisfatório em função do interesse protegido. Pode-se citar como exemplo, a Resolução n. 191, de 21.06.2006 do TCU que recomenda a impressão dos documentos em frente e verso e, sempre que possível, o uso de papel reciclado (art. 5º, §10). O Decreto nº 45.643, de 2001, do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a aquisição pela Administração Pública de lâmpadas de maior eficiência e menor teor de mercúrio³³⁸. Todavia, haverá situações em que a compra considerada ótima para o desenvolvimento econômico sustentável é inviável economicamente, uma vez que o seu custo é muito alto em relação às alternativas existentes que atendem em menor grau os interesses, logo seria impossível ser atendido plenamente sem comprometer outros interesses protegidos pelo sistema³³⁹.

Segundo Marçal Justen Filho:

Não se admite a proposta de crescimento econômico selvagem, que afirme a busca de riqueza sem se atentar para os efeitos destrutivos do ambiente e da Natureza. Mas também não se pode aceitar uma concepção de preservação da natureza que acarrete o atraso econômico e a condenação de largas parcelas da população a um estado de carência ou o sacrifício da dignidade de um ser humano.

Mas também é indispensável que haja a ponderação dos custos envolvidos em cada solução. A invocação à finalidade de promover o desenvolvimento nacional sustentável não legitima contratações desastrosas ou práticas destituídas de eficiência econômica. Mais ainda, não pode conduzir a inviabilização do atendimento de outras necessidades, dotadas de igual relevância em face da supremacia da dignidade humana.

A solução de equilíbrio deve ser produzida em face das circunstâncias concretas, sem afirmação apriorística, abstrata e teórica de decisões que ignorem o mundo real³⁴⁰.

O TCU, ao analisar questão envolvendo o estabelecimento de margem de preferência nas licitações prevista no art. 3º, §5º, da Lei 12349/10, manifestou-se no sentido de discricionariedade do gestor em utilizar ou não a margem de preferência por produtos nacionais em suas contratações. É faculdade, e não dever, uma vez que a escolha tem como

338 BRASIL. *Agenda ambiental na Administração Pública*, p. 77.

339 JUSTEN FILHO, Marçal. *Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12349*, p. 1.

340 JUSTEN FILHO, Marçal. *Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12349*, p. 1.

premissa o interesse público e a conveniência do órgão em especial a promoção do desenvolvimento nacional sustentável³⁴¹.

A Lei do RDC (art. 4º, III a VI) estabelece as seguintes diretrizes para as licitações e os contratos regidos por ela: i) busca da maior vantagem para a Administração Pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância; ii) condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho; iii) utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e iv) parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala. Fixa ainda que as contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à “utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais” (art. 4º, §1º, III).

Verifica-se que a Lei que instituiu o RDC preocupa-se com os benefícios diretos e indiretos de natureza econômica, social ou ambiental da compra governamental e ainda faz referência expressa aos critérios que serão utilizados, tais como: i) manutenção, depreciação econômica, desfazimento dos bens e geração de resíduos entre outros fatores de igual relevância; ii) emprego de materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução e iii) utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais.

341 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 693/2011*. Plenário. Relator Ubiratan Aguiar. Sessão 23/03/2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces;jsessionId=0592522030EEC7D733E2558A5DEF5199>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

2.4.3.3 A isonomia na caracterização do produto

Os fins mediatos e imediatos da compra governamental fazem com que exista a necessidade de sopesar os diversos critérios utilizados no momento da caracterização do objeto, tornando tal fase mais complexa. Tomando-se como exemplo os requisitos do RDC, na aquisição de produtos teriam que ser analisados entre outros critérios: manutenção, depreciação econômica, desfazimento dos bens e geração de resíduos; utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais. Tais critérios serão somados aos que avaliam a qualidade, o desempenho e o custo.

As duas dimensões do desenvolvimento nacional (econômico-social e o ambiental) passam a justificar critérios que serão utilizados na comparação entre os produtos existentes no mercado para que a eficiência seja atendida na busca da melhor compra, respeitando-se o princípio da isonomia. A eleição dos critérios que serão adotados interfere diretamente na delimitação do universo de potenciais competidores, de forma que a escolha realizada poderá causar restrição à competição. A isonomia terá que ser analisada em dois momentos.

No primeiro instante, serão escolhidos os critérios pelos quais os produtos existentes no mercado serão analisados. Como a legislação já fixou a diretriz de desenvolvimento nacional sustentável, esperam-se os critérios relacionados às dimensões da finalidade, dessa forma, será comum a análise do processo de fabricação ambientalmente correto, a geração e destinação dos resíduos, a opção por produtos ecoeficientes. Todavia, os critérios escolhidos não podem ser considerados desarrazoados, ou seja, sem correlação lógica entre a peculiaridade residente no produto, a desigualdade de tratamento e as diretrizes legais fixadas, uma vez que violaria o princípio da isonomia.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição³⁴².

342 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 17.

O “reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões”: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados³⁴³. O critério discriminatório precisa ter correlação lógica com o tratamento jurídico diferenciado e encontrar guarida nos valores albergados no sistema constitucional.

O fator de *discrímen* deve se basear em critérios residentes nas pessoas ou fatos relacionados às pessoas que justifiquem diferenças de tratamento jurídico³⁴⁴. Teoricamente, qualquer critério relacionado ao produto pode ser escolhido como fator de desigualdade, pois não é o fator em si que fere a isonomia, mas a ausência de correlação lógica entre o fator escolhido e a desequiparação jurídica pretendida.

Tem que existir correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação pretendida. “Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo”. Dessa forma, a lei não pode conceder “tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstância peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada”³⁴⁵.

Cabe ressaltar que a correlação lógica se encontra relacionada ao sistema de crenças vigentes em cada época, não sendo um critério da lógica pura, uma vez que os valores são utilizados pelo intérprete na análise das desigualdades. A igualdade é um valor, e como tal possui como característica a historicidade, logo, é possível que uma desequiparação seja considerada isonômica em uma época e em outra não, em função das mudanças de valores da sociedade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “a correlação lógica que se aludiu, nem sempre é absoluta, “pura”, a dizer isenta da penetração de ingredientes próprios das concepções da época, absorvidos na intelecção das coisas”³⁴⁶.

343 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 21.

344 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 23-34.

345 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 38-39.

346 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 38-39.

Além da correlação lógica entre o critério desigualador e a desigualdade de tratamento, requer-se a “lisura jurídica das desigualdades”. A lei não pode atribuir “efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos nos sistema constitucional ou nos padrões éticos-sociais acolhidos neste ordenamento”. Assim, o fundamento lógico que autoriza desequiparar tem que se orientar na “linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima”³⁴⁷.

Dessa forma, os critérios que serão selecionados para a comparação dos produtos devem estar albergados nos fins mediatos e imediatos da compra governamental, caso contrário serão desarrazoados e violadores da isonomia.

Escolhidos critérios fundamentados nos fins, perante o caso concreto haverá necessidade de serem sopesados todos os critérios para que as especificações produzidas representem um produto com a qualidade que atende as necessidades administrativas sem onerar financeiramente a compra. Aplicados os critérios e caracterizado o objeto, poderá ocorrer restrição do universo de competidores, através da exclusão de produtos que não atendam mínima ou razoavelmente os critérios escolhidos, sem violar o princípio da isonomia.

2.4.4 A compatibilização da padronização com a isonomia

A razão de ser da padronização é a eficiência: a fixação de um padrão que melhor corresponda às necessidades administrativas após análise de todos os fatores técnicos, financeiros e administrativos que influenciam direta e indiretamente na compra de determinado bem. Após conhecer a necessidade e os produtos existentes no mercado, utilizando-se de análise sólida e precisa, a Administração irá descrever o produto-padrão.

Para Joel de Menezes Niebuhr

Isso tem a ver com a descrição do objeto do futuro contrato, que deve ser realizada com toda a parcimônia, valendo-se a Administração Pública de estudos técnicos sólidos, para definir, de maneira precisa, o que realmente contempla o interesse público. Ora é necessário que a Administração saiba o que quer e, para tanto, não há outro caminho afora procurar conhecer as

347 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 42-43.

possibilidades ofertadas no mercado, consultando especialistas a respeito do objeto que se pretende contratar³⁴⁸.

A descrição do objeto é a fase mais importante da contratação pública, pois é justamente a caracterização do objeto que define a viabilidade ou inviabilidade da contratação. Ao definir as características do produto, a Administração poderá incorrer em situações que maculem a contratação, pois poderá restringir em demasia o universo de potenciais fornecedores, frustrando a competição, como poderá definir de forma tão ampla o objeto que o interesse público seja relegado ao segundo plano³⁴⁹.

Segundo Joel de Menezes Niebuhr:

A virtude a ser adotada por ocasião da descrição do objeto do contrato administrativo é o meio termo, sem que se admita restringi-lo nem ampliá-lo em demasia. Todavia, a descrição é levada a cabo por agentes administrativos que, na maioria das vezes, não agregam os conhecimentos técnicos adequados para fazê-lo adequadamente. Por conseguinte, tantos contratos administrativos são mal sucedidos, implicando gravames ao interesse público e prejuízos financeiros à Administração Pública, já que, por falha na descrição do objeto, é comum que os produtos contratados sejam de baixa qualidade ou inaptos para propiciar os préstimos que a contratação demandou³⁵⁰.

A obrigatoriedade de um procedimento de padronização visa justamente evitar que a Administração Pública sofra prejuízos advindos de compras realizadas sem planejamento, por quem desconhece as reais necessidades ou que até as conhece, mas desconhece o mercado do produto que se pretende comprar.

A definição de uma comissão responsável pela padronização dos produtos obriga a Administração a conhecer as suas necessidades, bem como o mercado do produto, e assim comprar com melhor custo-benefício. De posse de todas as informações relacionadas, as chances de descrição correta do produto são maiores, pois ocorrerá uma profissionalização dos agentes envolvidos no processo de compra.

A compra a ser realizada pela Administração representa sempre a racionalização entre critérios técnicos, administrativos e financeiros. Para Joel de Menezes Niebuhr, a atividade de definição do objeto do contrato é eminentemente discricionária, uma vez que

348 *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, p. 146.

349 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, p. 146.

350 *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, p. 147.

competete ao agente público avaliar as demandas que precisam ser atendidas em função dos recursos orçamentários existentes.

O critério administrativo é decisivo para a descrição do objeto do contrato, vale dizer que se trata de ato discricionário, dependente da circunstância de cada caso. Disso decorre que não há parâmetro absoluto e abstrato, posto de antemão, prestante a avaliar se a descrição do objeto levada a cabo pela Administração Pública é lícita ou ilícita. Na melhor das hipóteses, o que se pode oferecer são parâmetros a fim de orientar o critério administrativo. Nada mais do que isso.

Ao fim e ao cabo, o interesse público é a pedra de toque em relação à definição do objeto da futura contratação, bastante ou não a justificar a inexigibilidade de licitação³⁵¹.

A descrição do objeto precisa ser realizada em conformidade com os princípios da eficiência e isonomia: representando com precisão o produto que atende as necessidades administrativas com boa relação custo-benefício sem gerar restrições indevidas à competição.

Segundo Márcio Cammarosano:

Destarte, se é certo que são vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, também não se pode admitir definição insuficiente do objeto, com ausência de especificações em rigor necessárias para que possa obter propostas razoavelmente homogêneas. Especificações insuficientes, rarefeitas, lacunosas, que não possibilitam saber o que exata e objetivamente pretende a entidade licitante, comprometem irremediavelmente a validade do certame³⁵².

A descrição do objeto a ser comprado decorre de uma classificação na qual a Administração Pública irá selecionar as características do bem que pretende adquirir. No caso de padronização, o produto-padrão será fruto de um trabalho de classificação que, como visto, poderá resultar em: a) classe finita de bens composta de marcas diferentes: padronização de especificações; b) classe finita de bens composta de uma marca oferecida por vários fornecedores: padronização de marca com licitação; c) classe finita de bens fornecida por produtor exclusivo: inexigibilidade e d) fixação de padrão novo.

Teoricamente, todas as alternativas geradas pela classificação são lícitas, pois se apresentam como resultado de uma escolha administrativa que melhor atenderia ao princípio

351 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, p. 150.

352 CAMMAROSANO, Márcio. Arts. 5º a 7º da Lei n. 12.462, de 5 de agosto de 2001. In CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei n. 12.462/11): aspectos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 21-39, p. 31.

da eficiência. Classificar envolve sempre uma escolha por determinada especificação, e a Administração antes de comprar o bem, precisa caracterizá-lo. Assim, a escolha gerada pela classificação no caso concreto é que poderá ser ilícita em função de parâmetros escolhidos aleatoriamente. Segundo Carlos Ari Sunfeld, “a Administração age ilicitamente na medida em que, por força de sucessivas especificações do bem, acaba por singularizá-lo, sem que as especificidades consideradas sejam relevantes e decisivas”³⁵³.

A grande preocupação que se coloca é: como realizar uma compra com eficiência sem restringir de forma indevida a competitividade entre potenciais licitantes? A resposta deve se pautar sempre na análise das justificativas técnicas, administrativas e financeiras utilizadas pela Administração no momento de caracterizar o bem. Caso as especificações não se encontrem devidamente justificadas poderão ser consideradas restritivas e, portanto, violadoras do princípio da igualdade.

Tomando-se um exemplo de descrição de bens existentes no CATMAT (Sistema de Catalogação de Materiais a ser adquiridos pelos órgãos federais)³⁵⁴, no caso de aquisição de papel, a primeira escolha é pelo alcalino ou reciclado, depois o tamanho, que neste caso encontra-se padronizado pela ISO 216, por exemplo, o papel A4 terá 297 mm de altura e 210 mm de largura, depois a gramatura que também se encontra padronizada pela ISO 536, no caso pode-se escolher 75 g/m² que é a mais comum. A escolha poderá resultar na seguinte descrição: papel A4, alcalino, gramatura 75g/m².

A questão que se coloca é: o que levou a Administração a escolher o tipo, o tamanho e a gramatura? A resposta esperada é que decorre de um procedimento de padronização que justificou o tamanho por razões operacionais relacionadas com as dimensões do arquivo e embalagens, que a gramatura está relacionada à possibilidade satisfatória de impressão frente e verso, que a escolha por papel alcalino está relacionada ao menor preço, ou que a escolha do papel reciclado é pela sustentabilidade etc. Mas, na maioria das vezes, a descrição é intuitiva ou mera reprodução sistemática.

A classificação sempre será realizada pela Administração no momento de caracterizar o bem que será objeto de aquisição, a diferença é que após o procedimento de

353 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contratos administrativos*, p. 43.

354 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. SIASG. *CATMAT – Sistema de Catalogação de Materiais*. Disponível em: http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/MANUAL_CATMAT_CATSER_JULHO_2006.pdf. Acesso em: 3 set. 2011.

padronização, haverá fundamentação para cada uma das especificações selecionadas para compor a classificação. As justificativas apresentadas devem se apresentar como condição suficiente para a escolha realizada, sob risco de violação aos princípios da eficiência e da isonomia.

Por aplicação do princípio da eficiência, a Administração teria que descrever o bem que apresentou o melhor custo-benefício após o procedimento de padronização. A descrição do bem decorrente da classificação empreendida irá gerar o universo de potenciais licitantes, que irão competir em condições de igualdade. No mundo ideal, ambos os princípios, da eficiência e da isonomia, atuam de forma conjunta para permitir que fornecedores do bem especificado participem da licitação.

No modelo ideal, a descrição do padrão fixado sempre representa o melhor custo-benefício e exclui os bens que não apresentam: a qualidade desejada, sustentabilidade, condições ideais de garantia, manutenção e assistência técnica ou que o custo esteja acima das condições orçamentárias. Representa, assim, a real aplicação do princípio da igualdade, uma vez que exclui os desiguais, e propicia a competição entre fornecedores de bens similares.

Já a descrição do produto com especificações injustificadas gera ineficiência e discriminação inaceitável, uma vez que o bem descrito não corresponderá ao bem que a Administração precisa para solucionar as suas necessidades e o universo de potenciais licitantes pode ter sido ampliado ou restringido de forma indevida, em desrespeito ao liame da igualdade.

Quando se fala em padronização, a grande preocupação é a restrição à competitividade. Ocorre que não se viola a isonomia e não se restringe a competitividade quando os critérios de seleção encontram-se justificados, uma vez que não existe isonomia entre desiguais. Segundo Carlos Ari Sundfeld, a “igualdade de tratamento entre possíveis licitantes é a espinha dorsal da licitação [...] é condição indispensável da existência de competição real, efetiva, concreta”, pois só “existe disputa entre iguais; a luta entre desiguais é farsa (ou, na hipótese melhor: utopia)”³⁵⁵.

O somatório das especificações do produto forma o critério desigualador entre os produtos existentes no mercado, traçando os contornos do conjunto de potenciais licitantes. As especificações decorrem de decisão administrativa tomada pela autoridade após analisar

355 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contratos administrativos*, p. 20.

todos os fatores que influem na compra, seja de ordem técnica, administrativa, econômica e jurídica, que precisa se apresentar como sendo razoável, pois o custo-benefício de um produto, na maioria das vezes decorre de opções discricionárias.

Há uma tendência em se optar pelo produto que possua a qualidade mínima necessária para atender ao interesse público e que causaria a menor restrição possível à competição. O produto que possui a qualidade mínima necessária com certeza exclui os competidores cujos produtos possuem qualidade insuficiente, excluindo os desiguais. Embora sirva como parâmetro, a sua plena aplicação depende do caso concreto, uma vez que são inúmeros os fatores sopesados na caracterização do produto e muitas vezes, não é possível se optar sempre pelo item menos restritivo.

Marçal Justem Filho cita, como exemplo, a aquisição de veículo que, em virtude do relevo local de sua futura utilização, necessita de uma potência mais elevada que a mínima, o que reduz o universo de ofertas. Para o autor, a restrição que contemple veículos com potência muito mais elevada do que o necessário para atingir as finalidades seria ilegítimo³⁵⁶. Tal exemplo é perfeito para situações em que a única diferença existente entre os veículos seja a potência, mas para os casos em que exista todo um comparativo relacionado ao consumo, durabilidade, estoque, garantia, sustentabilidade, potência e preço, a opção é pelo veículo que apresenta o melhor custo-benefício entre os itens.

A Administração tem que comprar um bem que será pago com dinheiro público e que será utilizado na prestação de serviço público oferecido à coletividade. Logo, é seu dever pensar qual produto representa o melhor custo-benefício e posteriormente, realizar a aquisição. A competitividade só será ferida se houver vício na classificação a ser conferida ao bem, fruto de critérios irracionais ou desarrazoados, sem correlação com o benefício que se quer alcançar.

Para Carlos Roberto Siqueira Castro:

Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível, caprichosa, devendo ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento das finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação entre meio e fim – *means-end relationship*, segundo a nomenclatura norte-americana da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica

356 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 84.

resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de ‘razoabilidade’ e de ‘racionalidade’³⁵⁷.

A padronização, ao descrever o produto-padrão, tem a função de harmonizar o princípio da eficiência com o da isonomia³⁵⁸. Ao fixar o produto-padrão, a Administração conclui pelo bem que apresenta o melhor custo-benefício e o faz não de forma intuitiva ou aleatória, mas lastreada em diversos estudos. Além de realizar a eficiência, possibilita que todos os fornecedores de bem similar ao padrão, participem de uma licitação em condições de isonomia.

2.4.5 A isonomia no procedimento de padronização

A padronização é um procedimento administrativo que transcorre mediante impulso da própria administração, não existindo litígio entre partes ou entre particular e a Administração Pública, o que faz com que Diógenes Gasparini afirme que “não se pode permitir que os vários produtores de bens similares tenham uma participação efetiva na defesa de seus produtos ou na contestação dos que lhes são similares”. E que se os fornecedores “entenderem ilegal ou sem razão a padronização, devem contestá-la administrativa, em outro processo, ou judicialmente”³⁵⁹.

A afirmativa do autor encontra guarida na prática administrativa, uma vez que, quem caracteriza o objeto que irá comprar é a própria Administração, e como a padronização nada mais é do que um procedimento de caracterização do objeto seria lógico afirmar que o procedimento é implantado para garantir o seu próprio convencimento. Logo, o fornecedor que se sentir prejudicado em virtude do seu produto não ter sido contemplado com determinados atributos ou que discorde de atributos conferidos a produtos de seus concorrentes, teria que questionar em processo próprio administrativo ou judicial e não no transcurso do procedimento de padronização.

357 CASTRO. Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 137.

358 FURTADO, Lucas. *Curso de licitações e contratos administrativos*, p. 97.

359 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 538.

Quando não existe a padronização, a Administração caracteriza o bem e inicia um procedimento licitatório ou uma contratação direta. No primeiro caso, o fornecedor tem a possibilidade de impugnar o Edital questionando a caracterização do objeto e, não satisfeito com a resposta, ir aos órgãos de controle externo. No segundo caso, não existe recurso administrativo próprio para questionar a contratação direta, o que faz com que os fornecedores provoquem os órgãos de controle, principalmente de controle externo.

Todavia, um dos objetivos da padronização é conhecer os produtos existentes no mercado. Logo, há que existir um canal direto de acesso entre a comissão e o fornecedor, para que sejam apresentadas as vantagens do seu produto no atendimento ao interesse público³⁶⁰. Para tanto, há necessidade de que seja garantida a isonomia no acesso à comissão e durante o transcorrer do procedimento.

A isonomia no acesso depende da ampla publicidade da existência de padronização, uma vez que nesta etapa qualquer potencial interessado em fornecer o produto que se pretende padronizar tem o direito de participar do procedimento. Logo, há que divulgar a competência da comissão de padronização para receber informações sobre produtos e amostras. Como no presente trabalho há a proposta de relação dinâmica, em fluxo contínuo, há a possibilidade de ser realizado contato a qualquer tempo, independente da existência de procedimento de padronização em andamento, finalizado ou mesmo da inexistência de padronização. É claro que a Administração só irá receber informações e amostras sobre produtos que lhe são úteis e que possam ser objeto de compra.

Tal abertura faz-se necessária, uma vez que a comissão de padronização assume a competência de atualização do produto, o que poderá desencadear uma série de ações, tais como: a) inclusão do produto no catálogo de padronização após verificação técnica; b) surgimento de produto que após análise da comissão se apresenta com melhor custo-benefício em relação ao padronizado, o que irá provocar a revisão do padrão existente; c) recebimento de produto durante o procedimento de padronização que será analisado junto com os demais; d) surgimento de produto que desencadeia o início de procedimento de padronização; e e) confirmação de que não existem novidades no mercado que justifiquem a alteração do padrão existente.

360 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 186.

Há que se destacar que o procedimento de padronização apresenta-se diferente do licitatório, tanto em relação à descrição do produto quanto à participação dos fornecedores. Na licitação, o produto já se encontra caracterizado, o que implica restrição aos potenciais licitantes, enquanto na padronização, a descrição do objeto é de forma ampla, pois a caracterização só ocorrerá na finalização do mesmo. A padronização se inicia com um mínimo de descrição do bem em conformidade com as regras de mercado e normas técnicas.

O formalismo do procedimento de padronização é menor do que o licitatório, uma vez que a comissão de padronização impulsiona a produção dos documentos necessários, sendo possível o acesso a bancos de dados de caráter público e contato direto com o fornecedor para a produção das informações necessárias ou suplementares. A participação do fornecedor também ocorre de forma diferente, pois os produtos são analisados por marca, tipo ou modelo e não por fornecedor, o que reduz o número de participantes, bastando a participação de um representante da marca.

Para que a isonomia seja respeitada, a comissão terá que utilizar métodos objetivos no comparativo entre os produtos e na justificativa pela opção do produto-padrão. A autoridade responsável pela decisão também terá que se conduzir de forma objetiva ao acolher ou rejeitar o parecer da comissão de padronização. Além da objetividade, há necessidade da transparência do procedimento, o que envolve: a) a divulgação da abertura do procedimento e da fixação do produto-padrão e b) a garantia do direito de acesso ao procedimento pelos fornecedores.

A abertura de procedimento de padronização de determinado bem ou bens demanda uma publicidade ampla, de forma a realizar um chamamento público aos potenciais interessados em fornecer aquele produto. A Administração pode se utilizar de ferramentas de tecnologia de informação para atingir os potenciais interessados, informando em seu sítio na *internet* a abertura do procedimento, bem como enviar comunicações para os fornecedores cadastrados pela comissão de padronização. Quanto mais ampla a publicidade, melhor, uma vez que há o interesse na participação do maior número de interessados.

A divulgação da fixação do padrão também deve ser ampla, independente da existência de catálogo, pois os interessados em contratar com a Administração precisam ter conhecimento da existência de padronização e o prazo de duração da mesma, para se preparar para as futuras licitações, seja providenciando documentos ou adaptando o seu produto às

especificações. O direito de acesso ao procedimento pelos interessados se manifesta como extensão do direito à transparência, propiciando ao fornecedor o acesso aos resultados da avaliação do seu produto e ao comparativo com os demais existentes no mercado.

Como o comparativo entre os produtos existentes no mercado constam do relatório e as justificativas pelas especificações constam do parecer da comissão de padronização, entende-se que deve ser aberta a possibilidade de manifestação dos fornecedores, sendo que eventuais manifestações devem ser anexadas ao procedimento e encaminhadas para a autoridade que as analisará, preliminarmente à decisão. Tal medida se justifica em função de erros nas informações, alterações de dados e especificações ou substituição de produtos que tenham ocorrido no trâmite do procedimento.

Dessa forma, a comissão de padronização informa aos fornecedores a finalização da instrução e concede prazo para manifestação sobre o relatório e parecer final, propiciando aos mesmos o direito de corrigir informações errôneas ou informar alterações ocorridas em seu produto ou no produto do concorrente, desde que sejam relevantes para a padronização. Aplica-se por analogia o previsto no art. 44, da Lei de Processo Administrativo Federal.

A manifestação se apresenta como um direito e não como uma obrigação, bastando à Administração a abertura de prazo para a manifestação dos fornecedores, sendo o momento oportuno para que o fornecedor, “satisfazendo o seu interesse, possa demonstrar à Administração qual a melhor solução a ser adotada na espécie”³⁶¹. Pode ser aplicado o prazo previsto na lei, ou seja, o máximo de 10 dias. Há que se destacar também que, caso o fornecedor se manifeste sobre o produto de outro fornecedor, a comissão de padronização poderá abrir prazo de resposta. Tal direito será garantido somente nos casos em que a manifestação apresente dados e informações que, caso fossem acatados, gerariam alterações no resultado da padronização.

361 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal (Comentários à Lei n. 9784, de 29/01/1999)*. 4ª ed. E-BOOK. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 237.

3 PROCEDIMENTO DE PADRONIZAÇÃO

O procedimento de padronização das compras governamentais precisa ser repensado para se transformar em algo rotineiro e dinâmico, realizado em conformidade com os princípios constitucionais e legais que regem as compras governamentais. Tais transformações dependem da adoção de novos parâmetros de conformação, que serão apresentados neste capítulo, em caráter de contribuição.

3.1 PROCEDIMENTO: OPÇÃO TERMINOLÓGICA

As primeiras sistematizações sobre o direito processual encontram-se relacionadas à função jurisdicional, porém, com a evolução do estudo, surge uma nova concepção de processo que passa a abranger todas as funções estatais, “o processo deixa de ser entendido como o modo de atuação do Poder Judiciário e passa a ser concebido como o modo de exercício do poder estatal”³⁶².

A visão publicista do processo e da ação como direito independente do direito subjetivo material resultou no estudo da “jurisdição” como poder estatal, fazendo com que a processualidade passasse a ser relacionada às funções do Estado³⁶³.

Afirma Carlos Ari Sundfeld:

O fenômeno processual é característico de todas as funções do Estado e da espécie de vontade que elas expressam. Como a atividade estatal se traduz em atos unilaterais (lei, sentença, ato administrativo) e, por ser função, subordina-se a fins cogentes, seu processo de formação torna-se juridicamente relevante, seja para que os indivíduos afetados possam intervir, seja como garantia de que os atos expressem não a vontade psicológica do agente mas a vontade impessoal do ordenamento.³⁶⁴

O agente público desempenha uma função, recebendo do ordenamento jurídico poderes a serem manejados com o objetivo de atingir uma finalidade que representa o

362 HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*, p. 39-40.

363 MEDAUAR, Odete. *Processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993, p. 14-15.

364 SUNFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo, v. 20, n. 84, p. 64-74, out./dez. 1987, p. 73.

interesse da coletividade, funcionando como mecanismo de expressão do direito. É responsável pela elaboração da lei, da sentença e do ato administrativo. Todavia a expedição dos mesmos não ocorre de forma aleatória e sim após ser percorrido um iter necessário entre o evento justificador e o ato final.

Discorre Celso Antônio Bandeira de Mello:

Posto que o ato administrativo não surge do nada e não é aleatório, fortuito, para que se produza uma decisão final cumpre que a Administração haja sido provocada por alguém ou, então, se está a atuar de ofício, que haja ocorrido algum evento justificador de sua atuação. Este evento terá de ser verificado, sopesado e avaliadas as medidas cabíveis diante dele. Tudo isto supõe um conjunto de providências a serem documentadas e implicará, com grande frequência, sejam ouvidos os interessados, analisadas as razões postas em cotejo, apurados fatos, consultados órgãos técnicos e expedidas considerações administrativas.

É esta totalidade que servirá como aval do ato ou – pelo contrário – que permitirá exhibir seu descabimento. Como disse Renato Alessi, com muita propriedade, enquanto no âmbito da atividade privadas, os motivos, as razões, os fatores, inclusive os psicológicos, que determinam uma conduta são, de regra, irrelevantes, no Direito Administrativo, opostamente, têm forma e relevância externa, pois é necessário saber-se como e por quê o administrador chegou à conclusão traduzida no ato. É mister que haja percorrido um iter que o autorizaria a chegar à decisão tomada³⁶⁵.

O processo propicia o registro de todas as informações e situações utilizadas pelo agente público para a expedição do ato, apresentando-se não só como garantia de que o interesse público será atingido, mas também como instrumento de controle da sociedade e da própria Administração. Ele garante “que a vontade funcional, que se expressará no ato, não seja empolgada pela vontade do agente, mas signifique uma vontade equilibrada, esclarecida, racional, imparcial. Em suma, assegura que o agente não se transforme em fim, mas guarde seu papel de mero intermediário”³⁶⁶.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

A ideia, de resto simplicíssima, que está por detrás destas afirmações é a de que, tal como na esfera judicial, para produzir-se o ato próprio de cada função, não se requer apenas consonância substancial dele com a norma que lhe serve de calço, mas também com os meios de produzi-la. Com efeito, no Estado de Direito os cidadãos têm a garantia não só de que o Poder Público estará, de antemão, cifrado unicamente à busca dos fins estabelecidos em lei,

³⁶⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 495.

³⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo, p.67.

mas também de que tais fins só poderão ser perseguidos pelos modos adrede estabelecidos para tanto.

É no *modus procedendi*, é, em suma, na escrupulosa adscrição ao *due process of law*, que residem as garantias dos indivíduos e grupos sociais. Não fora assim, ficariam todos e cada um inermes perante o agigantamento dos poderes de que o Estado se viu investido como consecutório inevitável das necessidades próprias da sociedade hodierna. Em face do Estado contemporâneo – que ampliou seus objetivos e munuiu-se de poderes colossais –, a garantia dos cidadãos não mais reside sobretudo na prévia delimitação das finalidades por ele perseguíveis, mas descansa especialmente na prefixação dos meios, condições e formas a que se tem de cingir para alcançá-los.

É dizer: a contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do “*modus procedendi*” da Administração³⁶⁷.

A função estatal se efetiva através da processualidade, pois o único modo de se chegar a um acordo de democracia em contraposição a autocracia é o de “considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelece quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”³⁶⁸. O Legislativo deve respeitar o processo para fazer a lei; o Judiciário, para a emissão de sentenças; e a Administração, para expedir o ato administrativo. E embora apresente diferenças ligadas ao regime que rege as “funções” do Estado tais como: na jurisdicional, a independência dos juízes, a coisa julgada, a irrevogabilidade das decisões, a inércia; na administrativa, a obediência hierárquica, a revogabilidade das decisões, a revisão de ofício, possui um núcleo comum que permite a elaboração de uma teoria geral.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco:

À teoria geral do processo não passam despercebidas as diferenças existentes entre os diversos ramos, que são independentes a partir do ponto de inserção no tronco comum. Mas a seiva que vem do tronco é uma só, é o poder, a alimentar todos os ramos. Embora cada um deles tome a sua direção nunca deixará de ser um ramo da árvore do processo. Nem pode afastar-se tanto que dê a impressão de isolar-se do sistema. Assim, há uma unidade nos grandes princípios, no entendimento das garantias constitucionais do processo, na estrutura e interação funcional dos institutos fundamentais, sem que com isso exijam soluções igualadas em todos os setores³⁶⁹.

³⁶⁷ *Curso de direito administrativo*, p. 494-495.

³⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia – Uma defesa das regras do jogo*. Trad. brasileira Marco Aurélio Nogueira. 11ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009, p. 30.

³⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 85-86.

Identifica-se um núcleo comum de processualidade no exercício das funções estatais e este núcleo tem por objetivo limitar o poder estatal através do exercício de direito e garantias previstos na Constituição Federal. Odete Medauar afirma que os dados constantes do “núcleo comum” aplicam-se à teoria geral do processo e à teoria geral do direito, esta em maior grau de abstração, possuindo um rol de elementos fundamentais: a) *fieri e factum*; b) sucessão encadeada e necessária de atos; c) ser figura jurídica diversa do ato; d) correlação do processo com o ato final; e) obtenção de resultado unitário a que se direcionam as atuações interligadas dos sujeitos em simetria de poderes, faculdades, deveres e ônus, portanto, em esquema de contraditório³⁷⁰.

A distinção da atuação estatal em *fieri e factum* representa algo que está se realizando e algo a ser realizado, o aspecto dinâmico de um fenômeno que vai se concretizando em muitos pontos no tempo em sucessão encadeada de atos e atuações em que o precedente propulsiona o subsequente, até a meta final, configurando-se como algo juridicamente necessário e obrigatório. O ato tem por característica a imobilidade, enquanto o processo, o dinamismo. Embora distintos, são correlacionados, visto que os atos parciais da série são ligados entre si pelo fim comum: de tornar possível o ato final. O esquema processual implica organização articulada que requer a cooperação de várias pessoas ou órgãos, interligados por direitos, deveres, ônus, poderes, faculdades em posições jurídicas ativas e passivas.

Segundo Odete Medauar, a finalidade do processo administrativo ampliou-se com a evolução das Funções do Estado e da Administração de “meio de observância dos requisitos de legalidade do ato administrativo e garantia de respeito dos direitos dos indivíduos” para a legitimação do Poder. Para a autora, o processo administrativo possui as seguintes finalidades cumulativas: a) garantia, b) melhor conteúdo das decisões, c) legitimação do poder, d) correto desempenho da função, e) justiça na Administração, f) aproximação entre Administração e cidadãos, g) sistematização de atuações administrativas e h) facilitação do controle da Administração³⁷¹.

Como garantia, o processo administrativo visa tutelar direitos que possam ser afetados pelo ato administrativo, fazendo com que a atividade administrativa se desenvolva por parâmetros determinados. Contribui para o melhor conteúdo das decisões ao ouvir os

370 MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, p. 23-28.

371 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 174-176.

interessados, permitir que apresentem argumentos, provas e informações, cooperando para a “determinação do fato ou da situação objeto do processo [...] com isso se ampliam os pressupostos objetivos da decisão administrativa”. A processualidade encontra-se associada ao exercício de poder que por sua natureza é autoritário e que precisa encontrar expressão na paridade e imparcialidade. A ordenação dos atos assume grande importância na legitimação do poder, uma vez que os “dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído”³⁷².

Enseja o “aflorescimento de vários interesses, posições jurídicas, argumentos, provas, dados técnicos, obriga à consideração dos interesses e direitos co-presentes em certa situação”, propiciando o correto desempenho da função administrativa. Quanto à finalidade de Justiça na Administração, o processo administrativo importa em “mudança das condutas administrativas inertes ou negligentes, movidas por má-fé ou não, no atendimento de direitos de cidadãos ou servidores”. Direciona-se à “realização da justiça não só pelo contraditório e ampla defesa visto do ângulo do indivíduo, mas também por propiciar o sopesamento dos vários interesses envolvidos numa situação”³⁷³.

Favorece a aproximação entre Administração e cidadãos através da colaboração individual ou coletiva, instrumentalizando as “exigências pluralistas do contexto sociopolítico do fim do século XX e a demanda de democracia na atuação administrativa”. “Implica organização racional da edição de muitos atos administrativos”. A sistematização das atividades simplifica práticas, uniformiza as medidas a serem adotadas no âmbito da Administração e permite ao administrado conhecer o modo de exercício das funções administrativas, contrastando com as funções não processualizadas. Facilita o controle da Administração pela sociedade, pelo Poder Judiciário e dos demais entes fiscalizadores, na medida em que proporciona a colaboração dos sujeitos e o conhecimento do modo de atuação administrativa, decorrentes do esquema processual³⁷⁴.

Na esfera administrativa há uma controvérsia terminológica entre processo e procedimento. Parte dos administrativistas utilizam a palavra “procedimento administrativo” a

372 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 174-176.

373 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 175-176.

374 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 175-176. Sobre o assunto vide. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as Agências independentes In SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 72- 98, 2002, p. 79.

fim de separar a função administrativa da jurisdicional³⁷⁵. Outros adotam a dicotomia processo/procedimento em virtude da “contraposição” de interesses.

Para Lúcia Valle Figueiredo, o procedimento é “o caminho a ser percorrido pela Administração a fim de cumprir determinadas formalidades sequenciais para chegar ao ato final”³⁷⁶. Já o processo, tão-somente aplica-se “às situações em que há controvérsias, em que há sanções, punições disciplinares, portanto, situações de ‘acusações em geral’ ou ‘litigância’”³⁷⁷.

Para a autora, o termo procedimento ora refere-se ao conjunto de formalidades necessárias para a emanção de atos administrativos, uma série de atos, inclusive de terceiros e fatos administrativos necessários à formação válida do procedimento, ora à sequência de atos administrativos, cada qual de per si desencadeando efeitos típicos, todos tendentes ao ato final, conferindo-lhe validade. O processo é caracterizado pela “litigância”, contraposição de interesses, “acusações”. No caso de contrariedade ou acusações, os princípios do contraditório e da ampla defesa deverão ser aplicados em processos sancionatórios e ablativos de direitos, mesmo quando a Administração for revisora de atos administrativos emanados ilegalmente. Ao processo administrativo, além da aplicação dos princípios da função administrativa, aplicam-se os princípios do processo civil e penal, conforme as peculiaridades do caso³⁷⁸.

Hely Lopes Meirelles, seguindo a Teoria geral do processo, entende que processo “é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo”, enquanto procedimento “é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual”. O processo pode se realizar por diversos procedimentos conforme a natureza da questão a ser decidida e os objetivos da decisão, e que não há processo sem procedimento, mas há procedimentos administrativos que não constituem processo. O que caracteriza o processo é a existência de controvérsia, enquanto o que tipifica o procedimento é o modo específico do ordenamento desses atos³⁷⁹.

Tanto a teoria que opta por “procedimento”, quanto a que diferencia processo e procedimento possuem bases sólidas, embora com premissas diferentes. Para Odete Medaur,

375 Vide pesquisa realizada por Lúcia Valle Figueiredo em FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 435-439.

376 *Curso de direito administrativo*, p. 435-439.

377 *Curso de direito administrativo*, p. 438.

378 *Curso de direito administrativo*, p. 437-439.

379 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 734.

o termo processo abrange “todas as situações em que dois ou mais administrados apresentam-se em posição de controvérsia entre si, perante uma decisão a respeito que deva ser tomada pela Administração”. E também nos casos de “controvérsias entre administrados (particulares ou servidores) e a Administração”. Cita como exemplos: licitações, concursos públicos, licenciamento ambiental, licenças, recursos administrativos, reexame de lançamento³⁸⁰. A autora remete-se a potencialidade, presumindo conflitos de interesses entre os participantes de um concurso público ou de uma licitação.

A definição de processo, que supõe a necessidade da existência de conflito de interesses ou de acusações, não é unânime, pois depende do corte metodológico a ser realizado pelo cientista no momento da delimitação do objeto. Pode-se admitir a diferença entre “processo” e “procedimento”, admitindo-se ainda, que exista um bloco de princípios comuns a ambos, como a legalidade objetiva, a igualdade das partes, a publicidade, a motivação e outros aplicáveis apenas para os casos de conflitos e acusações, como o contraditório e a ampla defesa.

É temerário afirmar que o “devido processo legal” aplica-se apenas aos casos em que existem “litígios” e “acusações” na esfera administrativa, pois nos demais casos, também existe a sucessão encadeada de atos, visando à realização de um fim, que deve seguir a ordem preestabelecida. Os atos praticados devem não somente serem justificados, como também deve ser dada publicidade a todos, em especial, às pessoas envolvidas na situação, além de garantir, potencialmente, o contraditório e a ampla defesa para aqueles que se sentirem atingidos em seus direitos.

Diz Ada Pellegrini Grinover:

Na concepção mais recente sobre a processualidade administrativa, firma-se o princípio de que a extensão das formas processuais ao exercício da função administrativa está de acordo com a mais alta concepção da administração: o agir a serviço da comunidade. O procedimento administrativo configura, assim, meio de atendimento a requisitos da validade do ato administrativo. Propicia o conhecimento do que ocorre antes que o ato faça repercutir seus efeitos sobre os indivíduos, e permite verificar como se realiza a tomada de decisões [...]. Assim, o caráter processual da formação do ato administrativo contrapõe-se a operações internas e secretas, à concepção dos ‘*arcana imperii*’ dominantes nos governos absolutos e lembrados por Bobbio ao

380 A processualidade no direito administrativo, p. 78.

discorrer sobre a publicidade e o poder invisível, considerando essencial à democracia um grau elevado de visibilidade do poder³⁸¹.

Neste trabalho, será aceita a distinção entre processo e procedimento administrativo no tocante à existência de conflitos de interesses presente somente no processo administrativo e atribuir-se-á ao procedimento todas as garantias que integram o devido processo legal, excluídas as aplicadas exclusivamente para os casos de litígios. A opção pela terminologia procedimento de padronização deve-se à existência de uma sequencia de atos correlacionados para se alcançar um fim (padrão), sem a existência de conflitos ou litígio entre partes.

Há unanimidade na doutrina e jurisprudência administrativa no sentido da necessidade do procedimento de padronização para a fixação do padrão. Tal afirmativa decorre da sua própria natureza, pois a uniformização de especificações só ocorrerá após a análise de fatores extrínsecos e intrínsecos que, direta ou indiretamente, influenciem na compra governamental daquele bem.

A fixação do padrão ou a decisão pela impossibilidade de sua fixação se apresentará como resultado da análise de uma série de fatores destacados de estudos, laudos, pareceres, perícias e relatórios realizados e utilizados pela Administração, que precisam ser reunidos e registrados para que possam ser acessados pela sociedade³⁸².

Segundo Sidney Bittencourt:

[...] para que a padronização tenha respaldo, há premente necessidade de um procedimento administrativo cristalino e minucioso, com precisa demonstração do convencimento de sua real necessidade por parte da autoridade pública responsável³⁸³.

No mesmo sentido a posição do TCU:

Abstenha-se de indicar preferência por marcas, e na hipótese de se tratar de objeto com características e especificações exclusivas, a justificativa para a

381 GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 183, p. 9-18, jan./mar. 1991, p. 11.

382 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2844/2003*. Primeira Câmara. Relator Lincoln Magalhães da Rocha. Tomada de contas. Sessão 18/11/03. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

383 BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 108-109.

indicação de marca, para fins de padronização, deverá ser fundamentada em razões de ordem técnica, as quais precisam, necessariamente, constar no processo respectivo³⁸⁴.

Dessa forma, a padronização é um procedimento administrativo no qual são registrados dados sobre a situação real da Administração; a pesquisa referente ao mercado do produto; as análises realizadas e a descrição das especificações que levaram à fixação do padrão. Eventual mudança em um dos fatores (realidade da Administração ou do mercado) poderá gerar alterações na padronização.

3.2 CRÍTICAS AOS PARÂMETROS ATUAIS DE EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA NO PROCEDIMENTO DE PADRONIZAÇÃO

A padronização tem sido concebida como algo excepcional e esporádico, que necessita de comissão especial temporária de alto nível, composta de servidores de áreas meio e fim, que se reúnem em prazo determinado para realizarem todas as análises que irão subsidiar a decisão da mais alta autoridade administrativa sobre a fixação do produto-padrão.

Excetuando-se as comissões de padronização permanente existentes na área de saúde, o modelo geral é estático: cria-se uma comissão para levantar e analisar dados sobre o produto, e a autoridade fixa o padrão por prazo determinado. Todos os dados levantados sobre o mercado ocorrem em um momento determinado (instrução do procedimento), não existindo a possibilidade de atualização dos dados e de acompanhamento do mercado por um órgão administrativo. Também não há um procedimento de avaliação do produto-padrão em relação às vantagens e desvantagens que justificaram a sua fixação.

A padronização foi concebida como um procedimento dinâmico que não se encerra com a fixação do padrão, uma vez que há necessidade de avaliar o produto-padrão através de indicadores para verificar se está cumprindo com a sua finalidade. Há necessidade

384 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão* 62/2007 Plenário. Relator Marcos Bemquerer Costa. Sessão 31.01.2007. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-61852&texto=2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f2532322b414e442b2b4e554d41434f5244414f25334136322b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303037&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-61852&texto=2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f2532322b414e442b2b4e554d41434f5244414f25334136322b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303037&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;)>. Acesso em: 17 mar. 2012.

de atualização constante sobre as informações de produtos que estão no mercado e que servem para comparar com o produto-padrão e subsidiar as prorrogações e revisões.

A adoção da padronização, como rotina administrativa que antecede a caracterização do produto que será adquirido pela Administração, implica uma releitura do modelo existente e da adoção de nova conformação jurídica mais condizente com a finalidade da padronização.

3.2.1 Crítica à designação de Comissão especial temporária

Para que a comissão de padronização cumpra a sua finalidade, deverá possuir servidores de todas as áreas que influam no processo de compra para que a fixação do produto-padrão seja resultado de uma ampla discussão por profissionais de área meio e fim. Assim, o produto terá as qualidades técnicas adequadas para atender às necessidades públicas, após um procedimento que obedeceu às normas que regem as compras governamentais.

Teoricamente, a comissão poderá ser permanente ou temporária. A primeira possui competência fixada em ato normativo e atenderá a todas as situações fáticas relacionadas à competência, enquanto a segunda é criada para cumprir finalidade específica em prazo pré-determinado no seu ato de criação.

Na doutrina jurídica, o modelo de comissão de padronização apresentado pelos administrativistas é a temporária³⁸⁵, constituída especificamente para padronizar determinado bem, encerrando-se após o relatório final³⁸⁶.

A principal premissa para a afirmação de que a padronização ocorra através de comissão temporária é a afirmativa de que é algo excepcional, que só irá ocorrer em situações específicas e em momentos raros, o que autoriza a reunião de servidores da área meio e fim

385 Não obstante a doutrina administrativista trabalhar com comissão temporária, pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde em 2005 confirmou que, de 186 instituições de saúde cadastradas no CNES (Cadastro nacional de estabelecimentos de saúde), 60% possuía comissão permanente de padronização permanente. SOUZA, Emerson Ricciardi de; HORST, Myrza Macedo Leite de Lucena. Sistema de custos no SUS: um panorama situacional. Brasília, p. 1-29, 2006, p. 9-10. Disponível em: <<http://dtr2004.saude.gov.br/sgcs/Documentacao/RelatorioAnalise.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2011.

386 Vide JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos*, p. 185-186.

em uma única comissão de alto nível, com a competência de analisar todos os dados relacionados ao produto que se pretende padronizar.

Entre as principais características da comissão temporária tem-se: a) designação dos membros da comissão com finalidade específica de padronizar determinado bem; b) prazo prefixado para encerramento dos trabalhos; c) análises realizadas durante o prazo de funcionamento da comissão; d) a padronização é fixada por determinado prazo e dependerá de provocação para ser revista, o que demandará a constituição de nova comissão.

Quando a comissão é temporária, um ato de autoridade terá que designar os membros da comissão para exercício de competência específica no prazo prefixado sendo que, ao finalizar os trabalhos, a comissão é dissolvida, restando o procedimento administrativo com os atos realizados. O servidor designado, na maioria das vezes terá de acumular as suas funções diárias com a de membro da comissão, ou irá se afastar de suas funções enquanto membro da comissão, retornando quando terminar a instrução do procedimento.

Os membros da comissão fazem uma análise temporal dos fatores que influem na compra até o momento da emissão do relatório, sem acompanhamento posterior do padrão fixado através de indicadores, sendo que, no momento de revisão, nova comissão terá que resgatar todos os atos que aconteceram após a fixação do padrão.

A análise do mercado de produto se resume à fase de instrução, não existindo um canal de comunicação oficial e permanente com o mercado no intuito de atualização dos dados do produto. A participação do fornecedor é limitada a responder ao chamamento público ou à provocação da comissão de padronização, não existindo a possibilidade de apresentar as qualidades de seu produto em outro momento.

Verifica-se que o procedimento é focado no impulso de ofício da comissão que recebe a competência para coletar dados e amostras dos fornecedores durante a fase de instrução, registrando todos os dados no procedimento específico de padronização, sendo este o único instrumento de registro. Tal formatação restringe os efeitos da padronização, que requer constante atualização dos dados do mercado e avaliação do produto-padrão.

Também não existe um controle e acompanhamento sobre o padrão fixado em termos de resposta às necessidades administrativas e às constantes mudanças do mercado.

Uma vez fixado o padrão, as compras são realizadas e os fornecedores são fiscalizados pelos fiscais de contrato, sem interrelação entre os servidores que atuam no pós-compra e os responsáveis pela padronização.

A comissão temporária não gera a *expertise* de seus membros, uma vez que não há adequada capacitação no procedimento e nas rotinas administrativas. Também não há aprofundamento no conhecimento do produto, seja em relação ao pós-compra, seja em relação ao mercado.

3.2.2 Crítica à definição da autoridade competente

A padronização efetuada nas entidades privadas, normalmente é instaurada e fixada pela mais alta autoridade, situação que se justifica pela necessidade de sensibilização e envolvimento de toda a equipe responsável pela implantação e eficácia da padronização. Na esfera pública, também há uma tendência a se afirmar que a competência seria da mais alta autoridade em virtude da lei silenciar sobre quem seria competente para instaurar e fixar a padronização.

A maioria das doutrinas tem entendido que, “em princípio, é competente para decretar a padronização a autoridade de mais elevada hierarquia”³⁸⁷. Tal afirmativa se justifica em virtude de duas diretivas aplicadas à competência.

A primeira segundo a qual “a outorga de competência expressa a determinado agente importa deferimento implícito, a esse mesmo agente, dos meios necessários à integral realização dos fins previstos pela norma”³⁸⁸ e como a mais alta autoridade é responsável pelas contratações públicas e a padronização é procedimento das contratações, quem teria competência para contratar teria competência para padronizar.

A segunda é que, em caso de omissão do legislador em relação à emissão de atos administrativos específicos, a competência seria do chefe do Poder Executivo, autoridade máxima da organização administrativa, que concentra em suas mãos “a totalidade das

387 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p.185.

388 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 156.

competências não outorgadas em caráter privativo a determinados órgãos”³⁸⁹ e como a padronização é procedimento puramente administrativo de todos os Poderes e Instituições, pode-se afirmar que a mais alta autoridade em cada esfera de competência seria quem teria a competência para instaurar e fixar o procedimento.

Tal modelo se justifica quando o procedimento de padronização não se encontra regulamentado, pois, uma vez regulamentado, a mais alta autoridade pode delegar a competência de instaurar e de fixar o padrão para autoridade de menor hierarquia que seja responsável pela solicitação ou autorização da compra.

3.3 PARÂMETROS PARA NOVA CONFORMAÇÃO DA COMPETÊNCIA

Segundo Maria Silvia Zanella Di Pietro, a competência pode ser definida como “o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo”³⁹⁰. Por força dos artigos 61, §1º, II, da Constituição Federal e 25 das Disposições Constitucionais Transitórias as competências decorrem da lei, sendo criadas e delimitadas por ela³⁹¹.

Reconhece-se a existência de dois tipos de órgãos: os que têm individualidade jurídica marcada pela lei e os que não têm individualidade jurídica em virtude do círculo de suas atribuições derivarem de atos normativos secundários, caracterizando-se como elementos de um conjunto maior. A grande diferença entre eles é que os primeiros só podem ser criados e extintos por lei, enquanto os segundos podem ser livremente criados e extintos. Estes são subdivisões internas dos órgãos criados e estruturados pela lei³⁹².

Diz Celso Antônio Bandeira de Mello:

à lei cabe criar os órgãos e delimitar o campo de poderes que lhes assistem. Sem embargo, decreto regulamentar é veículo idôneo para estruturá-lo internamente, estabelecendo as distintas unidades orgânicas menores que comporão sua intimidade, bem como as atribuições (competências) de cada

389 DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 211.

390 DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 210.

391 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 156.

392 ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Bosch, Casa Editorial, 1970, Tomo I, p. 82.

qual – adstritas, com é óbvio, ao campo de poderes legalmente demarcados para o órgão em sua inteireza³⁹³.

A competência decorre da Constituição e da Lei, todavia é comum a emissão de ato normativo regulamentador que estrutura os órgãos criados, instituindo subdivisões ou comissões para exercício de uma parcela da competência prevista legalmente. A comissão permanente de padronização e as subcomissões técnicas são órgãos cujas competências decorrem de atos normativos secundários, por isso a necessidade de emissão de atos normativos que definam o exercício da competência.

A competência pode ser delegada (transferido o exercício para órgão ou cargo de menor hierarquia) ou avocada (transferido o exercício para órgão ou cargo de maior hierarquia), desde que não envolva competência exclusiva, uma vez que esta só poderá ser exercida por quem recebeu a competência reservada³⁹⁴.

A Lei 8666/93 não fixa a autoridade competente para: a) emitir o ato normativo secundário que fixe as competências dos órgãos secundários; b) instaurar o procedimento e c) fixar o padrão. O silêncio da lei gera a competência implícita que se concentra na mais alta autoridade administrativa que, ao fixar o procedimento de padronização, poderá delegar parcial ou totalmente a sua competência para que autoridade inferior possa instaurar e fixar o padrão.

Quanto à competência do agente, os seus contornos decorrem das competências de seu cargo, em consonância com as atribuições do órgão ao qual estiver integrado o cargo³⁹⁵. Os servidores que serão lotados nos órgãos secundários, tais como comissão permanente, subcomissões técnicas e órgãos de apoio, terão a competência do cargo delimitada pela competência desses órgãos secundários. Assim, uma enfermeira que integre a subcomissão técnica exerce a competência de coleta, análise e comparação de informações de produtos da área de saúde.

393 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: RT, 1981, p. 61.

394 DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 211.

395 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*, p. 62.

A distribuição de competência, segundo Maria Silvia Zanella di Pietro, pode ocorrer segundo vários critérios: a) em razão da matéria; b) em razão do território; c) em razão do grau hierárquico; d) em razão do tempo; e) em razão do fracionamento³⁹⁶.

No primeiro, a competência se distribui entre as competências federativas (federal, estadual, distrital e municipal) e conforme os setores de especialidades (ramos das atividades administrativas, tais como saúde, educação, transporte etc.)³⁹⁷. A competência para padronizar se distribui entre os diversos níveis da federação e entre os Poderes, Instituições e Pessoas jurídicas da Administração indireta, em função da autonomia administrativa. A existência de uma rotina de padronização tanto pode ser destacada como um setor de especialidade como pode integrar setor existente, a exemplo da Central de compras.

No segundo, distribui-se por zonas de atuação, o “campo de poderes do sujeito está cingido a um determinado âmbito de validade espacial, para além dos confins inexistente a competência”³⁹⁸. A extensão territorial da padronização depende do grau de centralização das compras. Em Municípios onde há centralização de compras do Executivo, autarquias e fundações públicas, o âmbito de validade da comissão de padronização é municipal, excluindo-se a câmara de vereadores.

No terceiro, segundo o maior ou menor grau de complexidade e responsabilidade, uma vez que o “sujeito fica adstrito a determinada parcela de poderes especificada em função do nível (mais ou menos elevado) que ocupa na gradação piramidal administrativa”. Os “órgãos e agentes sediados em escalões mais elevados têm competências mais abrangentes e compreensivas de poderes decisórios atinentes a assuntos de importância e responsabilidade maiores”. E o reverso “se passará com órgãos e agentes ubicados em planos inferiores, de tal sorte que existe uma decrescente amplitude de competências a partir do topo para a base da Administração”³⁹⁹. Em matéria de padronização, a hierarquia é reservada para os atos de regulamentação da padronização, instauração, fixação, suspensão, revisão e invalidação do padrão.

O critério temporal fixa o momento em que a competência poderá ser exercida, “estabelece período dentro do qual existem os poderes necessários à emissão do ato

396 DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 213.

397 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*, p. 58-59.

398 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*, p. 58.

399 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*, p. 59.

administrativo”⁴⁰⁰. Este aspecto marca desde e até quando a competência poderá ser exercida. O exercício da competência está diretamente relacionado aos limites temporais da vigência da lei. O tempo de vigência da norma segundo Aurora Tomazini de Carvalho “concerne ao período em que esta está apta a produzir efeitos no mundo jurídico, intervalo entre o início e término de sua vigência [...] indica um intervalo entre um ponto e outro no tempo”⁴⁰¹. Enquanto existir a comissão permanente de padronização e as subcomissões técnicas existirá a competência sobre o tema.

Além de ser exercida no intervalo de tempo previsto na lei, a competência ainda se encontra adstrita a lapsos de tempo determinados, tais como o exercício em dias úteis como regra geral; em prazos certos como no caso de órgãos colegiados em que o exercício da competência ocorre durante as sessões. Há a paralisação de competência de determinadas matérias em determinados períodos, tal como a proibição de nomear servidor em período eleitoral, bem como os óbices pessoais que podem bloquear a competência do agente perante os casos concretos, tais como os casos de impedimento e suspeição. Em matéria de padronização, os atos são praticados em dias úteis, sendo que a regulamentação irá fixar os prazos para a prática dos atos relacionados à competência, tais como: instrução, decisão, cadastro do produto, resultado dos testes em amostras etc.

O último critério encontra-se relacionado ao exercício da competência de forma compartilhada entre órgãos diversos, tal como ocorre com a emissão de atos complexos⁴⁰² que, no presente caso, se aplica aos atos conjuntos emitidos pela comissão permanente e pela subcomissão técnica.

Nesta parte do trabalho, serão apresentados novos parâmetros para o exercício da competência pelos órgãos responsáveis pelo procedimento com o intuito de se conceber a padronização como algo rotineiro e dinâmico a ser implantado pela Administração Pública.

400 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*, p. 59.

401 *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*, p. 719.

402 DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 213.

3.3.1 Comissão permanente de padronização

Temas multidisciplinares demandam a constituição de células compostas de servidores de áreas diferentes, sendo várias as nomenclaturas utilizadas, tais como grupos técnicos, comitês e comissões. No caso da padronização há uma opção pelo termo comissão tanto da práxis como da doutrina⁴⁰³. Há recomendação da doutrina para que a comissão de padronização seja composta por servidores das áreas fim e meio. Os primeiros terão conhecimento sobre o produto que se pretende adquirir, enquanto os demais terão conhecimento sobre gestão de materiais, procedimentos e regras de contratação.

No painel intitulado “Modernização no processo de compras: aprendizados, oportunidades e inovações” foram apresentados os resultados da consultoria realizada pelo INDG – Instituto de Desenvolvimento Gerencial para a Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais. Os autores apresentaram um comparativo entre compras realizadas pelo Sistema de Registro de Preços realizado no Programa Viva Vida – Programa Estadual de Redução da Mortalidade Infantil e Materna – ocorrido em meados de 2005 e afirmam que, na época, foram feitos registros de preços para os Kits de Atenção primária, Kit Maternidade e Kit UTI Neonatal. No primeiro, por falta de qualidade nas especificações e por falta de interação da área finalística, foram adquiridos aparelhos de pressão de R\$ 38,00 considerados “praticamente descartáveis”, enquanto no segundo e no terceiro foram adquiridas incubadoras e outros equipamentos de excelente qualidade. Para os autores, a diferença está no procedimento, pois a partir da segunda contratação, houve uma constante interação entre as áreas técnica, engenharia clínica e compras.

Nas respostas dos recursos apresentados pelas empresas, ocorreu o envolvimento da assessoria jurídica. Foi enfatizada a importância em se especializar as células de compra da secretaria conforme o tipo de bem a ser adquirido e que estava sendo experimentado o “núcleo especializado em compras de medicamentos”, que se justificaria pelas peculiaridades das aquisições dos materiais⁴⁰⁴.

403 Vide JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p.185-186 e GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 537.

404 SILVA. Jomara Alves; TAVARES JUNIOR. Francisco Antonio. *Modernização no processo de compras: aprendizados, oportunidades e inovações*, p. 10-12.

A constatação acima confirma que a caracterização do produto depende de uma ampla discussão a ser realizada por profissionais de áreas meio e fim, para que o produto-padrão possua as qualidades técnicas adequadas para atender às necessidades públicas, após um procedimento que obedeceu às normas que regem as compras governamentais.

No presente trabalho, adota-se a premissa de que a padronização é obrigatória e que o procedimento sempre deverá ser deflagrado, ainda que o seu resultado seja pela impossibilidade de padronização. A deflagração de um procedimento para cada objeto a ser adquirido torna inviável a existência de uma comissão temporária, em função da grande quantidade de servidores que teriam que ser designados como membros.

A existência de comissão permanente possibilita que um grupo menor de servidores se especialize nas rotinas de padronização e responda por vários procedimentos, tornando-o mais eficiente. Dessa forma, os servidores da atividade meio (gestão de materiais, licitações, gestão e fiscalização de contratos, assessoria jurídica), responsáveis pelos atos de rotina relacionados às suas áreas, irão compor a comissão permanente, e os servidores da área finalística, responsáveis pelos atos relacionados à qualidade e produtividade do produto, poderão compor a comissão permanente ou subcomissões técnicas.

A comissão permanente possui um contato direto com o mercado, sendo sensível às suas mudanças. Recebe as informações do fiscal e gestor do contrato sobre as compras realizadas com o padrão fixado, facilitando um controle de qualidade do objeto-padrão. Propicia que a amostra de um novo produto seja encaminhada para análise e que, posteriormente, tal produto seja incluído no catálogo de padronização, caso preencha as especificações, de forma rápida, sem provocar a nomeação de nova comissão temporária de revisão.

Entre as atividades da comissão permanente destacam-se: a) gerenciar o catálogo de produtos padronizados; b) manter relacionamento contínuo com os fornecedores com o objetivo de receber informações e amostras de produtos; c) realizar o cadastro dos produtos; d) instruir o procedimento de padronização; e) coordenar os testes dos produtos recebidos; f) analisar as informações sobre os produtos; g) elaborar relatório final contendo: os comparativos entre os produtos com descrição das características analisadas; as vantagens e desvantagens encontradas e a indicação das especificações do produto que apresenta o melhor custo-benefício; h) abrir prazo para manifestação dos fornecedores sobre o relatório; i) enviar

o procedimento para a autoridade responsável pela fixação do padrão; j) descrever o bem padronizado; k) elaborar instrumentos de avaliação contínua da quantidade e qualidade dos bens padronizados adquiridos; l) acompanhar o prazo de vigência da padronização; m) divulgar o cronograma anual de revisão da padronização e n) instruir o procedimento de prorrogação e de revisão.

O gerenciamento do catálogo de produtos padronizados é realizado pela comissão, que se torna responsável pela inclusão e exclusão dos produtos. A inclusão ocorre após a publicação do ato contendo a fixação do padrão ou após a aprovação de testes para produtos que não participaram do procedimento de padronização. O catálogo apresenta a descrição das especificações do produto que será objeto de compra. Todavia, é comum que ocorra a divulgação das marcas que possuem as especificações e que foram aprovadas nos testes. A exclusão do catálogo irá ocorrer nos casos de revisão e invalidação do padrão ou reprovação em teste no pós-compra.

Independente do chamamento público para que fornecedores participem do procedimento de padronização, deverá existir um relacionamento permanente entre a comissão e os fornecedores visando ao conhecimento dos produtos existentes no mercado e que envolve: receber informações, resultados dos testes e avaliações, pareceres e laudos, certificações e amostras dos produtos. Dessa forma, a Administração será responsável pelo cadastramento permanente dos produtos existentes no mercado que sejam objeto de compra, podendo, inclusive, entrar em contato com potenciais fornecedores para que realizem o cadastro, informem os dados e enviem amostras.

O cadastro dos produtos deve conter todas as informações importantes para a padronização, independente da fase em que se encontra. Registram-se as características técnicas, resultados dos testes e análises, os laudos e pareceres técnicos, a existência de certificados, de ocorrências, a quantidade de produtos adquiridos daquela marca, os preços, os índices de avaliação relacionados ao pós-compra etc.

A fase de instrução, que fica a cargo da comissão de padronização, comporta a produção de toda a gama de informações sobre os produtos, de modo a propiciar um comparativo entre os mesmos, destacando-se as características técnicas, administrativas e econômicas. É composta de pareceres, laudos, análises, termos, atas e relatório. A existência

de cadastro de produto é um facilitador para a instrução, uma vez que serão gerados relatórios comparativos entre as informações dos produtos cadastrados.

Os testes em amostras de produtos estão sujeitos a normas técnicas, sendo que só podem ser realizados por profissionais autorizados e conforme metodologia aceita pela sociedade científica. Dificilmente a comissão será composta por membros habilitados para a realização de testes e emissão de laudos. O normal é que exista subcomissão ou subcomissões técnicas compostas por profissionais com a habilitação, ou que o produto seja enviado para serem testados em alguma entidade habilitada que pertença à própria Administração como os laboratórios públicos, ou entidades públicas ou privadas mediante a celebração de contrato, convênio ou acordo de cooperação.

O relatório da comissão conterá, além da descrição das ações desenvolvidas, o comparativo entre produtos, o que implica em apresentação dos critérios utilizados e dos resultados alcançados. Após o comparativo segue-se a apresentação das vantagens e desvantagens da padronização do produto e a indicação das especificações que apresenta o melhor custo-benefício.

Finalizada a fase de instrução com a emissão do relatório, desejável que se conceda prazo comum para que os fornecedores se manifestem sobre o relatório, garantindo o contraditório, evitando-se dados errôneos ou desatualizados sobre os produtos. Recebidas as manifestações, a comissão poderá alterar o seu relatório, em caso de comprovação de erro material ou alteração de especificações dos produtos. Em caso de dúvidas, poderá realizar diligência para elucidá-las e, posteriormente, alterar, ou não, o relatório. Em caso de manifestações que não alterem o conteúdo do relatório encaminha-se o procedimento para a autoridade responsável.

A autoridade responsável julga as manifestações e decide sobre a padronização. Caso resolva pela impossibilidade de padronização, determina o arquivamento do procedimento que será realizado pela comissão. Caso fixe o padrão, poderá acatar, total ou parcialmente, o relatório da comissão e, depois de publicado o ato contendo o padrão, encaminhar para que a comissão tome as providências de execução.

A descrição das especificações dos bens padronizados é de responsabilidade da comissão, que irá incluí-los no catálogo de produtos padronizados e descrevê-los para a Central de compras, Comissão permanente de licitação ou Pregoeiro, quando deflagrada a

compra nos casos em que o catálogo não se encontre disponível eletronicamente na plataforma de compras.

A comissão será responsável pela elaboração de indicadores que permitam a avaliação qualitativa e quantitativa dos bens padronizados que foram adquiridos pela Administração, para verificar se os requisitos justificadores da padronização permanecem durante o seu prazo de vigência.

Compete à comissão acompanhar o prazo de vigência da padronização, devendo informar a proximidade do termo final para que sejam providenciados os atos necessários para a prorrogação ou a sua revisão, bem como divulgar o cronograma anual de revisão para a Administração e os fornecedores.

As instruções dos procedimentos de prorrogação e revisão serão realizadas pela comissão de padronização após a determinação da autoridade, e comportarão todos os atos necessários ao seu fiel desempenho, que terminam com o relatório contendo a justificativa pela prorrogação ou pela revisão do padrão. Neste caso, serão apontadas as especificações que resultaram do comparativo, bem como as vantagens e desvantagens do novo padrão em relação ao anterior.

A padronização é instrumento que pode ser constantemente aprimorado para obtenção de melhores resultados. Implica procedimentos, treinamento de pessoal, controle da ação e revisão dos padrões. Ações que integram uma rotina e obedecem a prazos prefixados⁴⁰⁵. Dessa forma, somente com uma comissão permanente é possível que a padronização cumpra a sua finalidade de garantir maior eficiência às compras governamentais.

3.3.2 Subcomissões técnicas

A análise técnica dependerá de profissionais de área específica, tais como engenheiros químicos, mecânicos e eletricitas que emitirão pareceres ou laudos em conformidade com as normas técnicas. O TCU, citando posicionamento de Jorge Ulisses

405 CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*, p. 16-17.

Jacoby Fernandes, manifestou-se no sentido de que o parecer deve estar em conformidade com as normas técnicas das respectivas ciências:

10. (...) a especialização do conhecimento humano e o fato de que várias áreas da ciência constituem, na atualidade, profissões regulamentadas por diplomas legais, são fatores que indicam que a justificativa técnica deverá preencher os rigores da lei, devendo ser documentada, quando se tratar de área de ciência autônoma, mediante laudo pericial circunstanciado. Em se tratando de equipamento eletrônico, por um engenheiro da especialidade que não apenas descreva a característica pretendida e considerada essencial para a Administração, quanto demonstre que as outras marcas não a ostentam, acrescentando inclusive por que essa peculiaridade é essencial⁴⁰⁶.

A subcomissão técnica é responsável pela especificação dos materiais, análise e testes das amostras, emissão de laudos e verificação de obediência às normas técnicas. É composta por profissionais qualificados com formação que possibilite a análise da qualidade e produtividade do produto. Pode ser composta exclusivamente de servidores ou se utilizar da prestação de serviços de terceiros para análises e testes, bem como para emissão de laudos e pareceres sobre o produto⁴⁰⁷.

A criação de subcomissão técnica de apoio à comissão permanente de padronização confere maior racionalidade ao procedimento, pois a comissão será composta de servidores da atividade-meio, responsáveis pela rotina da padronização, enquanto a subcomissão técnica fornece os dados necessários para análise de qualidade e produtividade do produto, sendo possível a existência de mais uma subcomissão técnica por área finalística.

Segundo Vicente Falconi Campos “um produto ou serviço de qualidade é aquele que atende perfeitamente, de forma confiável, de forma acessível, de forma segura e no tempo certo às necessidades do cliente”. A qualidade envolve um projeto perfeito, um produto sem defeitos, a baixo custo, que dê segurança ao cliente e com a entrega no prazo certo, no local certo e na quantidade certa⁴⁰⁸.

A produtividade envolve “produzir cada vez mais e/ou melhor com cada vez menos”. Os “produtos/serviços devem ser especificados, projetados e produzidos de tal forma a terem valor, ou seja, serem necessários, desejados e ambicionados pelos clientes. O preço é função deste valor. Cobra-se pelo valor que se agrega”. O valor deve ser agregado ao menor

406 BRASIL. TCU. *Decisão 664/01*. Plenário. Relator Marcus Vinícios Vilaça. Representação. Sessão 29/08/01. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em 5 jun. 2011.

407 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 185-186.

408 TQC – Controle da qualidade total (no estilo japonês), p.2.

custo, assim, “aumentar a produtividade de uma organização humana, deve-se agregar o máximo de valor (máxima satisfação das necessidades dos clientes) ao menor custo”. Quanto “maior a produtividade de uma empresa, mais útil ela é para a sociedade, pois está atendendo às necessidades dos seus clientes a um baixo custo”⁴⁰⁹.

A qualidade e produtividade devem ser analisadas por pessoas que possuam conhecimento técnico para manejar instrumentos de aferição dos fatores relacionados ao produto; por isso se recomenda que as pessoas especializadas integrem subcomissão técnica.

A necessidade de capacidade técnica e de busca de excelência pode levar a Administração a recorrer a terceiros para coletar dados necessários à decisão. A Administração poderá celebrar contratos, convênios e acordos de cooperação com a finalidade de garantir a *expertise* necessária nas análises das especificações técnicas e de desempenho dos produtos. Através de tais acordos é possível o envio de produtos para testes, bem como o compartilhamento de resultados de produtos já submetidos a análises por outras entidades.

Em matéria de excelência, ganha destaque o recurso às certificadoras. Segundo Astrid Uzcátegui Ângulo, a certificação “proporciona ao consumidor informações confiáveis acerca de uma qualidade relativamente constante nos produtos ou serviços ofertados no mercado”, a partir da perspectiva do consumidor e dos diferentes agentes econômicos no mercado.

uma marca de certificação informa sobre a presença ou ausência constante de qualquer característica: nível determinado de qualidade, origem, matéria-prima utilizada, procedimento de fabricação ou comercialização, certificada no produto ou serviço pelo titular da marca, quem tem a obrigação de manter as medidas de controle adequado que as assegurem em termos positivos e absolutos⁴¹⁰.

A função indicadora de qualidade assegura aos consumidores e agentes econômicos que “todos os produtos ou serviços que portam tal marca ostentam a mesma qualidade satisfatória”⁴¹¹. Referindo-se propriamente às marcas de certificação, a Lei n. 9.279/1996, em seu artigo 123, inciso II, as define como aquelas utilizadas “para atestar a

409 CAMPOS, Vicente Falconi. *TQC – Controle da qualidade total (no estilo japonês)*, p.3.

410 ÂNGULO, Astrid Uzcátegui. *Marcas de certificação no sistema jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 69.

411 ÂNGULO, Astrid Uzcátegui. *Marcas de certificação no sistema jurídico brasileiro*, p. 69.

conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada”⁴¹².

Certificar, para Astrid Uzcátegui Ângulo, refere-se à “ação ou tarefa encomendada à marca de certificação de assegurar e fazer constar por escrito a realidade de um fato por quem possui atribuição para tal, isto é, a certificação entendida em um sentido lato ou técnico”. A certificadora “atesta a conformidade do produto ou serviço com determinadas normas, especificações técnicas ou requisitos que de forma comum se encontram presentes naqueles produtos ou serviços submetidos à certificação”⁴¹³.

A Lei 9279, de 14 de maio de 1996, estabelece que a “conformidade que atesta a marca pode referir-se especialmente à qualidade, natureza, material utilizado ou procedimento empregado nos produtos ou serviços, sendo que tais propriedades possuem caráter enunciativo”⁴¹⁴. A qualidade diz respeito ao “atributo de valor, que uma vez determinado e objetivamente comprovado, faz referência a um caráter que vai além da qualidade básica nutricional ou de inocuidade do produto”. Responde a “certo nível de qualidade que diferencia os produtos ou serviços que portam tal marca”. “É um valor em sentido estrito que se comporta em um aspecto positivo, isto é, a qualidade como aptidão para uma função determinada, presente nos produtos ou serviços no nível qualitativo determinado no regulamento de utilização da marca”⁴¹⁵.

O termo “natureza” se refere aos atributos relacionados às características organolépticas dos produtos (cor e sabor dos alimentos); meio ambiente (produtos ecológicos); éticos ou tradicionais (comércio justo)⁴¹⁶. Quanto ao material utilizado envolve a certificação não só da matéria-prima utilizada na elaboração de um produto acabado, mas também de qualquer outro elemento presente ou não na composição deste bem, referente à saúde (pessoas com deficiência ou organismos geneticamente modificados), assim como também ao modo ou procedimento de elaboração de produtos ou serviços (alimentos elaborados por métodos tradicionais, exigências religiosas ou ambientais)⁴¹⁷.

412 ÂNGULO, Astrid Uzcátegui. *Marcas de certificação no sistema jurídico brasileiro*, p. 69.

413 *Marcas de certificação no sistema jurídico brasileiro*, p. 178-179.

414 BRASIL. Lei 9279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 12 fev. 2012.

415 ÂNGULO, Astrid Uzcátegui. *Marcas de certificação no sistema jurídico brasileiro*, p. 183.

416 ÂNGULO, Astrid Uzcátegui. *Marcas de certificação no sistema jurídico brasileiro*, p. 184.

417 ÂNGULO, Astrid Uzcátegui. *Marcas de certificação no sistema jurídico brasileiro*, p. 184.

Em alguns setores, as certificações de qualidade “são bastante difundidas e não chegam a representar custos significativos às empresas. Nesses casos, é útil que o Estado se valha dessa prática do mercado como mecanismo que reforce a qualidade nas contratações de serviços pela Administração”⁴¹⁸. O uso de certificadoras se apresenta como mais um mecanismo de aferição de qualidade do produto que a Administração quer comprar, uma vez que a existência de certificação poderá substituir etapas do processo de padronização, tais como testes, perícias, etc.

A Lei do RDC prevê expressamente a possibilidade de ser solicitada a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada na licitação de compras governamentais (art. 7º, III). Como a padronização é procedimento administrativo auxiliar às compras, a certificação funciona como alternativa à realização de análises e testes, uma vez que os mesmos já foram realizados por entidade com *expertise* no assunto.

3.3.3 Cadastro e catálogo de produtos

A compra governamental tem por finalidade a constituição de uma relação obrigacional entre o ente público e o fornecedor do bem. Tal relação tem natureza dialógica, pois para comprar o bem, a Administração terá que caracterizá-lo e, para tanto, precisa conhecê-lo, o que envolve, necessariamente, um relacionamento com os fornecedores, tanto para receber as informações, quanto para comparar os produtos existentes no mercado.

A qualidade do relacionamento entre a Administração e o fornecedor é fundamental para que o bem seja caracterizado corretamente e a compra seja eficiente. Por isso, a importância em se criar canais de acesso a fornecedores, para que os mesmos possam apresentar o seu produto, os estudos, certificações e testes realizados, além de entregar amostras. Quanto mais direto e transparente o relacionamento com o fornecedor, maior a probabilidade de acerto da compra.

⁴¹⁸ SCHWIND, Rafael Wallbach. Considerações acerca da nova lei de licitações e contratos administrativos de serviços de publicidade (Lei nº 12.232/2010), p. 38-39.

Existem vários canais de acesso, sendo que o mais comum é o cadastro de fornecedores utilizados pela Comissão permanente de licitação. Todavia, tal cadastro, além de conferir agilidade às licitações no tocante à habilitação, tem servido para que a Administração tome conhecimento da existência de fornecedor em condições de contratar.

Conforme Marçal Justen Filho:

O cadastro consiste num banco de dados mantidos por órgãos da Administração Pública, contendo a relação das pessoas reputadas habilitadas a participar de licitação e informações sobre sua situação jurídica, fiscal, técnica e econômico-financeira. A existência do cadastro propicia a simplificação da atividade da Administração Pública em licitações [...] Para a Administração, os registros cadastrais simplificam e tornam mais rápido o trâmite das licitações.

Já para os particulares, a inscrição nos registros cadastrais representa a possibilidade de promover a comprovação de requisitos perante a Administração sem os atropelos e riscos exigidos em determinada licitação⁴¹⁹.

A vantagem do registro cadastral é a possibilidade de se apresentar total ou parcialmente os documentos exigidos na fase de habilitação para o órgão responsável pelo cadastro em um momento diferente da licitação, sem risco de ser inabilitado, pois haverá prazo para completar os documentos faltantes. Os documentos são apresentados no momento do registro e são substituídos na medida em que expiram os prazos de validade, bastando ao licitante a apresentação do certificado de registro cadastral, o que gera uma simplificação para os fornecedores que participam de várias licitações anuais na mesma esfera de poder.

O registro também simplifica a atuação da Comissão de licitação e a do Pregoeiro, tendo em vista que o certificado substitui a apresentação dos documentos de habilitação, conferindo agilidade aos trabalhos da comissão, reduzindo consideravelmente os recursos desta fase. Também servem para a Administração tomar conhecimento sobre os fornecedores interessados em licitar e que possam responder à consulta de preços e ao convite.

No modelo aqui apresentado, há necessidade de um cadastro de produto, diferenciando-se do registro cadastral, uma vez que o enfoque não está nas qualificações do fornecedor e sim nas especificações do bem. O cadastro propicia um detalhamento maior do produto através do registro de testes, laudos, pareceres e certificações existentes; bem como

419 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 507.

dados relacionados ao pós-compra e os referentes a mudanças ocorridas internamente na Administração e no mercado do produto.

Tal cadastro deve ter como característica a transparência e a praticidade. Os fornecedores precisam tomar conhecimento da existência do cadastro e do procedimento a ser seguido para envio de dados do produto que pretende vender para a Administração. Os procedimentos realizados devem ser transparentes, permitindo o controle por qualquer membro da sociedade.

A gestão do cadastro é de competência da Comissão permanente de padronização, que assume a responsabilidade, em conjunto com a subcomissão técnica, de alimentar os dados constantemente sobre os produtos que estão no mercado e que são objeto de compras governamentais, garantindo a atualidade.

A existência do banco de dados torna a relação entre a Administração e o fornecedor mais dinâmica, uma vez que os fornecedores podem enviar informações e amostras de seus produtos independente da abertura de um procedimento de padronização. Da mesma forma, a Administração, tomando conhecimento sobre o lançamento de um novo produto ou alteração de produtos existentes no mercado, lança as informações no cadastro do produto.

O cadastro do produto, além de listar uma parcela dos produtos que existem no mercado, facilita a emissão de relatórios comparativos entre os produtos cadastrados, agilizando o trabalho da comissão durante o procedimento de padronização, avaliação do produto-padrão e revisão do procedimento.

O catálogo eletrônico de produtos padronizados conterá a descrição dos bens padronizados que será utilizada nas compras governamentais daquele produto durante o período de vigência do padrão.

No caso do RDC (art. 33), há previsão de que o catálogo eletrônico de padronização contenha, além da especificação dos bens, os procedimentos e atos administrativos pertinentes à licitação, tais como minutas-padrão de edital e contrato.

O uso de catálogo de padronização apresenta-se como solução “para atividades rotineiras e similares, que apresentam enorme relevância para atingimento dos fins

visados”⁴²⁰. A padronização dessas atividades e a disponibilização dos resultados em um catálogo eletrônico evita o retrabalho dos servidores, em virtude da uniformização dos procedimentos e atos administrativos, reservando a atuação dos servidores para casos mais específicos e complexos.

Com o intuito de facilitar o conhecimento dos fornecedores sobre as marcas, modelos e tipos que foram submetidos à análise e preencheram as descrições do objeto, é recomendável que os mesmos constem do catálogo. Tal procedimento evita a necessidade de se exigir certificados para participação na licitação e também concede maior transparência ao universo de potenciais competidores.

No caso de padronização de produtos, a inscrição das marcas, modelos e tipos aprovados facilita a informação ao fornecedor, pois normalmente são vários os fornecedores que possuem o produto que a Administração tem o interesse de comprar e, como os testes são realizados por marcas, tipos e modelos, quem normalmente participa do procedimento de padronização é o fabricante ou representante comercial.

Perante o caso concreto, é possível que o fabricante ou representante comercial do produto participe de licitação ou contratação direta, bem como casos em que fornecedor interessado em participar da licitação realize o cadastro do produto e envie as amostras para testes.

3.3.4 Autoridade definida pelas normas organizacionais

Na esfera administrativa, o ordenador de despesas é o responsável pela compra de determinado produto, emitindo o ato de autorização e assinando o contrato administrativo. Todavia, a deflagração da compra, muitas vezes, tem início com outra autoridade de menor hierarquia. Tomando-se como exemplo a compra em nível municipal, o secretário da pasta solicita a aquisição do produto e o prefeito a autoriza. Isto ocorre porque o prefeito é o ordenador de despesas. Já em âmbito estadual, os secretários estaduais são ordenadores de

420 JUSTEN FILHO, Marçal. Catálogo eletrônico de padronização. IN: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.) *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – comentários à Lei n. 12462 e ao Decreto n. 7581*. Belo Horizonte: Fórum, p. 357-360, 2012, p. 357.

despesas, logo, o governador só se responsabiliza por compras e contratos administrativos relacionados ao seu gabinete, existindo uma diferenciação, na maioria dos casos, entre a mais alta autoridade e o ordenador de despesas.

A existência de uma comissão permanente facilita a rotina da padronização, tornando desnecessário que o procedimento seja deflagrado ou fixado pela mais alta autoridade administrativa, bastando que a mais alta autoridade na regulamentação do procedimento fixe a competência para a emissão dos atos.

Dessa forma, a instauração do procedimento poderá ser pelo responsável pela pasta ou pelo ordenador de despesas. Já a fixação do padrão ocorrerá pelo ordenador de despesas ou pela mais alta autoridade, quando forem autoridades diferentes. Em casos práticos, o secretário municipal de saúde poderá instaurar o procedimento de padronização de produtos de uso na saúde, permanecendo a competência para a fixação do padrão com o prefeito. Em níveis estaduais, o secretário estadual de saúde por ser ordenador de despesas poderá receber a competência para instaurar o procedimento e fixar o padrão, sendo desnecessário ato do governador. Todavia, para Estados em que há centralização de compras do Executivo, autarquias e fundações públicas, a fixação do padrão será pelo governador para produtos adquiridos pela Administração direta e indireta.

Há possibilidade da fixação do padrão ocorrer por autoridades diferentes em função de escolha finalística, o que não interfere no processo de compra, pois uma vez fixado o padrão, a sua descrição irá compor o catálogo de produtos que será utilizado pela central de compras, comissão permanente de licitação e pregoeiro.

A autoridade responsável pela fixação do padrão será também a responsável pela invalidação e revisão da padronização, bem como pela suspensão do padrão em caso de necessidade de medida acautelatória.

3.3.5 Regulamentação da lei

Excetuando-se as comissões permanentes de padronização existentes na área de saúde, o modelo apresentado pelos administrativistas envolve a emissão de um ato

administrativo pela mais alta autoridade, que determina a abertura de um procedimento de padronização, designa os membros da comissão e confere aos membros a competência para emitir os atos instrutórios.

A comissão, uma vez constituída, realiza a coleta de dados sobre os produtos, registra todas as informações no procedimento e emite relatório final, seguindo o procedimento padrão das comissões administrativas temporárias.

No modelo proposto no presente trabalho, justifica-se a necessidade de regulamentação da lei por ato normativo que: a) estabeleça competência da comissão permanente de padronização e das subcomissões técnicas; b) crie o cadastro e o catálogo de produtos e c) fixe as rotinas da padronização e d) determine a autoridade responsável pela instauração, fixação, suspensão, revisão e invalidação do padrão.

O regulamento traça normas para a ação dos órgãos administrativos, determinando os aspectos procedimentais e os critérios a que devem obedecer em questões de fundo, para cumprir o objetivo da lei. Especifica a maneira de proceder, uniformizando, processual e materialmente, os comportamentos a serem adotados em face dos critérios que elege e das pautas que estabelece para os órgãos e agentes administrativos⁴²¹.

A lei 8666/93, no seu artigo 15, I, diz quando padronizar e fixa alguns parâmetros a serem seguidos, todavia não prescreve o modo de agir, conferindo competência a Administração Pública para fixar o procedimento a ser adotado⁴²².

A fixação do procedimento não pode significar inovação primária no ordenamento jurídico uma vez que a Constituição Federal proíbe a delegação de função legislativa para órgãos administrativos, exceto nos casos de Lei Delegada e Medida Provisória, em conformidade com os artigos 5º, II, e 37, *caput*, 84, IV, 170, *caput*, IV e parágrafo único, 62 e 68. Dessa forma, o regulamento não pode “incluir no sistema normativo qualquer regra geradora de direito ou obrigações novos. Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento”⁴²³.

421 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 353.

422 BRASIL. *Lei 8666, de 21 de junho, de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 6 nov. 2011.

423 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 355.

A competência para emitir regulamentos é do chefe do Poder Executivo por força do artigo 84, IV, da Constituição Federal, o que é realizado plenamente quando os atos executores forem exercidos exclusivamente por servidores do Poder Executivo. Ocorre que, nas compras governamentais, a competência é exercida por todos os Poderes e Instituições públicas, em decorrência da autonomia concedida constitucionalmente. Nesse caso, cada um dos Poderes, as Instituições do Ministério Público e Tribunal de Contas, bem como as entidades que compõem a Administração indireta possuem competência para estabelecer o procedimento a ser seguido em caso de padronização⁴²⁴.

A Lei de licitações e contratos administrativos não determina quem é a autoridade responsável para emitir o ato normativo com o procedimento da padronização, todavia, como a competência regulamentar é do chefe do Poder Executivo, poder-se-ia dizer que seriam as autoridades de hierarquias equivalentes, ou seja, a mais alta hierarquia administrativa, o que também se justifica, pelo exercício da competência, envolver atuação de todo o órgão ou entidade pelo qual a autoridade responde. Há um consenso na doutrina⁴²⁵ de que a instituição do padrão será realizada pela autoridade de mais alta hierarquia administrativa, o que fundamenta a sua competência para fixar o procedimento a ser seguido.

Ao se referir à instituição do padrão, Diógenes Gasparini afirma que o ato jurídico administrativo que fixa o padrão poderá ser veiculado por “decreto, se for do Executivo, por portaria quando da responsabilidade de autarquia, Tribunal de Contas, Poder Judiciário, ou por ato da mesa, quando do interesse do Legislativo, se outro veículo não for exigido pela legislação de cada uma dessas entidades”⁴²⁶. A mesma diretiva pode ser aplicada para o caso da regulamentação, pois se a fixação do padrão é determinada pela autoridade, através de ato de sua competência, o mesmo se aplica para a fixação do procedimento de padronização.

A emissão de um ato normativo estabelecendo o procedimento administrativo que será realizado dentro do Poder, Instituição ou pessoa jurídica da Administração indireta define os parâmetros a serem seguidos pelos servidores e empregados públicos, gera uniformização do atuar, evita condutas díspares entre os agentes; promove a especialização e capacitação dos mesmos na rotina e nos instrumentos; facilita o controle do procedimento e propicia aos

424 Em caso de centralização de compras da administração direta do Poder Executivo, Autarquias e Fundações Públicas em um único órgão, como as superintendências de compras, será expedido de decreto de padronização pelo chefe do poder executivo.

425 Vide JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 185.

426 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 539.

fornecedores conhecer previamente a forma de atuação do órgão ou entidade pública no tocante a padronização, compatibilizando os princípios do devido processo legal e o da eficiência.

Dessa forma, uma vez normatizado o procedimento de padronização, caberá às autoridades administrativas a função de instaurar e decidir a padronização de determinado bem, sendo que a emissão de atos intermediários será realizada por servidores designados. A regulamentação também cumpre a função de criar os órgãos secundários tais como a comissão permanente de padronização, subcomissões técnicas e os órgãos de apoio.

3.4 PROPOSIÇÃO PARA AS FASES DO PROCEDIMENTO DE PADRONIZAÇÃO

Embora exista previsão legal para a padronização das compras governamentais, e a padronização seja uma técnica comum nas empresas privadas e cada vez mais utilizada em âmbito administrativo, não existe na lei o procedimento a ser seguido, competindo à Administração Pública fixá-lo. O que existem são manifestações, principalmente do TCU, no exercício do controle externo, e manifestações da doutrina sobre como deveria ser o procedimento em conformidade com os demais princípios administrativos.

A reunião dos atos em fases cumpre uma finalidade classificatória, pois os atos que compõem uma fase produzem determinado tipo de efeitos. Também expressa “os momentos juridicamente definidos da progressão lógica temporal do processo”, disciplinando os atos que se sucedem no tempo⁴²⁷.

A padronização tem sido vista como um procedimento especial que obedece a um formato padrão apresentado pela doutrina e aceito pela jurisprudência do TCU na sua função de controle externo. Seguem as fases do procedimento:

- i) ato de instauração de procedimento administrativo especial pela autoridade determinando a instituição da padronização de determinado produto mediante ampla publicidade;
- ii) designação de comissão especial de padronização;

427 MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, p. 133.

- iii) realização de estudos necessários à fundamentação da decisão final acerca da padronização pela comissão de padronização;
- iv) elaboração do relatório final da comissão, com sua conclusão sobre a viabilidade da padronização;
- v) decisão da autoridade competente sobre a padronização do bem, após a análise dos elementos componentes do procedimento administrativo;
- vi) publicação do resultado do procedimento de padronização.

Nesse modelo, a autoridade deflagra a padronização designando comissão especial de padronização que será responsável pela instrução do procedimento. O ato de instauração é publicado seguindo as regras da licitação, ou seja, em diário oficial e outros meios que atendam ao objetivo de tornar público aos fornecedores o início da padronização de determinado bem ou bens.

A comissão especial de padronização recebe a competência para realizar todos os atos de instrução necessários para apurar a melhor solução, no sentido de padronizar, ou não, o produto. É composta por servidores com conhecimentos técnicos nas áreas que influem na compra do produto, de modo que possam levantar e avaliar todos os dados relacionados ao padrão. Há recomendação, que seja constituída por servidores da atividade meio (licitações, jurídica, gestão de materiais) e da área técnica atinente ao bem a ser padronizado (médica e tecnologia da informação, por exemplo).

Caso a Administração não possua servidores especialistas e, portanto detentores de conhecimento técnico suficiente para analisar as especificações técnicas e o desempenho do produto, há a possibilidade de se utilizar do conhecimento de terceiros para a coleta de dados ou emissão de laudos e pareceres necessários para a correta análise de todos os elementos que influem naquela padronização.

A comissão também recebe dos fornecedores interessados em contratar com a Administração, informações sobre os seus produtos, que cumprem a função de dirimir eventuais dúvidas e a embasarem decisão futura acerca da padronização. A participação dos fornecedores ocorre normalmente mediante o chamamento público realizado pela comissão de padronização para que participem do procedimento, enviando dados e amostras de seus

produtos e mediante o contato direto da comissão com o fornecedor para obter informações e amostras de produtos que serão comparados.

A fase de instrução é composta de atas, pareceres, relatórios, laudos que cumprem a finalidade de comparar os produtos analisados e subsidiar o relatório final da comissão. Os critérios escolhidos para comparação dos produtos variam em conformidade com a contratação pretendida, mas devem conduzir a uma decisão segura sobre as vantagens e desvantagens da padronização.

A fase de instrução se encerra com um relatório final que contém a manifestação favorável ou desfavorável sobre a padronização do produto, sendo que, em caso de padronização, apresenta a definição das características do padrão a ser instaurado.

O procedimento é enviado para a autoridade que aprova o procedimento e decide sobre a fixação do padrão. A decisão será motivada, sendo que não se encontra vinculada ao relatório da comissão. Dessa forma, a autoridade competente poderá acatar total ou parcialmente o relatório, rejeitá-lo, ou determinar que a comissão complemente informações, devendo retornar o procedimento com novo relatório após o cumprimento dos atos determinados. Aprovado o procedimento, será publicado no Diário Oficial o ato administrativo com padrão fixado por prazo específico.

Apresenta-se uma proposta de procedimento, na tentativa de aprimorar o procedimento existente, partindo-se da existência de órgãos secundários permanentes incumbidos da rotina de padronização.

3.4.1 Iniciativa

A fase da iniciativa envolve os atos que desencadeiam o procedimento administrativo. O início pode ser de ofício ou por iniciativa de particulares interessados. No caso da padronização, inicia de ofício por impulso da própria Administração.

A instauração de ofício pode se exteriorizar de múltiplas formas. O “veículo será um ato administrativo de carga determinativa: a instauração não contém manifestação

opinativa ou dispositiva”. Ela se “cristaliza num mandamento, que deflagra, desde sua edição, efeitos e impulsos incoercíveis”⁴²⁸.

Marcos Antônio Souto Maior Filho aponta os seguintes atos como componentes da fase inicial do procedimento de padronização:

1. O setor competente em cognição sumária solicita a padronização e remete à Autoridade competente para reconhecer a solicitação de padronização, geralmente os ordenadores de despesas, despacham, mandando autuar;
2. A autoridade competente, através de ato administrativo formal, após autuação, constitui comissão especial de padronização, que realizará os estudos necessários para padronização, podendo, antes, solicitar parecer prévio ao setor jurídico⁴²⁹.

No presente trabalho, parte-se da necessidade de regulamentação do procedimento de padronização, bem como da existência de uma comissão permanente, existindo, portanto, apenas a necessidade de um ato deflagrador da padronização do bem ou bens. Da mesma forma, os integrantes das comissões e subcomissões serão designados pela mais alta autoridade administrativa para exercerem as atividades pelo período anual.

O Regulamento definirá a autoridade com competência para deflagrar o procedimento. No modelo aqui apresentado, o responsável pelo setor de compras solicita à autoridade a abertura do procedimento, uma vez que é no setor de compras que se concentram os pedidos para a aquisição dos bens, sendo que, quando os bens já se encontram padronizados, o setor encontra-se de posse das descrições enviadas pela comissão de padronização e, quando não existentes, caberia ao responsável pelo setor informar que existem pedidos de compras de produtos não padronizados.

O procedimento se inicia através de ato administrativo formal para um único bem ou vários bens que se encontram relacionados entre si, ou que exigem a mesma *expertise* dos responsáveis pela fase de instrução justificando a padronização conjunta. Recomenda-se que sejam reunidos em um único procedimento todos os bens relacionados, para que seja proporcionada maior eficiência em função da visão do todo, e das análises de compatibilidades entre os bens em razão das soluções pensadas. Pode-se citar como exemplos

428 FERRAZ, Sérgio; DALARI, Adilson. *Processo administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 116-117.

429 SOUTO MAIOR FILHO, Marcos Antônio. Princípio e processo de padronização e a utilização de marca. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, n. 322, p. 1-2, 25 maio 2004, p. 2. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5220>,>. Acesso em: 8 fev. 2011.

de padronização conjunta de bens: a frota de veículos, de alimentos de subsistência, de *layout* de móveis de repartição pública.

Após o despacho que determina a abertura da padronização, segue-se a rotina de autuação do processo e envio para a comissão permanente de padronização.

3.4.2 Instrução

Instruir o processo significa “provê-lo de provas e dotá-lo de elementos, tudo com vistas a formação da convicção de quem vai decidir o feito”. A finalidade da instrução consiste em “conferir à autoridade administrativa competente elementos suficientes para a formação de seu convencimento, de modo a que possa ser proferida decisão correta, justa e adequada”⁴³⁰.

Fase em que é realizada a coleta de todos os elementos que irão subsidiar a tomada de decisão, tais como pareceres, estudos, perícias, exames, testes, relatórios, atestados, termos de ocorrência, certificações, consultas e audiências públicas. Tais elementos serão utilizados para apurar as necessidades administrativas, formular previsão sobre o montante econômico dos contratos futuros e examinar as alternativas possíveis para a padronização⁴³¹.

Para Diógenes Gasparini

é essencial que a instrução também contenha amplas informações sobre os produtos existentes no mercado, de modo a se poder comparar as vantagens e desvantagens de cada um em face dos demais, do interesse público e do desejado pela Administração Pública. Todas essas vantagens da padronização devem ser contrastadas com as desvantagens da própria estandarização⁴³².

O art. 15, I, da Lei 8666/93, não regula a fase de instrução, mas apresenta as diretrizes a serem seguidas: “compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas”. Em sentido similar a previsão do art. 4º, I, da Lei do RDC que prevê:

430 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal* (Comentários à Lei n. 9784, de 29/01/1999), p 201.

431 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 185.

432 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 538.

“padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas”.

Em conformidade com as diretivas, a Administração, no momento da regulamentação, estipulará como serão coletados os dados e realizados os elementos necessários para o embasamento do Relatório técnico, que será o instrumento que irá condensar tudo que foi produzido pela comissão sobre o bem ou bens objetos da padronização.

A fixação das especificações do produto que será adquirido por um período determinado implica necessidade de se realizar um estudo de viabilidade que contemple as razões econômicas, técnicas e administrativas do padrão⁴³³.

A padronização segue uma lógica simples. Identificada a necessidade da Administração Pública de comprar algum bem deverá ser definido o bem que se pretende adquirir especificando as suas características técnicas que se apresentam como o resultado da análise de todos os fatores que interferem na compra.

São muitos os fatores analisados no momento da padronização, tais como “tecnologias adotadas, qualidades específica dos bens e a necessidade da Administração”⁴³⁴. Dentre os fatores analisados alguns irão prevalecer e servirão de justificativa para que determinado produto seja padronizado em conformidade com as especificações selecionadas.

No acórdão n. 1713/2003, o Plenário do TCU analisou a aquisição de *software* com fixação da marca Windows pela Secretaria de Educação a Distância do Ministério da Educação:

Objetivamente, dentre as razões que conduziram à opção por sistemas operacionais da “família Windows”, o Ministério, em robusto trabalho (cf. volume 1), elenca: a observância do princípio da padronização (tais sistemas foram os adotados nas duas primeiras fases do Proinfo); a predominância marcante dos produtos MS-Windows entre as organizações brasileiras; a familiaridade de diretores, professores e alunos das escolas públicas com o ambiente; a maior facilidade na obtenção de suporte técnico; a existência de grande número de títulos de interesse educacional na plataforma Windows; entre outras.

433 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Processo 20.605/91-9*. Relator Homero Santos. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=3>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

449 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*, p. 97.

Tais razões, a meu ver, sustentadas pela farta documentação apresentada pelo MEC, evidenciam - em consonância com o item 9.2.3 do Acórdão 1521/2003, acima reproduzido - a razoabilidade e a legalidade da decisão de especificar parte do objeto licitatório da Concorrência com a indicação da marca do produto desejado. Sendo esse o ponto nodal da presente representação, deve a mesma, portanto, ser considerada improcedente⁴³⁵.

No caso analisado, as razões técnicas e operacionais foram aceitas pelo TCU se resumindo em: padronização tácita decorrente das fases anteriores do Proinfo em que foram adquiridos sistemas operacionais *Windows*, a presença e familiaridade com o ambiente dos utentes, existência de grande número de títulos de interesse educacional e facilidade na obtenção de suporte técnico.

Na decisão 392/1996, o Plenário do TCU analisou a exigência de um certificado para que as empresas participassem da licitação considerada restritiva por alguns licitantes. A Companhia Vale do Rio Doce-CVRD justificou que utilizava o *software* da NOVELL no gerenciamento da Rede Local – *Netware*, havendo a necessidade dos microcomputadores compatíveis com o sistema e que a garantia oferecida pela empresa para os sistema se limita aos equipamentos que atesta, o que ocorre através da emissão do certificado *NOVELL APPROVED* para qualquer fabricante de microcomputador que solicite o teste do equipamento e que a exigência do certificado objetiva atender aos princípios da padronização e economicidade. As justificativas da empresa foram aceitas pelo Tribunal:

Em que pese os valiosos dados e sugestões apresentados pela Secretaria de Informática, considero que, especificamente neste caso, a providência da Companhia Vale do Rio Doce visou, efetivamente, resguardar seus interesses, pois o programa de informática instalado em suas dependências, adquirido mediante procedimento licitatório, necessitava de equipamentos compatíveis, de maneira a assegurar, inclusive, a garantia oferecida pelo fabricante do programa. Assim, entendo que o objetivo da Entidade, ao inserir a cláusula ora impugnada, foi de garantir o funcionamento do equipamento adquirido, amparando esse procedimento nas prescrições dos arts. 15 e 30 da Lei nº 8.666/93, o que constitui, a meu ver, circunstância relevante para o objeto específico do contrato, na forma permitida no art. 3º, § 1º, I, da mesma Lei. Creio, entretanto, que nada impede que preservada a qualidade e a compatibilização argüida pela empresa, esta, ao abrir novos processos licitatórios, faça constar do seu edital um prazo suficiente para que as exigências dessa natureza possam ser cumpridas⁴³⁶.

435 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1713/2003*. Plenário. Relator Guilherme Palmeira. Sessão 12/11/03. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

436 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão 392/1996*. Plenário. Relator Humberto Guimarães Souto. Sessão 03/07/1996. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

Dois fatores foram importantes na decisão do TCU: a existência de uma padronização pelo *software* da NOVELL, que exigia a aquisição de equipamentos compatíveis com o sistema, e a vinculação da emissão do Certificado pela empresa para atestar a compatibilidade entre o equipamento e o sistema, para fins de garantia do produto.

Na decisão plenária n. 641/97, o TCU aceitou as justificativas de padronização da Embratel na marca CISCO, que afirmou que a aquisição seria em escala e não compensava a fragmentação do edital em função do custo mais elevado e também representaria grande risco em função aos inúmeros problemas de integração que poderiam comprometer a implantação do projeto. Afirmou que a aquisição de equipamentos (*hardware*) e de programas (*software*) em separado seria tecnicamente inviável, pois ambos formam o sistema chamado comutador, sendo que são as versões de programas que dão a inteligência dos equipamentos. Segue o relatório do Ministro-relator:

No caso em exame ficou demonstrada a conveniência de se adquirir equipamentos da fabricação CISCO, para fins de padronização e compatibilidade com os já existentes (...) observe-se, também, que a licitação envolvia não somente a aquisição dos equipamentos, mas também dos programas ("software"), além de contemplar a instalação, a integração (responsável pela interconectividade e interoperabilidade entre a rede que está sendo adquirida e a rede corporativa atual da EMBRATEL, já em operação), a consultoria e o treinamento dos técnicos da EMBRATEL, também de responsabilidade do fornecedor, a fim de capacitá-los a operar a rede adquirida. Dessa forma, entendendo que a EMBRATEL, dada a complexidade envolvendo os equipamentos e serviços adquiridos, buscou a melhor opção para o atendimento de suas necessidades, não se tendo verificado nesses autos irregularidade que macule o procedimento licitatório adotado. Ante o exposto, acolho o parecer da Unidade Técnica, e VOTO por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à apreciação deste Plenário⁴³⁷.

Foram utilizadas como justificativa questões técnicas e econômicas para justificar a padronização, entre elas, a aquisição em escala, a compatibilidade de desempenho relacionado à interconectividade e interoperabilidade entre a rede a ser adquirida e a corporativa existente, bem como a capacitação dos técnicos da Embratel.

Na Decisão Plenária n. 446/1995, foi analisada pelo TCU a padronização de veículos fora da estrada pela Companhia Vale do Rio Doce – CVRD. Entre as justificativas apresentadas pela empresa consta que já possuía frota de caminhões nos modelos "Dresser" e

437 BRASIL. TCU. *Decisão 641/97*. Plenário. Relator Bento José Bugarin, Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

"Caterpillar" em funcionamento, possuindo, inclusive, estoque de peças de reposição de modo que a aquisição de modelo diverso seria prejudicial à padronização existente e demandaria aquisição de itens diferentes de reposição. Afirma também que a aquisição de novo tipo de equipamento implicaria treinamento de pessoal de manutenção e operação dos veículos, além de a fixação de outra estrutura diferente da já existente para a assistência técnica dos equipamentos por parte do fornecedor. E, por último, que a eficiência da frota existente já seria conhecida e satisfatória. Segue a decisão do TCU:

A necessidade técnica e a conveniência econômica da padronização desse equipamento, conduzindo à aquisição dos veículos dentro da mesma linha de fabricação já utilizada pela empresa, foram, como visto no relatório, convincente e explicitamente evidenciadas pela CVRD, na resposta com que atendeu à diligência efetuada pela Unidade Técnica para apurar o fato apontado na representação que deu origem a este processo. A escolha, com base em prévio e exaustivo estudo técnico, de determinados modelos de veículos para renovar, completar ou ampliar a frota de caminhões "fora de estrada" que operam na Mina de Carajás configura, portanto, inquestionavelmente, procedimento que visa a assegurar a padronização de uma linha de equipamentos de características singulares, padronização essa que é não só recomendada, mas até mesmo imposta pelas conveniências de maior economia de manutenção, aproveitamento de estoques de peças, especialização de pessoal que lida com tais máquinas, etc. Descaracteriza-se, portanto, a pura e simples preferência de marca, esta sim vedada pelo Estatuto das Licitações e Contratos, não cabendo, portanto, qualquer restrição à conduta adotada pela empresa. Acolho, portanto as conclusões da Unidade Técnica, bem fundamentadas no material obtido nas diligências e na correta interpretação da lei, e Voto por que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à apreciação deste Plenário⁴³⁸.

O plenário do TCU entendeu que as comprovações técnicas e operacionais encontravam-se plenamente justificadas com base no estudo técnico dos modelos dos veículos que iriam compor a frota de caminhões fora de estrada e que os escolhidos representariam maior economia de manutenção, aproveitamento de estoques de peças e especialização de pessoal que lida com as máquinas.

Verifica-se que perante cada produto analisado são levantados os fatores que influem de forma relevante para a escolha que atenda satisfatoriamente aos interesses administrativos, tal decisão reflete sempre a ponderação das questões técnicas, administrativas e econômicas relacionadas à aquisição.

438 BRASIL. Tribunal de Conta da União. *Decisão 446/95*. Plenário. Relator Carlos Átila Álvares da Silva. Sessão 30/08/1995. Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=36>,>. Acesso em: 8 out. 2010.

3.4.2.1. Coleta de dados

O posicionamento do TCU é no sentido da padronização ser consubstanciada na análise de dados concretos que apontem a vantagem da fixação do padrão, não se admitindo teses meramente argumentativas:

(...) a invocação do princípio da padronização como argumento para estreitar o campo da competição licitação ou mesmo para declará-la inexigível requer justificação consubstanciada e objetiva dos motivos e condições que, no caso concreto, conduzem o administrador à conclusão de que sua preservação não se compatibiliza com a realização da licitação, ou que o certame, realizado, deva circunscrever-se a equipamentos ou produtos de determinada procedência⁴³⁹.

Quanto à padronização dos equipamentos, verifico que o parecer técnico que embasou a ampliação da aquisição apresenta um conteúdo superficial e meramente opinativo, sem expor dados concretos para suportar suas alegações⁴⁴⁰.

A metodologia da coleta de dados é algo que a Administração precisa regulamentar, pois há necessidade de reunir os dados referentes às aquisições passadas e de levantar informações sobre os produtos que se encontram disponíveis do mercado em condições de serem adquiridos.

Os dados referentes às últimas aquisições precisam ser coletados com os fiscais e gestores do contrato, que são responsáveis pelo manuseio das informações relacionadas às contratações. Os fiscais fornecem dados sobre a execução dos contratos, possuindo informações sobre as vantagens e desvantagens que o produto apresentou, enquanto os gestores fornecem dados sobre quantitativos, valores das contratações e fatores que atingem a contratação. Os dados serão sintetizados em um relatório que contenha as condições financeiras, técnicas e operacionais relacionadas às aquisições passadas para cotejá-las com o que existe no mercado e com as necessidades futuras.

A coleta de dados no mercado de produto é necessária, uma vez que a Administração terá que apontar as vantagens e desvantagens dos produtos existentes, não

439 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão 446/95*. Plenário. Relator Carlos Átila Álvares da Silva. Sessão 30/08/1995. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=36>>. Acesso em: 8 out. 2010.

440 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 457/2002*. Primeira Câmara. Relator Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão 09/07/02. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

bastando analisar apenas o produto ou marca que lhe interessa, haja visto que há a necessidade de justificar porque os demais produtos existentes no mercado foram excluídos.

Os dados dos produtos analisados serão registrados para que, no momento de exercício do controle, seja verificada a obediência ao princípio da isonomia. Na presente proposição, as informações são registradas em um banco de dados que compõe o “cadastro do produto”, sendo que os relatórios comparativos dos produtos são impressos e anexados no procedimento.

A Administração pública terá que se relacionar com o mercado para levantar os produtos existentes e, para isso, terá que estabelecer uma metodologia para a coleta das informações, que poderá ser ativa ou passiva. No primeiro caso, a Administração será responsável pela pesquisa, e no segundo criará mecanismos para que as empresas apresentem os seus produtos.

Na pesquisa ativa, a Administração irá recolher dados sobre o mercado do produto, reunindo informações sobre as especificações, desempenho, valor da aquisição, custo de manutenção, entre outros. Tal tipo de pesquisa é mais fácil de ser realizada em mercados cujas informações já se encontram disponíveis em bancos de dados de acesso público e naqueles em que os bens se encontram testados ou certificados. É o caso dos medicamentos que já constam em relação oficial do Ministério da Saúde para uso em tratamentos específicos; a fabricação depende de licença da ANVISA e as descrições do desempenho constam nas bulas obrigatoriamente disponíveis em bancos de acesso público. Da mesma forma, os bens com certificação compulsória tais como luvas cirúrgicas, preservativos masculinos, veículos de transporte coletivo de passageiros⁴⁴¹ são obrigatoriamente testados e possuem a descrição técnica de composição e desempenho disponíveis. Em alguns mercados, embora a certificação seja voluntária, há a adesão de 100% dos fornecedores, o que também facilita a aquisição de informações, além de dispensar a realização de testes.

Existem mercados em que a certificação atinge apenas componente do produto ou não é compulsória, como é o caso do lápis preto n. 2, em que a certificação se refere à origem do produto florestal (selos FSC ou Cerflor)⁴⁴² e não ao produto final, sendo necessário testar

441 INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA (INMETRO). Disponível em: < <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/prodCompulsorios.asp>>. Acesso em: 28 dez. 2011.

442 INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA INMETRO. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/qualidade/cerflor.asp>> . Acesso em: 28 dez. 2011.

as amostras de lápis de determinada marca no tocante ao seu desempenho na escrita. Nesse caso, a Administração terá que criar mecanismos para solicitar as amostras e as descrições dos produtos que pretende comparar, sendo mais fácil propiciar canais para que o fornecedor apresente os dados e forneça as amostras.

São vários os mecanismos disponíveis e que serão utilizados conforme a natureza do produto que se quer padronizar. A Administração poderá fixar competência para que a comissão de padronização receba as descrições técnicas e amostras dos produtos dos fornecedores em fluxo contínuo, como pode recorrer a editais que fixam o período para receber os dados técnicos e as amostras dos fornecedores interessados naquela padronização.

A proposta aqui apresentada é que a opção seja pelo fluxo contínuo, uma vez que as informações e resultados dos testes serão registrados no cadastro do produto, e as marcas, modelos e tipos compatíveis com as descrições constarão do catálogo eletrônico.

A análise técnica será realizada por pessoas qualificadas em áreas específicas do conhecimento que irão emitir parecer técnico e, muitas vezes, realizar testes em amostras de produtos, para fins de verificação da qualidade e produtividade. Para a análise a Administração poderá recorrer a servidores que possuam conhecimento técnico sobre o bem ou terceiros.

Segundo Marçal Justen Filho:

Se for o caso, deverão ser ouvidas autoridades acerca do assunto – inclusive e se for o caso, obtendo sua colaboração mediante contratação direta por inexigibilidade de licitação [...] Será aconselhável ouvir órgãos de classe, sindicatos e representantes de usuários. Enfim, todos os dados possíveis e imagináveis deverão ser considerados⁴⁴³.

Para que a análise técnica seja realizada, a Administração poderá designar servidor especialista, criar subcomissão técnica, utilizar laboratórios, recorrer às certificadoras dos produtos e firmar contratos, convênios ou acordos de cooperação com entidades que possuam a *expertise* para análise e teste do produto. A Administração também poderá optar por compartilhar dados de outros órgãos ou instituições, utilizando-se de testes e análises já realizadas sobre o produto.

443 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 185-186.

A ideia é que exista uma subcomissão técnica composta por servidores especialistas com competência para coleta, análise e comparação das informações, ainda que uma parte das informações seja produzida em ambiente externo à Administração ou por meio de terceiros contratados para auxiliarem a subcomissão. A existência da subcomissão técnica capacita os servidores e confere a dinamicidade, uma vez que continuamente estarão recebendo, analisando e comparando informações sobre os produtos que se encontram sobre sua competência.

As análises das especificações do produto e do desempenho normalmente são realizadas através de testes em amostras ou uso de certificações.

As análises das amostras seguem as Normas de Plano de Amostragem da ABNT em conformidade com as NBRs 5425 a 5430 a saber: NBR 5425 - Guia para inspeção por amostragem no controle e certificação de qualidade; a NBR 5426 - Planos de amostragem e procedimento na inspeção por atributos – Procedimento; NBR 5427 – Guia de utilização da norma NBR 5426 - Planos de amostragem e procedimentos na inspeção por atributos – Procedimento; NBR 5428 - Procedimentos estatísticos para determinação da validade de inspeção por atributos feita pelos fornecedores – Procedimento; NBR 5429 - Planos de amostragem e procedimentos na inspeção por variáveis – Procedimento e NBR 5430 - Guia de utilização da norma NBR 5429 - Planos de amostragem e procedimentos na inspeção por variáveis – Procedimento⁴⁴⁴.

As certificações dividem-se em compulsórias e voluntárias. As primeiras são regulamentadas por lei e exigidas pelo governo, priorizam as questões de segurança, saúde e meio ambiente, como por exemplo: capacete de proteção para ocupantes de motocicletas e similares; extintor de incêndio; mamadeira; pneus novos de automóveis, caminhões e ônibus; pneus novos de motocicletas, motoneta e ciclomotor; preservativo masculino⁴⁴⁵. As voluntárias não se encontram regulamentadas pelo governo, decorrendo exclusivamente de decisão do fornecedor em submeter o seu produto à certificação.

Para Marçal Justen Filho os fornecedores, enquanto potenciais interessados na padronização, poderão apresentar informações sobre os seus produtos e os benefícios que

444 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). Disponível em: <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=4576>>. Acesso em: 2 jan. 2012

445 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). Disponível em: <<http://www.normalizacao.cni.org.br/perguntas.htm>>. Acesso em: 4 jan. 2012.

podem apresentar, bem como fornecer amostras que serão testadas⁴⁴⁶. Caso o produto já se encontre testado ou certificado, basta apresentar a comprovação.

Há possibilidade também de realização de consulta e audiência públicas. Através delas a Administração “tem acesso às mais variadas opiniões sobre a matéria debatida”⁴⁴⁷, podendo envolver os fornecedores e as pessoas físicas e jurídicas com *expertise* sobre o tema. São atos instrutórios que se “destinam a esclarecer fatos e trazer novos subsídios ao processo, permitindo que o Poder Público tome uma decisão mais acertada e legítima”⁴⁴⁸.

A audiência pública é conceituada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto como:

instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual⁴⁴⁹.

Encontra-se prevista no art. 32, da Lei de Processo Administrativo Federal e possui como característica a oralidade, uma vez que visa à realização de debates e discussões orais entre os participantes que se realizam em local e horário previamente fixados sobre questão considerada relevante.

A consulta pública tem como diferencial a manifestação por escrito de terceiros durante um lapso de tempo sobre assuntos de interesse geral. Através da consulta a Administração permite que pessoas físicas e jurídicas participem do processo apresentando “sugestões, críticas e comentários acerca do objeto do processo”⁴⁵⁰. O participante da consulta pública detém quatro direitos: a) direito a exame dos autos; b) direito de apresentar comentários, críticas e sugestões em relação ao objeto específico da consulta pública; c) direito à consideração de seus comentários, críticas e sugestões e d) direito de receber uma resposta fundamentada da Administração em relação à sua manifestação⁴⁵¹.

446 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: dialética, 2010, p. 186.

447 SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. *Procuradoria Regional do Trabalho da 22ª Região*, 28 p, p. 12. Disponível em: <<http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan34.pdf>>. Acesso em: 5 jan .2012.

448 NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei 9784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 239.

449 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política: legislativa, administrativa, judicial*. (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 129.

450 NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei 9784/99 comentada*, p. 230.

451 NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei 9784/99 comentada*, p. 237.

A Lei 9784/99 determina que os autos restarão acessíveis a quaisquer pessoas que queiram examiná-los (art. 31, §1º). O participante não adquire o *status* de interessado, pois apenas contribui com o seu olhar para com a Administração, mas, nada impede que o interessado participe da consulta na qualidade de participante (art. 31, §2º). A Administração encontra-se obrigada a considerar e responder os comentários, todavia as contribuições são meramente opinativas e não vinculantes, “servindo para fornecer subsídios ao Estado e, ao mesmo, para oferecer à sociedade posicionamentos e razões a cerca da matéria do processo”⁴⁵².

As atas da audiência e consulta pública serão juntadas ao procedimento de padronização, enquanto os autos contendo a audiência e consulta pública irão compor autos separados e anexados a padronização.

Após a coleta das informações será realizado um comparativo envolvendo os critérios técnicos, financeiros e administrativos de cada produto, em função da necessidade de ser verificado o custo-benefício de cada produto para posteriormente ser fixado o padrão.

3.4.2.2 Relatório final

Quando a autoridade responsável pela instrução é diferente da competente pela decisão, há necessidade de elaboração de um relatório que encerre a fase de instrução. Em conformidade com o art. 47, da Lei 9784/99, o relatório será composto de três partes: pedido inicial, conteúdo das fases do procedimento e proposta de decisão⁴⁵³.

Como a padronização se inicia de ofício, a primeira parte (pedido inicial) se resume às razões fáticas e jurídicas que deflagraram o procedimento e que envolvem a realização de um estudo de viabilidade da padronização de um ou mais bens que a Administração irá comprar para atender às suas necessidades. Nesta fase, descreve-se a necessidade de aquisição de um ou mais bens, tais como a aquisição de carteiras ou uniformes escolares, medicamentos de atenção básica etc. Posteriormente, justifica-se a abertura do procedimento para cumprimento do previsto no artigo 15, I, da Lei 8666/93.

452 NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo*: Lei 9784/99 comentada, p. 237.

453 NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo*: Lei 9784/99 comentada, p. 238.

A segunda parte envolve a descrição dos atos produzidos na fase de instrução. Trata-se de um relatório breve e fiel à sucessão cronológica de atos produzidos pela comissão e eventuais incidentes ocorridos. Cada descrição é acompanhada de um resumo neutro e objetivo. Tomando-se como exemplo a realização de testes de amostras, a comissão se limita a descrever o número de amostras recebidas dos fornecedores adequadamente individualizados, os critérios que foram examinados e os resultados alcançados.

Na última parte, na proposta de decisão, a comissão desenvolverá “a motivação com base na qual formulará, ato contínuo, uma sugestão de decisão final”⁴⁵⁴. Será formulada a justificativa para a padronização, ou pela sua impossibilidade. No caso de impossibilidade, após a justificativa haverá a sugestão pelo arquivamento do processo. Já no caso de possibilidade, a justificativa deverá conter o comparativo entre os produtos analisados, as vantagens da padronização do produto e a descrição das características do objeto padronizado.

Segundo Marçal Justen Filho:

a decisão pela padronização e escolha de determinado produto [...] deverão ser devidamente fundamentadas, tendo por critério principal a vantagem para a Administração. Deverá avaliar os benefícios econômicos diretos e as vantagens indiretas provenientes da padronização. Essa decisão deverá indicar o prazo pelo qual se impõe a padronização. Isso não implica em impossibilidade de revisão da decisão, a qualquer tempo⁴⁵⁵.

No relatório a comissão só poderá se utilizar dos dados e informações que constam do procedimento, não estando autorizada a “partir de elementos ocultos, secretos, que não constavam dos autos”⁴⁵⁶. A proposta de decisão “deve amparar-se nos dados constantes dos autos e, em virtude dessa exigência, deve o administrador justificar de forma clara o motivo porque chegou à conclusão de que aquela seria a proposta a ser formulada”⁴⁵⁷.

454 NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo*: Lei 9784/99 comentada, p. 309.

455 *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 186.

456 NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo*: Lei 9784/99 comentada, p. 309.

457 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal* (Comentários à Lei 9784, de 29/01/1999), p. 244.

3.4.2.3 Manifestação dos fornecedores

Na presente proposição, após finalizado o relatório, abre-se prazo para manifestação dos fornecedores, tal medida garante o contraditório e a atualização do procedimento, uma vez que, teoricamente, é possível que existam informações errôneas ou desatualizadas que podem ser corrigidas neste momento e que interferem no resultado da padronização. A dinamicidade do mercado pode gerar alteração do preço, das especificações, ou mesmo a substituição ou retirada do produto do mercado. Caso o fornecedor questione informações de outro fornecedor e as mesmas sejam consideradas relevantes pela Comissão de padronização para o resultado da padronização, poderá ser aberto prazo para que o fornecedor responda às questões apresentadas na manifestação.

3.4.3 Decisão

O relatório final da comissão não possui natureza vinculante, logo a adoção de sua sugestão não é obrigatória, pois a autoridade poderá concordar ou divergir da mesma. Em caso de concordância, não há necessidade de motivação da decisão, sendo aceita a declaração de concordância com os fundamentos do relatório que fará parte integrante do ato, em conformidade com o art. 50, §1º, da Lei 9784/99.

Em caso de divergência terá que apresentar nova proposta de forma motivada. Neste caso “a proposição oferecida pelo administrador processante é substituída em seu conteúdo e em seus fundamentos pelo juízo formado pela autoridade superior”⁴⁵⁸. A nova proposta deverá conter os fatos e fundamentos jurídicos que levaram a autoridade a discordar da sugestão apresentada pela comissão no relatório técnico, em conformidade com o artigo 50, da Lei 9784/99.

458 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal* (Comentários à Lei 9784, de 29/01/1999), p. 225.

Segundo José Carlos Carvalho Filho, “se a autoridade decisória resolver tomar elementos diversos como base de seu convencimento, não lhe resta outra alternativa senão a de formalizar no ato decisório os motivos que o conduziram a decisão”⁴⁵⁹.

Em matéria de padronização, poderá ocorrer de a autoridade concordar parcialmente com a sugestão da comissão de padronização e fixar um padrão diferente do sugerido, pois as características selecionadas podem se apresentar diferentes na decisão, em função de um novo olhar que modifica as razões. Observa-se o seguinte exemplo: na padronização do papel, tanto a comissão como a autoridade podem concordar com o tamanho e a gramatura do papel mas, discordar sobre a opção pelo branco ou reciclado, ou ainda optando pelos dois, divergir do percentual das compras reservado para cada um.

Dessa forma, a descrição do padrão poderá conter um número menor ou maior de características em relação à sugestão apresentada pela comissão, embora a autoridade e a comissão tenham se utilizado dos mesmos elementos constantes dos autos para a fixação do padrão, divergindo apenas no sopesamento das razões.

A autoridade também poderá optar pela devolução dos autos para a comissão para que produza atos necessários ao seu convencimento e decisão. Nesse caso, realizados os atos e emitido novo relatório, os autos retornam à autoridade competente “para novo exame e decisão”⁴⁶⁰.

Após a decisão favorável à padronização, o ato de instituição do padrão deverá ser publicado, sendo que, somente após a publicação, as compras poderão ser realizadas com base no padrão. O ato poderá ser veiculado por decreto, em caso do Poder Executivo; ato da Mesa, quando Poder Legislativo e portaria nos demais casos, caso não exista previsão legislativa para outro tipo de ato administrativo a ser utilizado pelos órgãos e entidades⁴⁶¹.

Nas hipóteses de adoção de catálogo, após a publicação será incluída a descrição do padrão no catálogo, que ficará disponível para conhecimento de todos. Há que se destacar que, em alguns catálogos, consta a descrição das características, com ou sem as marcas correspondentes, para os casos em que não há padronização por marca. Para as hipóteses em que constam as marcas, é possível que o catálogo seja alterado após o teste em amostras de

459 *Processo administrativo federal* (comentários à Lei 9784, de 29/01/1999), p. 245.

460 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 539.

461 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 539.

outros produtos que possuam as características e cujas amostras não foram enviadas durante o prazo fixado para recebimento, ou ainda que não se encontravam regulares no mercado.

A Lei 8666/93 não fixa prazos para que a decisão seja emitida. Nos procedimentos federais aplica-se o art. 49, da Lei 9784/99, que fixa o “prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada”.

3.5 EFEITOS DA PADRONIZAÇÃO

Uma vez finalizado o procedimento de padronização há a possibilidade de se chegar a dois resultados: a fixação do padrão ou a justificativa da sua impossibilidade. No primeiro caso, a fixação do padrão apresentará as especificações do produto que será objeto de aquisições futuras pelo período determinado e conduzirá a algumas questões, tais como: prazo de validade e hipóteses de desconstituição, temas que serão tratados em separado.

No segundo, autorizará a Administração a comprar o bem com as especificações usuais do mercado. Segundo Diógenes Gasparini, a impossibilidade é “circunstância material ou jurídica que impede em termos absolutos a padronização”. A circunstância material ocorre “quando uma razão de ordem natural impede a instituição do estander, como se dá com algumas produções artísticas” e jurídica “quando uma razão de ordem legal impede a padronização, como ocorreria se uma lei vedasse a estandarização de um dado bem”⁴⁶².

A fixação do padrão não gera para o fornecedor direito à contratação, apenas expectativa de direito, que se realizará conforme as necessidades administrativas e em obediência ao procedimento legal. O “particular não tem o direito de exigir a contratação, mas cabe-lhe o direito de opor-se a condutas não consistentes da Administração”⁴⁶³.

A padronização embora não seja geradora de direito subjetivo de contratação, pode ser invocada como fonte de controle de natureza objetiva, pois uma vez fixada, a Administração deverá aplicá-la, não sendo possível simplesmente ignorá-la. Para não aplicar a

⁴⁶² GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 540-541.

⁴⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 187.

padronização, a Administração deverá seguir um procedimento que leve a sua suspensão e desconstituição em conformidade com as normas vigentes⁴⁶⁴.

Dessa forma, o fornecedor que possua o bem conforme o padrão poderá questionar qualquer contratação que seja realizada em desconformidade com o que foi padronizado. As demais pessoas legitimadas para exercer controle das contratações públicas também se encontram autorizadas a fiscalizarem e cobrarem da Administração a obediência ao padrão e, por consequência, ao princípio da eficiência.

3.5.1 Prazo

A existência de um termo final da vigência do padrão obriga a Administração a rever as condições administrativas e de mercado que embasaram a escolha do padrão a fim de justificar a sua manutenção ou revisão, garantindo atualidade.

A fixação de prazo autoriza a Administração a realizar todas as compras governamentais de acordo com o padrão fixado, gerando praticidade e estabilidade para as aquisições durante o período, além de simplificar a etapa de planejamento, uma vez que a compra já foi pensada para os anos de vigência do padrão, sendo necessários apenas os procedimentos de contratação para as aquisições. Também gera segurança jurídica para os fornecedores, uma vez que tornam públicas as especificações do produto que será adquirido nas próximas compras governamentais, permitindo a sua preparação para se tornar um potencial vendedor.

O prazo atenderá a análise de racionalização do procedimento estando diretamente relacionado aos critérios que foram sopesados na fixação do padrão. Dessa forma, o prazo poderá variar de um produto a outro, em conformidade com a vida útil do bem, ganhos de economia de escala, condições de pós-venda etc. De qualquer forma, o prazo a ser fixado deverá ser razoável, para que propicie a *expertise*, pois, após a fixação do padrão, ocorrerá o consumo do produto por um determinado período, o que permitirá avaliações qualitativas e quantitativas sobre o mesmo. Para Vicente Falconi Campos “é na análise de processo que

464 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 187.

entram todos os recursos científicos e tecnológicos [...] através dos anos, vai-se incorporando à análise de processo todo o conhecimento científico de que se dispõe”⁴⁶⁵.

A Administração deverá promover a avaliação da eficácia da padronização, tanto no aspecto quantitativo como qualitativo. No primeiro deve-se avaliar a economia gerada pela padronização e, no segundo, deve-se avaliar, através de índices de produtividade, qualidade, redução do número de peças com defeitos etc.⁴⁶⁶ A adoção de um programa de qualidade e produtividade é “essencialmente um programa de ‘aporte de conhecimento’, para que ele seja realmente absorvido pela empresa é necessário tempo”, sendo que bem conduzido leva algo em torno de cinco anos, sendo os resultados “lentos e graduais, mas definitivos”⁴⁶⁷.

Segundo o autor, as especificações do produto devem ser sempre avaliadas para que se apresentem apropriadas às necessidades do comprador. Assim, a qualidade dos produtos deve ser analisada através de indicadores aplicados aos produtos defeituosos, retrabalhados, às reclamações relacionadas às especificações etc. Há necessidade de ser desenvolvida uma relação entre o comprador e o fornecedor do produto que envolva aconselhamento, cursos, assistência técnica, análise de dados, pois durante o relacionamento poderá ocorrer situações que não satisfaçam o comprador tais como qualidade, método, prazo de entrega⁴⁶⁸.

A observação do padrão, os resultados alcançados e a mobilidade do mercado podem levar à prorrogação do prazo de vigência da padronização, sempre que permanecerem as condições administrativas e de mercado fixadas, ou ainda que existam alterações, que não sejam suficientes para justificar a sua substituição.

465 TQC – *Controle da qualidade total (no estilo japonês)*, p.237.

466 CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*, p. 47.

467 CAMPOS, Vicente Falconi. *TQC – Controle da qualidade total (no estilo japonês)*, p.7.

468 CAMPOS, Vicente Falconi. *TQC – Controle da qualidade total (no estilo japonês)*, p. 159-160.

3.5.2 Desconstituição do padrão

No presente trabalho adotam-se três formas de desconstituição do padrão: o termo final, a revisão e a invalidação⁴⁶⁹.

3.5.2.1 Termo final

A padronização fixa as especificações da mercadoria que será adquirida nas próximas compras e como trabalha a racionalidade da contratação, o custo-benefício é calculado em função de um período. Dessa forma, a padronização possui um prazo de aplicação, o que faz com que o padrão se finde com o termo final.

A ocorrência do termo final gera a desconstituição do padrão fixado e como a padronização é a regra, a Administração terá que, antes de findar o período, decidir se ainda há interesse na compra daquele bem, pois neste caso terá que realizar a revisão do padrão. Existirá hipótese de desinteresse na manutenção do padrão ou mesmo na sua revisão, em função da desnecessidade de comprar aquele bem. Pode-se citar como exemplo, a decisão de locação de impressoras ou contratação de serviço de impressão, em substituição à compra de impressoras. Como a Administração deixará de comprar impressoras, não haverá interesse em revisão ou prorrogação de prazo do padrão existente.

É possível a prorrogação de prazo do padrão, de forma justificada pela Administração, em razão do padrão escolhido continuar sendo o que apresenta o melhor custo-benefício. Pode-se citar, como exemplo, a compra de medicamentos essenciais pelos Municípios constantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename, de distribuição gratuita pelos órgãos públicos vinculados ao SUS – Sistema Único de Saúde. Os medicamentos são adquiridos em conformidade com a relação publicada pelo Ministério da

469 Por opção metodológica afastam-se as possibilidades de revogação e rescisão da padronização, preconizadas por alguns autores. A não adoção da possibilidade de revogação da padronização se justifica pela ausência dos requisitos de conveniência e oportunidade que justificam a revogação. A não adoção da rescisão pela ausência de contratualidade do procedimento. Sobre os temas vide JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 186; CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*. Nova Lima: INDG Tecnologia e Serviços Ltda., 2004, p. 48.

Saúde, que detém a responsabilidade de atualizar periodicamente a relação⁴⁷⁰. Comparando-se a relação de 2008 com a de 2011, verifica-se que 8 medicamentos foram excluídos e 8 incluídos, 11 sofreram alteração de restrição e 37 de alocação. Logo, a maioria dos medicamentos foi mantida na lista, o que justificaria a prorrogação do padrão dos medicamentos mantidos na relação, após análise financeira.

3.5.2.2 Revisão

A revisão do padrão congrega as análises das condições administrativas, técnicas e econômicas relacionadas ao produto que se encontra padronizado, para verificar mudanças significativas nas condições que levaram à sua escolha. Como a padronização é instrumento da eficiência, o que se espera é que a padronização provoque alterações significativas no processo de compra e que, ao final do período fixado, os resultados tenham sido alcançados, e que novas demandas administrativas surjam, justificando a sua alteração.

São inúmeras as hipóteses que podem ocorrer ao final do processo de revisão do padrão e que conduzam a sua manutenção pelo melhor custo-benefício, ou a sua alteração em virtude de mudanças no mercado ou nas necessidades da Administração. Pode-se citar como exemplo: a padronização em um determinado modelo de impressora que se apresentava como a mais eficiente, mas que, diante do lançamento de novos modelos com melhor custo-benefício, requerem a alteração do padrão. Da mesma forma, pode ocorrer da Administração manter o padrão justamente pelo não surgimento de novos produtos no mercado com melhor custo-benefício.

Uma das características da padronização é a sua revisão periódica para o fim de verificar as inovações do mercado e mudanças significativas no interesse da Administração. Tal revisão ocorrerá normalmente no prazo prefixado, sendo inerente ao procedimento, e analisará todas as condições relacionadas ao produto.

470 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Relação nacional de medicamentos essenciais: Rename* / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. 7. ed. Brasília: Ministério da Saúde, Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/rename2010final.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2011.

Não obstante, é possível que a revisão ocorra antes do período previsto, de forma extraordinária, desde que haja motivação. Neste caso, a Administração irá desencadear o processo devido a alguma alteração significativa das suas necessidades ou do mercado. Pode-se citar como exemplo, alteração no mercado do produto, como o domínio público de medicamento que o torna mais viável para aquisição do que o padronizado, ou a retirada ou dificuldade de se adquirir o bem padronizado no mercado, demandas socioambientais que precisam ser atendidas etc.

Vicente Falconi Campos afirma que a revisão dos padrões pode ocorrer, entre outras causas, pelas seguintes: a) em função da qualidade requerida pelo cliente; b) pela pesquisa e desenvolvimento de novos produtos; c) pela melhoria de produtos existentes; d) pesquisa e desenvolvimento de materiais e métodos de medida; e) por progressos na técnica; f) por avanços na capacidade estatística do processo; g) pela ocorrência de problemas e tomada de ações corretivas; h) pela ocorrência de reclamações; i) pela alteração do projeto do produto; j) pela melhoria do processo; k) por resultados da auditoria e l) por substituição de um velho padrão por um novo⁴⁷¹.

Dessa forma, pode-se afirmar que a Revisão da padronização poderá ser ordinária, quando ocorrer no prazo fixado no regulamento da padronização, e extraordinária, quando ocorrer em função de situações relevantes que interferem diretamente na padronização do produto.

3.5.2.3 Invalidação

A invalidação, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “é a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica”. Poderá ser realizada pela própria Administração, no exercício da autotutela, ou pelo Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da Administração Pública. O fundamento da invalidação pela Administração pública é o dever de obediência ao princípio da legalidade e “de restaurá-la quando violada”; para o Judiciário é o

471 CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*, p. 47.

exercício da Jurisdição, “de determinar o Direito aplicável ao caso concreto”. O motivo da invalidação é a “ilegitimidade do ato, ou da relação por ele gerada, que se tem de eliminar”⁴⁷².

O procedimento de padronização deverá obedecer às normas que regem o ordenamento jurídico. Logo, é possível que vícios ocorram no procedimento que conduzam a sua invalidação parcial ou total em virtude da impossibilidade de convalidação ou manutenção do vício⁴⁷³.

Nesse ponto, a invalidação do procedimento conduz à do padrão e levará à necessidade de continuidade do procedimento em caso de invalidação parcial ou de novo procedimento em caso de invalidação total. Na hipótese de existirem compras realizadas com base no padrão, a invalidação não poderá ocorrer de forma unilateral, pois a nulidade não pode ser declarada à revelia dos particulares, em função das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Embora o procedimento seja unilateral, no caso de realização de compras com base no padrão tem-se a repercussão no campo dos interesses particulares, o que obriga a instauração de um procedimento e a garantia do exercício da ampla defesa e do contraditório. Segundo Mônica Toscana Simões, “não se pode admitir que a Administração invalide atos – os quais, vale lembrar, gozam de presunção de legitimidade – sem conceder àqueles que serão atingidos pela decisão a chance de sustentar, no curso do devido processo legal, que se trata de atos legítimos”⁴⁷⁴.

No mesmo sentido a posição do Supremo Tribunal Federal:

ATO ADMINISTRATIVO – REPERCUSSÕES – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE – SITUAÇÃO CONSTITUÍDA – INTERESSES CONTRAPOSTOS – ANULAÇÃO – CONTRADITÓRIO. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de

472 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p 466- 468.

473 Existem situações em que o vício no procedimento não gera a invalidade do mesmo, pois pode ser sanado através do instituto da convalidação. Sobre o tema vide ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 64-80.

474 SIMÕES, Mônica Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 162.

legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular⁴⁷⁵.

Cabe destacar o voto do Ministro Marco Aurélio:

O vocábulo “litigante” há de ser compreendido em sentido lato, ou seja, a envolver interesses contrapostos. Destarte, não tem o sentido processual de parte, a presumir uma demanda. Este enfoque decorre da circunstância de estar ligado também aos processos administrativos. No caso dos autos, os Recorrentes lograram a integração de certa parcela aos proventos de aposentadoria, observado certo índice. Relativamente a este ato, ocorreu a presunção de legitimidade que é própria aos atos praticados pela Administração, ou seja, deve se presumir a formalização nos moldes preconizados pela ordem jurídica, cobrando-se dos agentes públicos a atuação responsável. A presunção de legitimidade dos atos administrativos milita não só em favor da pessoa jurídica de direito público, como também do cidadão que se mostre, de alguma forma por ele alcançado. Logo, o desfazimento, ainda que sob o ângulo da anulação deveria ter ocorrido em cumprimento irrestrito ao que se entende como devido processo legal (lato sensu) a que o inciso LV do artigo 5º objetiva preservar. O que não transparece razoável é entender-se que o segundo ato praticado, por também contar com a presunção de legitimidade, estaria a revelar como impróprio o contraditório, dispensada, assim, a participação, no processo administrativo, dos interessados. O contraditório e a ampla defesa assegurados constitucionalmente não estão restritos apenas àqueles processos de natureza administrativa que se mostrem próprio ao campo disciplinar⁴⁷⁶.

A invalidação do procedimento de padronização após a realização de compras pela Administração, com fundamento no padrão fixado, depende de processo administrativo em que seja garantido o princípio da ampla defesa e contraditório aos fornecedores contratados. Há que se destacar que, antes de invalidar a padronização, a Administração terá que verificar a possibilidade de convalidação do vício do procedimento ou a existência de justificativa para a manutenção do padrão independente do vício, pois o dever de restaurar a legalidade deve sempre realizar o valor da segurança jurídica.

Embora existam divergências sobre o fato da convalidação ser faculdade ou dever da Administração⁴⁷⁷, a posição adotada é pelo dever de convalidar, em nome dos princípios da segurança jurídica que confere estabilidade às relações jurídicas e da presunção de legalidade dos atos administrativos. Assim, a Administração deve tentar manter os atos ao invés de desconstitui-los, sempre que for juridicamente possível.

475 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 158543. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212758>>. Acesso em: 13 out. 2011.

476 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 158543. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212758>>. Acesso em: 13 out. 2011.

477 Sobre o tema Vide ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 64-70; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo* 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 479-481.

Pontifica Celso Antônio Bandeira de Mello:

O ordenamento jurídico, como se sabe, também é integrado por princípios gerais do Direito que, em alguns casos pelo menos, informam a própria compostura nuclear da Constituição. O princípio da segurança jurídica certamente é um deles. Destarte, quando em um tema específico dois princípios jurídicos de estatura constitucional concorrem em prol de uma solução (na hipótese vertente, o da restauração da legalidade – que a convalidação propicia, como visto – e o da segurança jurídica), o legislador infraconstitucional não pode ignorá-los e adotar diretrizes que os contrarie, relegando a plano subalterno valores que residem na estrutura medular de um sistema normativo⁴⁷⁸.

Como no presente trabalho foi feita a opção metodológica pelo construtivismo lógico-semântico, adota-se o posicionamento de Paulo de Barros Carvalho de que a Segurança jurídica é valor do qual a legalidade estrita, a ampla defesa e o devido processo legal são limites objetivos: o fim a ser alcançado pelo aplicador do direito é a segurança jurídica.

Paulo de Barros Carvalho registra:

Convencionou-se que tal valor é, basicamente, a igualdade, a legalidade, a legalidade estrita, a universalidade da jurisdição, a vedação do emprego do tributo com efeito confiscatórios, a irretroatividade e a anterioridade, ao lado do princípio que consagra o direito à ampla defesa e ao devido processo legal, todos, em verdade, limites objetivos realizadores do valor da segurança jurídica.

[...]

Da mesma forma se dá com o princípio da legalidade, limite objetivo que se presta, ao mesmo tempo, para oferecer segurança jurídica aos cidadãos, na certeza de que não serão compelidos a praticar ações diversas daquelas prescritas por representantes legislativos, e para assegurar observância ao primado constitucional da tripartição dos poderes. O princípio da legalidade compele o intérprete, como é o caso dos julgadores, a procurar frases prescritivas, única e exclusivamente, entre as introduzidas no ordenamento positivo por via de lei ou de diploma que tenha o mesmo *status*. Se do conseqüente da regra advier obrigação de dar, fazer ou não-fazer alguma coisa, sua construção reivindicará a seleção de enunciados colhidos apenas e tão-somente no plano legal⁴⁷⁹.

Cada um dos atos administrativos que compõem o procedimento conserva a sua “identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como ‘autonomia relativa’”. Cada ato “cumpre uma função especificamente sua, em despeito

⁴⁷⁸ Curso de direito administrativo, p. 481.

⁴⁷⁹ Direito tributário, linguagem e método, p. 267-268.

de que todos co-participam do rumo tendencial que os encadeia: destinarem-se a compor o desenlace, em um ato final”⁴⁸⁰.

Em um procedimento de padronização poderá ocorrer de um dos atos, ou parcela dos atos que o compõem, serem inquinados de vício, ou o procedimento ter sido realizado com a ausência de um dos atos. Neste caso, se o ato viciado ou ausente não desvirtuar a finalidade do procedimento, ou seja, não afetar a fixação do padrão em obediência aos critérios técnicos, administrativos e econômicos, haverá, teoricamente, a possibilidade de correção do vício com a convalidação.

Marçal Justen Filho, ao analisar os vícios do procedimento licitatório, afirma que há a possibilidade de vícios de três ordens: o meramente irregular que, embora ofenda dispositivo normativo, não possui aptidão para lesar o interesse público ou particular. O de segunda ordem, que ofende regra que tutela o interesse privado dos participantes na licitação e o de terceira ordem, que ofende regra que tutela o interesse público e deriva do princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, sendo este o caso de nulidade que impediria a convalidação⁴⁸¹. Entende-se que o mesmo raciocínio pode ser aplicado ao procedimento de padronização.

O procedimento também pode ser inquinado de vício quanto ao sujeito. Weida Zancaner afirma que a convalidação será o caminho quando o ato for praticado por sujeito incompetente no exercício de competência vinculada, uma vez que a lei impõe o modo de agir ou um único ato como adequado. Por outro lado, quando se tratar de competência discricionária exercida, a convalidação será uma faculdade da autoridade que detém a competência⁴⁸². Soma-se à posição da autora, o comentário realizado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro de que a convalidação é possível quando o ato foi praticado por autoridade incompetente da mesma pessoa jurídica e no exercício de competência delegável⁴⁸³.

Existem situações jurídicas que impedem a invalidação do ato administrativo. Lúcia Valle Figueiredo aponta os seguintes limites à extinção do ato: a) prazo prescricional;

480 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*, p. 491.

481 *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 674-676.

482 *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 86-87.

483 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Pressupostos do ato administrativo – vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo. I SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – TCMSP. São Paulo, 29 de set. a 3 de out de 2003. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>. Acesso em: 1 nov. 2011.

b) exaurimento da competência; c) atos já controlados pelo Tribunal de Contas; d) ausência de lesão ou inocuidade do ato; e) situações consumadas⁴⁸⁴.

Conforme Jacintho Arruda Câmara, “o direito não suporta prolongadas situações de incerteza”⁴⁸⁵. Os institutos de prescrição e decadência visam exatamente, à estabilidade das situações jurídicas constituídas pelo decurso de tempo”⁴⁸⁶. A prescrição rege o direito de ação da Administração e se configura como “o não-exercício tempestivo de um meio, de uma via, previsto para defesa de um direito que se entenda ameaçado ou violado”, diferente da decadência que se revela como a “omissão do tempestivo exercício da própria pretensão substantiva da Administração”⁴⁸⁷. A Lei 9784/99, fixa no seu artigo 54, o prazo de decadência de cinco anos, contados da prática do ato, para anulação de atos administrativos que decorram efeitos favoráveis aos destinatários salvo comprovada má-fé⁴⁸⁸.

O exaurimento da competência ocorre quando o “ato da Administração Pública funcionou como condição de emanção de outro ato”. A possibilidade de revisão de ato administrativo que serviu de suporte para outro ato, violaria o princípio da certeza do direito, pois o efeito típico do ato de servir de suporte para outro ato já teria ocorrido. O seguinte exemplo é citado: o ato de aprovação de loteamento serve de pressuposto para um novo ato que é o registro de loteamento que gera a certidão de registro⁴⁸⁹.

Para a autora, atos sujeitos a controle pelo Tribunal de Contas, “uma vez controlados, não estão mais disponíveis à Administração”. O Tribunal de Contas exerceria o controle externo administrativo e, ao homologar o ato ou procedimento, impediria que a Administração o invalidasse. Aqui cabe ressaltar a previsão expressa da Lei 8429, de 02 de junho de 1992, art. 21, II, que determina que a submissão do ato administrativo à Lei de improbidade independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas⁴⁹⁰.

484 *Curso de direito administrativo*, p. 253- 260.

485 CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 15.

486 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 253.

487 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*, p. 1068-1069.

488 BRASIL. *Lei 9784, de 29 de janeiro, de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 1 nov. 2011.

489 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 253-254.

490 BRASIL. *Lei 8429, de 2 de julho, de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 3 out. 2011.

Ausência de lesão decorre do princípio *pas de nullité sans grief* em que o ato viciado não contamina relações jurídicas e, portanto, não causa lesão jurídica. A autora cita como exemplo o caso de licitante ilegalmente habilitado em procedimento licitatório cuja proposta é desclassificada. Nesta situação existe o vício na fase de habilitação, mas como o mesmo não interferiu no resultado final da licitação, não há lesão à ordem jurídica⁴⁹¹.

Situações consumadas se encontram protegidas pelos princípios da segurança jurídica, certeza do direito e proteção à boa-fé, podendo ser preservadas. Otto Bachof afirma que “o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pela impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa-fé e à segurança jurídica” e que “a prevalência do princípio da legalidade sobre o da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade”⁴⁹².

Para Weida Zancaner:

a multiplicidade das áreas de intervenção do Estado moderno na vida dos cidadãos e a tecnicização da linguagem jurídica tornaram extremamente complexos o caráter regulador do direito e a verificação da conformidade dos atos concretos e abstratos expedidos pela Administração pública com o direito posto. Portanto, a boa-fé dos Administrados passou a ter importância imperativa no Estado Intervencionista, constituindo, juntamente com a segurança jurídica, expediente indispensável à distribuição da justiça material. É preciso tomá-lo em conta perante situações geradas por atos inválidos ampliativos de direito⁴⁹³.

Segundo a autora, “atos inválidos geram consequências jurídicas, pois, se não gerassem, não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles” e que “com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção”⁴⁹⁴.

Caso seja impossível a convalidação do procedimento de padronização, ocorrerá a invalidação. Caso ocorra antes da realização de qualquer compra governamental, produzirá os efeitos normais da invalidação, ou seja, retroagirá até o momento do vício, desfazendo os

491 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 256-257.

492 BACHOF, Otto. *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, Tübingen 1966, 3. Auflage, vol. I, p. 257 e segs.; vol. II, 1967, p. 339 e segs. *apud* MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *R. CEJ*, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004, p. 111. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/641/821>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

493 ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 74.

494 ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 74-75.

efeitos produzidos sem atingir terceiros. Todavia, a invalidação, após a realização de compras governamentais, produz efeitos para a Administração e para os fornecedores, e estará sujeita à incidência de princípios como a segurança jurídica, a boa-fé e a vedação ao enriquecimento sem causa.

Para o Superior Tribunal de Justiça a anulação do ato administrativo depende do preenchimento dos seguintes requisitos: lesão à Administração, convalidação inviável juridicamente e que não tenha servido de fundamento a ato posterior, praticado em outro plano de competência:

ADMINISTRATIVO - ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO – SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS PÚBLICOS APÓS CONCURSO PÚBLICO. TEMPERAMENTOS A SÚMULA 473 DO STF. A regra enunciada no verbete n. 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência⁴⁹⁵.

[...]

2. Indispensável, então, para a anulação do ato o reconhecimento de que (i) tenha ele causado lesão a Administração (ii) sua convalidação não seja viável juridicamente e (iii) não tenha servido de fundamento a ato posterior, praticado em outro plano de competência⁴⁹⁶.

Pode-se, assim, afirmar que existem várias possibilidades jurídicas para a convalidação ou manutenção de atos inválidos que integram o procedimento administrativo de padronização, evitando-se a sua invalidação, não obstante, quando a única alternativa for a sua invalidação, a Administração terá que fazê-lo.

A invalidação sempre se refere a um ato expedido no presente que atinge um ato produzido no passado, na tentativa de se reproduzir o *status quo ante* para que sejam retirados do mundo jurídico os efeitos produzidos pelo ato viciado. Existem, porém, situações em que não há possibilidade de se retornar ao momento jurídico anterior à prática do ato por impedimento fático ou jurídico, o que faz com que os efeitos sejam total ou parcialmente mantidos.

495 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS 407/MA*. Segunda Turma. Relator Humberto Gomes de Barros. DJU de 02.09.1991, p. 11.787.

496 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 56.017/RJ*. Sexta Turma. Rel. Fernando Gonçalves. DJ de 23.06.1997, p. 29.196.

O procedimento de padronização existe para que a Administração compre com eficiência, logo, a compra governamental com base no padrão é a consequência juridicamente esperada e que irá ocorrer após a contratação do fornecedor. Como já anteriormente salientado, a compra dependerá de licitação ou de justificativa de contratação direta, bem como da assinatura do contrato ou instrumento equivalente. Dessa forma, a invalidação do padrão produzirá efeitos sobre as compras governamentais do bem padronizado.

A invalidação produzirá efeitos prospectivos para as compras governamentais, o que impedirá a Administração de realizar novos contratos de fornecimento com base no padrão desconstituído. Caso a invalidação ocorra antes de qualquer procedimento de compra, os efeitos serão *ex tunc*, uma vez que não abriga relações jurídicas protegidas pelo ordenamento jurídico.

Já a produção de efeitos pretéritos para atingir relações já constituídas entre a Administração e os fornecedores sofrerá várias limitações conforme o caso concreto, pois existirão relações jurídicas com impossibilidade de reversão do objeto já executado, decorrente da fruição total do mesmo, como é o caso, por exemplo, de alimentos perecíveis consumidos na merenda escolar ou de medicamentos consumidos no Sistema único de saúde - SUS. Nesses casos, não ocorrerá a desconstituição dos efeitos e qualquer questão relacionada à invalidade terá que ser resolvida pela via da responsabilidade.

Existem situações em que há, em tese, a possibilidade de desconstituição dos efeitos fáticos do contrato, mas os efeitos produzidos geraram um benefício para a Administração Pública que impede a desconstituição. Cite-se, por exemplo, a compra de uma ambulância que já se encontra afetada ao Sistema Único de Saúde, prestando atendimento à população ou de um equipamento de RX para o Posto de Saúde, ou mesmo a aquisição de *notebooks* para os alunos da escola pública. Em casos em que há benefício para a Administração, incidem na relação jurídica os princípios da boa-fé e da vedação do enriquecimento sem causa que protegem a relação jurídica⁴⁹⁷.

As obrigações do Estado, decorrentes de contratos inválidos, encontram-se calcadas em dois princípios: o da boa-fé de terceiros e o da vedação do enriquecimento sem causa. A boa-fé de terceiros, somada à presunção de legitimidade dos atos administrativos e à responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes, justifica a permanência dos efeitos dos

497 CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*, p. 173-174.

contratos inválidos e a justa remuneração ao contratado, evitando-se que terceiros tenham prejuízos na contratação com a Administração.

Há que se diferenciar duas situações: a primeira, em que se reconhece o vício do contrato mediante a sua invalidação e preservam-se os efeitos produzidos até o momento da invalidação, e a segunda situação, em que se permite que o contrato viciado continue produzindo efeitos, mesmo após o reconhecimento de vício insanável. Em ambos os casos, a justificativa é ocorrência de princípios que estabilizam as situações consolidadas, ainda que com efeitos prospectivos.

A jurisprudência tem sido pacífica no sentido de indenizar o contratado de boa-fé nos casos de contratos viciados:

ADMINISTRATIVO. INSTITUTO BRASILEIRO DO CAFÉ. CONTRATO PARA AQUISIÇÃO NO MERCADO INTERNACIONAL DE CAFÉ. OPERAÇÃO "PATRÍCIA" OU "LONDON TERMINAL". MANOBRAS ESPECULATIVAS. PRETENSA NULIDADE DO CONTRATO NÃO AFASTA O DEVER DE INDENIZAR O CONTRATADO DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUMIR A MÁ-FÉ. SÚMULA N.º 07/STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

[...]

2. Alegação de invalidade pela própria parte que o engendrou, resultando na violação do princípio que veda a invocação da própria torpeza ensejadora de enriquecimento sem causa.

3. Acudindo o terceiro de boa-fé aos reclamos do Estado e investindo em prol dos desígnios deste, a anulação do contrato administrativo quando o contratado realizou gastos relativos à avença, implica no dever do seu ressarcimento pela Administração. Princípio consagrado na novel legislação de licitação (art. 59, Parágrafo Único, da Lei n.º 8.666/93).

4. Os pagamentos parciais revelam o reconhecimento da legitimidade do débito.

5. À luz da prova dos autos, em essência, a contratada coadjuvou o Estado-Soberano numa operação de defesa do produto nacional, cujo contrato de sindicabilidade restrita pelo STJ (Súmula n.º 05), manteve-se hígido, posto não invalidado por ação autônoma própria.

6. Indenizabilidade decorrente da presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, gerando a confiabilidade em contratar com a entidade estatal.

7. O dever de a Pessoa Jurídica de Direito Público indenizar o contratado pelas despesas advindas do adimplemento da avença, ainda que eivada de

vícios, decorre da Responsabilidade Civil do Estado, consagrada constitucionalmente no art. 37, da CF.

8. Deveras, "... se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, ipso facto, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. Seria iníquo que o agente violador do direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as conseqüências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de que, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce que, notoriamente, os atos administrativos gozam de presunção provar, mas não pressupor liminarmente, tem o direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consiste em não serem causas potenciais de fraude ao patrimônio de quem neles confiou – como, de resto, teria de confiar." (Celso Antônio Bandeira de Mello, in "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 14ª ed., 2002, p. 422-423).

9. Assim, somente se comprovada a má-fé do contratado, uma vez que vedasse-lhe sua presunção, restaria excluída a responsabilidade da União em efetivar o pagamento relativo à "Operação Patrícia", matéria cuja análise é insindicável por esta Corte Superior, ante a incidência do verbete sumular n.º 07, tanto mais quando o Tribunal de origem, com cognição fática plena, afastou a sua ocorrência.

10. Recurso que implica na análise não só do contrato como também dos fatos, violando as Súmulas n.ºs 05 e 07, do E. STJ.

11. Deveras, é princípio assente no ordenamento que "Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contratantes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros" (art. 104, do Código Civil de 1916), motivo pelo qual, veda-se à União, beneficiando-se da própria torpeza, consubstanciada na simulação perpetrada com a finalidade de manipular o mercado do café, alegar a nulidade do contrato *sub examine*.

12. Ademais, caberia à União, uma vez verificada a suscitada ilegalidade do contrato, responsabilizar os agentes públicos que se diz terem exorbitado de seus poderes bem como pleitear, pela via judicial própria, a anulação da avença, destaque-se, firmada há mais de 20 (vinte) anos.

13. Recurso especial conhecido, mas desprovido⁴⁹⁸.

Na jurisprudência do TCU existem situações de continuidade dos efeitos de contratos inválidos por se referirem à medida de menor gravame para o interesse público:

(...) o contrato administrativo, originalmente praticado com vício, pode não ser invalidado, porque útil ao interesse público, e haja vista, ainda, a prevalência dos princípios maiores do Direito, tais como o da segurança

498 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 547.196/DF. Relator Luiz Fux. Primeira Turma, julgado em 06.04.2006, DJ 04.05.2006 p. 134, REPDJ 19.06.2006, p. 100. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2356856&sReg=200300199932&sData=20060619&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2011.

jurídica, da continuidade dos serviços públicos e das relações constituídas, em detrimento da legalidade estrita⁴⁹⁹.

O TCU, ao analisar decisão da Administração que conferiu continuidade a contrato anulado, cujo objeto era a prestação de serviços de cópias reprográficas, sob a justificativa de prejuízo ao desempenho de suas atividades rotineiras, considerou acertada a decisão e manifestou-se no sentido de ser possível estender a utilização das máquinas pelo prazo necessário à realização do procedimento licitatório⁵⁰⁰.

Pode-se dizer que a invalidação do padrão não terá o condão de invalidar contrato de fornecimento extinto por termo contratual pela irreversibilidade do objeto. Quanto aos contratos que estejam sendo executados, dependerá de análise caso a caso, e da norma individual e concreta que será aplicada em cada situação, em virtude dos princípios estabilizadores das relações jurídicas.

3.5.2.4 A suspensão do padrão como medida acauteladora

A Lei de Processo Administrativo Federal (art. 45) apresenta os requisitos para a adoção de providências acauteladoras no processo administrativo federal. Tais providências decorrem do poder geral de cautela que possui a Administração Pública para resguardar o bom andamento do processo e evitar a ocorrência de um fato danoso⁵⁰¹.

Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara, ao discorrerem sobre o tema, afirmam:

Ao reconhecer o poder de decretar medidas preventivas sem a oitiva prévia dos interessados, o dispositivo legal reconhece que a Administração Pública já detém uma faculdade geral de tomar medidas concretas para resguardar o bom andamento do processo, bem como um direito ou interesse juridicamente tutelado que corre o risco de ser lesado caso se espere a decisão final do processo administrativo para que o Poder Público atue⁵⁰².

499 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 445/2002*. Plenário. Relator Guilherme Palmeira. Sessão 04/12/02. Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 14 set. 2011.

500 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Decisão 197/1998*. Segunda Câmara. Relator Iram Saraiva. Sessão 28/04/1999. Disponível em:

<<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=3&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 14 set. 2011.

501 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal* (Comentários à Lei n. 9784, de 29/01/1999), p. 240.

502 *Processo administrativo*: Lei 9784/99 comentada, p. 297.

As providências acauteladoras são prévias ou incidentais ao processo administrativo, adotadas antes ou após a manifestação dos interessados, sendo que a *inaudita altera parte* é considerada medida excepcional utilizada quando o decurso de prazo para a oitiva prévia puder provocar danos irreversíveis ou de difícil reparação⁵⁰³. Quando emitidas sem oitiva prévia dos interessados, após a sua concessão deverá ser informado o interessado a respeito da medida e permitida sua manifestação ampla, em cumprimento do princípio do devido processo legal⁵⁰⁴.

A decretação de medidas acauteladoras administrativas depende da coexistência de duas condições: *fumus boni juris* e *o periculum in mora*. O *fumus boni juris* evidencia a plausibilidade do direito ou interesse que a medida pretende resguardar, enquanto o *periculum in mora* trabalha o perigo que o direito ou interesse juridicamente protegido (objeto do processo administrativo) pereça⁵⁰⁵.

As providências acauteladoras em obediência ao princípio da motivação devem ser justificadas de forma explícita, clara e congruente, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que serviram de supedâneo para a sua aplicação.

A autoridade poderá se utilizar de providências acauteladoras que impliquem na suspensão do padrão quando existirem razões plausíveis sobre a inadequação do padrão ou vícios no procedimento de padronização. Tais medidas podem ser adotadas prévia ou incidentalmente aos procedimentos de revisão ou ao processo de invalidação da padronização.

A suspensão da padronização, antes ou durante a sua revisão, ocorrerá quando existirem alterações nas necessidades administrativas ou no mercado de produto que tornem inadequada a manutenção do padrão. A suspensão deve ser motivada com as razões (técnicas, administrativas e econômicas) geradoras da inadequação. Suspenso o padrão, será permitida a aquisição do bem com outras especificações. Pode-se citar como exemplos de causas de suspensão: a) o aumento do preço do produto em razão da padronização que desequilibra a relação custo-benefício justificadora do padrão (razão econômica); b) a retirada do produto do mercado (razão técnica); e c) a necessidade de alteração das especificações do produto para

503 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal* (Comentários à Lei n. 9784, de 29/01/1999), p 241.

504 NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei 9784/99 comentada*, p. 302-303.

505 NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei 9784/99 comentada*, p. 299-300.

atender necessidades administrativas supervenientes fáticas ou legais (razões administrativas ou jurídicas).

A autoridade poderá suspender o padrão quando desencadear processo administrativo de invalidação da padronização ou, durante o seu curso, quando tal medida se revelar necessária em virtude da gravidade do vício apontado e dos prejuízos que podem ser causados com a continuidade do padrão. A suspensão produzirá efeitos prospectivos, evitando-se novas compras com base no padrão, até a decisão final do processo administrativo. Teoricamente, também poderão ser suspensos os contratos que estão em execução, com fundamento no padrão, em conformidade com os arts. 45, da Lei de Processo Administrativo Federal e 78, XIV, da Lei 8666/93. Ressalva-se o que já foi tratado sobre os efeitos dos contratos administrativos inválidos.

CONCLUSÃO

O planejamento das compras governamentais possui natureza ímpar, uma vez que é nesta fase que se identifica a necessidade, definem-se o objeto e as regras de contratação. Todavia, o enfoque no tocante às compras governamentais tem sido na licitação, o que faz com que o planejamento não seja tratado com a importância necessária, desviando o foco dos juristas sobre questões que atingem diariamente a Administração Pública.

A padronização integra o planejamento e tem por finalidade caracterizar o objeto de compras futuras em um procedimento em que são analisados todos os fatores que influem na sua compra para, após a realização de um comparativo dos bens existentes no mercado, descrever as especificações daquele que apresenta o melhor custo-benefício para a Administração, evitando-se assim escolhas impensadas.

Embora a padronização seja obrigatória nas compras governamentais (art. 15, I, da Lei 8666/93 e art. 4º, I, da Lei 12462/11) é tratada como tema desvinculado da caracterização do objeto, de tal forma que é vista como procedimento especial que coexiste com outros instrumentos utilizados para o mesmo fim, sendo deflagrada apenas nos casos em que a Administração toma a decisão de fixar o padrão.

Por outro lado, convencionou-se que a licitação é o mecanismo que garante comprar o melhor produto pelo menor preço. Dessa forma, para propiciar a ampla competição, o objeto do contrato é descrito com o mínimo de atributos necessários para a sua identificação. Nessa dinâmica, o foco está em garantir a isonomia evitando-se especificações consideradas restritivas à competição e encontrar meios para se evitar a compra de produtos de qualidade insatisfatória.

A padronização inverte a dinâmica, identifica o produto que atende às necessidades mínimas da Administração, compara todos os produtos que preencham os requisitos mínimos de qualidade, verifica e descreve aquele que apresenta o melhor custo-benefício, para depois propiciar a competição entre os fornecedores de bens similares. Evita-se a compra de produtos inadequados e paga-se o preço real de mercado, focalizando na eficiência.

Nas compras governamentais identifica-se uma tensão constante entre os princípios da eficiência e isonomia. Isto porque ao comprar, a Administração busca o melhor preço do melhor produto, e se possível de forma ágil e segura, em conformidade com o princípio da eficiência. Todavia, a compra governamental tem que ser realizada em atendimento ao princípio da isonomia, que envolve propiciar a ampla participação dos potenciais fornecedores do bem em um procedimento que seja garantida a igualdade aos participantes, tanto em relação ao acesso quanto ao trâmite do mesmo.

A isonomia terá que ser analisada no momento de escolha dos critérios pelos quais os produtos existentes no mercado serão analisados. Como a legislação já fixou a diretriz de desenvolvimento nacional sustentável, esperam-se os critérios relacionados às dimensões da finalidade. Dessa forma, será comum a análise do processo de fabricação ambientalmente correto, a geração e destinação dos resíduos, a opção por produtos ecoeficientes, a preferência por produtos nacionais. Todavia, os critérios escolhidos não podem ser considerados desarrazoados, ou seja, sem correlação lógica entre a peculiaridade residente no produto, a desigualdade de tratamento e as diretrizes legais fixadas, uma vez que violaria o princípio da isonomia.

Perante o caso concreto, eficiência e isonomia precisam ser sopesados para apresentarem opção considerada razoável, ou seja, a caracterização do bem que atenda de forma suficiente às necessidades administrativas, a um custo razoável e que reconheça a igualdade existente no mercado para permitir que apenas os fornecedores que possuam bens similares ou superiores em qualidade participem da compra.

A caracterização do bem a ser comprado decorre de uma classificação pela qual a Administração Pública seleciona as características do bem que pretende adquirir. No caso de padronização, o produto-padrão será fruto de um trabalho de classificação que poderá resultar em: a) classe finita de bens composta de marcas diferentes: padronização de especificações; b) classe finita de bens composta de uma marca oferecida por vários fornecedores: padronização de marca com licitação; c) classe finita de bens fornecida por produtor exclusivo: inexigibilidade e d) fixação de padrão novo.

Teoricamente, todas as alternativas geradas pela classificação são lícitas, pois se apresentam como resultado de uma escolha realizada em conformidade com o princípio da eficiência. Classificar envolve sempre uma escolha por determinada especificação, e a

Administração, antes de comprar o bem, precisa caracterizá-lo. Assim, a escolha gerada pela classificação no caso concreto é que poderá ser ilícita em função de parâmetros escolhidos aleatoriamente.

A grande preocupação que se coloca é: como realizar uma compra com eficiência sem restringir de forma indevida a competitividade entre potenciais licitantes? A resposta deve se pautar sempre na análise das justificativas técnicas, administrativas e financeiras utilizadas pela Administração no momento de caracterizar o bem. Caso as especificações não se encontrem devidamente justificadas podem ser consideradas restritivas e, portanto, violadoras do princípio da isonomia. Por outro lado, não se viola a isonomia e não se restringe à competitividade quando os critérios de seleção encontram-se justificados, uma vez que não existe isonomia entre desiguais.

A padronização, ao descrever o produto-padrão, tem a função de harmonizar o princípio da eficiência com o da isonomia. A Administração, ao fixar o produto-padrão, conclui pelo bem que apresenta o melhor custo-benefício e o faz não de forma intuitiva ou aleatória, mas lastreada em diversos estudos, escolhendo as especificações do bem adequado às suas necessidades. Ao fixar o bem, todos aqueles que possuam condições de oferecê-lo estariam aptos à participação de uma licitação em condições de isonomia.

Para que a isonomia seja respeitada, a comissão terá que utilizar métodos objetivos no comparativo entre os produtos existentes no mercado e na justificativa pela opção do produto-padrão como aquele que apresenta o melhor custo-benefício. A autoridade responsável pela decisão também terá que se conduzir de forma objetiva ao acolher ou rejeitar o parecer da Comissão de padronização. Além da objetividade, há necessidade da transparência do procedimento, o que envolve: a) a divulgação da abertura do procedimento e da fixação do produto-padrão e b) a garantia do direito de acesso ao procedimento pelos fornecedores.

Para que a padronização das compras governamentais cumpra efetivamente a sua finalidade de gerar eficiência, ela precisa ser repensada, o que envolve reconhecê-la como procedimento rotineiro e dinâmico, cuja função é caracterizar o produto a ser adquirido em compras futuras. Desvinculando-a da justificativa de marca ou contratação direta, uma vez que a sua aplicação não diverge das descrições realizadas cotidianamente pelo setor solicitante. A diferença é que na padronização, as especificações se encontram fundamentadas

em documentos devidamente registrados em um procedimento sem as travas da licitação e que pode ser realizado de forma transparente e democrática.

A nova visão da padronização importa na fixação de novos parâmetros para o desenvolvimento do seu procedimento, necessitando de regulamentação da lei por ato normativo, uma vez que a transformação em algo rotineiro depende da criação de órgãos permanentes em substituição aos transitórios. A regulamentação irá especificar a maneira de proceder dos órgãos e agentes administrativos responsáveis pelo procedimento, cumprindo a função de: estabelecer a competência da comissão permanente de padronização e das subcomissões técnicas; criar o cadastro e o catálogo de produtos; fixar as rotinas da padronização; determinar a autoridade responsável pela instauração da padronização e pela fixação, suspensão, revisão e invalidação do padrão.

A existência de comissão e subcomissões permanentes possibilita que um grupo menor de servidores se especialize nas rotinas de padronização e responda por vários procedimentos. Facilita o contato direto com o mercado, sendo sensível às suas mudanças. Recebe as informações do fiscal e gestor do contrato sobre as compras realizadas com o padrão fixado, favorecendo o controle de qualidade do objeto-padrão. Propicia que a amostra de um novo produto seja encaminhada para análise e que, posteriormente, tal produto seja incluído no catálogo de padronização, caso preencha as especificações, de forma rápida e sem provocar a nomeação de nova comissão temporária de revisão. Tem condições de gerenciar o catálogo de bens padronizados do órgão, assumindo a responsabilidade de descrição do bem que será objeto de compras futuras.

Entre as atividades da comissão permanente destacam-se: a) gerenciar o catálogo de produtos padronizados; b) manter relacionamento contínuo com os fornecedores com o objetivo de receber informações e amostras de produtos; c) realizar o cadastro dos produtos; d) instruir o procedimento de padronização; e) coordenar os testes dos produtos recebidos; f) analisar as informações sobre os produtos; g) elaborar relatório final contendo: os comparativos entre os produtos com descrição das características analisadas; as vantagens e desvantagens encontradas e a indicação das especificações do produto que apresenta o melhor custo-benefício; h) abrir prazo para manifestação dos fornecedores sobre o relatório; i) enviar o procedimento para a autoridade responsável pela fixação do padrão; j) descrever o bem padronizado; k) elaborar instrumentos de avaliação contínua da quantidade e qualidade dos bens padronizados adquiridos; l) acompanhar o prazo de vigência da padronização; m)

divulgar o cronograma anual de revisão da padronização e n) instruir o procedimento de prorrogação e de revisão.

As subcomissões técnicas são responsáveis pela especificação dos materiais, análises e testes das amostras, emissão de laudos e verificação de obediência às normas técnicas. Deve ser composta por profissionais qualificados, com formação que possibilite a análise da qualidade e produtividade do produto. É composta por servidores com conhecimento técnico sobre o bem, sendo possível recorrer à prestação de serviços de terceiros para análises e testes, bem como para emissão de laudos e pareceres sobre o produto.

O cadastro do produto propicia um detalhamento maior do bem através do registro de testes, laudos, pareceres e certificações existentes. Possibilita o registro de dados relacionados à qualidade e produtividade após a compra, em conformidade com as informações emitidas pelo fiscal e gestor do contrato. Deve se apresentar como ferramenta de atualização constante que acompanha as mudanças ocorridas internamente na Administração e no mercado do produto. Deve ter como característica a transparência, a praticidade e a atualidade.

O catálogo eletrônico de produtos padronizados conterá a descrição dos bens padronizados, que será utilizada nas compras governamentais daquele produto durante o período de vigência do padrão, bem como as marcas, tipos e modelos de produtos que preenchem os requisitos da descrição, com vistas a facilitar a participação dos fornecedores.

Há necessidade de se definir quem será a autoridade responsável pela instauração, revisão e invalidação da padronização, bem como pela fixação e suspensão do padrão. Existe possibilidade de a competência ser distribuída para autoridades diferentes em função de escolhas finalísticas, ou se concentrar em uma só, que normalmente é a mais alta autoridade administrativa ou o ordenador responsável pelas compras.

Quanto ao procedimento a ser utilizado adotam-se as fases comuns apresentadas pela doutrina com adaptação para o procedimento rotineiro executado através de órgãos permanentes.

O procedimento se inicia através de ato administrativo formal para um único bem, ou vários bens que se encontram relacionados entre si ou que exigem a mesma *expertise* dos responsáveis pela fase de instrução, justificando a padronização conjunta.

Na fase de instrução, é realizada a coleta de todos os elementos que irão subsidiar a tomada de decisão, tais como pareceres, estudos, perícias, exames, testes, relatórios, atestados, termos de ocorrência, certificações, consultas e audiências públicas. Tais elementos serão utilizados para apurar as necessidades administrativas, formular previsão sobre o montante econômico dos contratos futuros e examinar as alternativas possíveis para a padronização.

A metodologia da coleta de dados é algo que a Administração precisa regulamentar, pois há a necessidade de reunir os dados referentes às aquisições passadas e de levantar informações sobre os produtos que se encontram disponíveis do mercado para aquisição pela Administração. Terá que se registrar dados sobre todos os produtos analisados para que, no momento de exercício do controle, seja verificada a obediência ao princípio da isonomia. Na presente proposição, as informações são registradas em um banco de dados que compõem o “cadastro do produto”, sendo que os relatórios comparativos dos produtos são impressos e juntados ao procedimento.

A instrução finda com um relatório composto de três partes: o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento e a proposta de decisão.

A primeira parte (pedido inicial) se resume às razões fáticas e jurídicas que deflagraram o procedimento (realização de estudo de viabilidade da padronização de um ou mais bens que a Administração irá comprar para atender às suas necessidades). A segunda parte envolve a descrição dos atos produzidos na fase de instrução (resumo neutro e objetivo dos atos realizados e resultados alcançados). Na última parte, na proposta de decisão, a comissão formulará a justificativa para a padronização ou pela sua impossibilidade. No caso de impossibilidade após a justificativa haverá a sugestão pelo arquivamento do processo. Já no caso de possibilidade, a justificativa deverá conter o comparativo entre os produtos analisados, as vantagens da padronização e o padrão fixado, descrevendo as características do objeto padronizado.

Na presente proposição, finalizado o relatório, abre-se prazo para manifestação dos fornecedores, tal medida garante o contraditório e a atualização do procedimento, uma vez que, teoricamente, é possível que existam informações errôneas ou desatualizadas que podem ser corrigidas neste momento e que interferem no resultado da padronização. A dinamicidade do mercado pode gerar alteração do preço, das especificações, ou mesmo a

substituição ou retirada do produto do mercado. Caso o fornecedor questione informações de outro fornecedor e as mesmas sejam consideradas relevantes pela comissão de padronização, poderá ser aberto prazo para que o fornecedor responda às questões apresentadas na manifestação.

O relatório final da comissão não possui natureza vinculante, sendo que a autoridade poderá concordar ou divergir. Em caso de concordância, não há necessidade de motivação da decisão, sendo aceita a declaração de concordância com os fundamentos do relatório que fará parte integrante do ato. Em caso de divergência, terá que apresentar nova proposta de forma motivada que deverá conter os fatos e fundamentos jurídicos que levaram a autoridade a discordar da sugestão apresentada pela comissão.

Poderá ocorrer de a autoridade concordar parcialmente com a sugestão da comissão de padronização e fixar um padrão diferente do sugerido. Isso porque, as características selecionadas podem se apresentar diferentes na decisão, em função de um novo olhar que modifica as razões. Dessa forma, a descrição do padrão poderá conter um número menor ou maior de características em relação à sugestão apresentada pela comissão, embora a autoridade e a comissão tenham se utilizado dos mesmos elementos constantes dos autos para a fixação do padrão, divergindo apenas no sopesamento das razões.

A autoridade também poderá optar pela devolução dos autos para a comissão, para que produza atos necessários ao seu convencimento e decisão. Nesse caso, realizados os atos e emitido novo relatório, os autos retornam à autoridade competente. Após a decisão favorável à instituição da padronização, o ato de instituição do padrão deverá ser publicado, sendo que somente após a publicação é que as compras poderão ser realizadas com base no padrão.

Após a publicação, será incluída a descrição do padrão no catálogo eletrônico que ficará disponível para conhecimento de todos. Há que se destacar que em alguns catálogos consta a descrição das características, com ou sem as marcas correspondentes, para os casos em que não há padronização por marca. Para as hipóteses em que constam as marcas, modelos e tipos, é possível que o catálogo seja alterado após o teste em amostras de outros produtos que possuam as características e cujas amostras não foram enviadas durante o prazo fixado para recebimento ou ainda não se encontravam regulares no mercado.

Uma vez finalizado o procedimento de padronização há a possibilidade de se chegar a dois resultados: a fixação do padrão ou a justificativa da sua impossibilidade. No primeiro caso, a fixação do padrão apresentará as especificações do produto que será objeto de aquisições futuras pelo período determinado.

A fixação do padrão não gera para o fornecedor direito à contratação, apenas expectativa de direito, que se realizará conforme as necessidades administrativas e em obediência ao procedimento legal. Embora não seja gerador de direito subjetivo de contratação, pode ser invocado como fonte de controle de natureza objetiva, pois uma vez fixado, a Administração deverá aplicá-lo, não sendo possível simplesmente ignorá-lo.

São três as formas de desconstituição adotadas no presente trabalho: termo final, revisão e invalidação.

A ocorrência do termo final gera a desconstituição do padrão fixado. Como a padronização é a regra, a Administração terá que, antes de findar o período, decidir se ainda há interesse na compra daquele bem, pois neste caso terá que realizar a revisão do padrão. Existirão hipóteses de desinteresse na manutenção do padrão ou mesmo na sua revisão, em função da desnecessidade de comprar aquele bem.

A revisão do padrão congrega as análises das condições administrativas, técnicas e econômicas relacionadas ao produto que se encontra padronizado para verificar se existem mudanças significativas nas condições que levaram à sua escolha. Como a padronização é instrumento da eficiência, o que se espera é que ao final do período fixado, os resultados tenham sido alcançados, e que novas demandas administrativas surjam, justificando a sua alteração. Poderá ser ordinária quando ocorrer no prazo fixado no regulamento da padronização, e extraordinária, quando ocorrer em função de situações relevantes que interferem diretamente na padronização do produto.

A invalidação irá ocorrer quando existir vício no procedimento de padronização impossível de ser convalidado ou mantido. A invalidação do procedimento de padronização conduz a do padrão fixado. Há que se destacar que, caso já existam compras realizadas com base no padrão, a invalidação não poderá ocorrer de forma unilateral, pois a nulidade não pode ser declarada à revelia dos particulares, em função das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

A invalidação produzirá efeitos prospectivos para as compras governamentais, o que impedirá a Administração de realizar novos contratos de fornecimento com base no padrão desconstituído. Caso a invalidação ocorra antes de qualquer compra, os efeitos serão *ex tunc*, uma vez que não abriga relações jurídicas protegidas pelo ordenamento jurídico.

Já a produção de efeitos pretéritos para atingir relações já constituídas entre a Administração e os fornecedores sofrerá várias limitações, pois existirão relações jurídicas com impossibilidade de reversão do objeto. Pode-se dizer que a invalidação do padrão não terá o condão de invalidar contrato de fornecimento extinto por termo contratual e, quanto aos contratos que estejam sendo executados, dependerá de análise caso a caso, e da norma individual e concreta que será aplicada em cada situação, em virtude dos princípios estabilizadores das relações jurídicas.

A autoridade responsável pela revisão ou invalidação da padronização poderá adotar providências acauteladoras (prévias ou incidentais) ao processo administrativo, que serão adotadas antes ou após a manifestação dos interessados, sendo que a *inaudita altera parte* é considerada medida excepcional utilizada quando o decurso de prazo para a oitiva prévia puder provocar danos irreversíveis ou de difícil reparação. Quando emitida sem oitiva prévia, após a sua concessão deverá ser informado o interessado sobre a medida e permitir sua manifestação ampla, em cumprimento do princípio do devido processo legal.

A decretação de medidas acauteladoras administrativas depende da coexistência de duas condições: *fumus boni juris* e *o periculum in mora*. A suspensão da padronização antes ou durante a sua revisão ocorrerá quando existirem alterações nas necessidades administrativas ou no mercado de produto que tornem inadequada a manutenção do padrão. Já em caso de invalidação, ocorrerá quando tal medida se revelar necessária em virtude da gravidade do vício apontado e dos prejuízos que podem ser causados com a continuidade do padrão.

A suspensão produzirá efeitos prospectivos evitando-se novas compras com base no padrão, até a decisão final do processo administrativo. Teoricamente, também poderão ser suspensos os contratos que estão sendo executados com fundamento no padrão, em conformidade com o art. 45, da Lei 9784/99 e 78, XIV, da Lei 8666/93. Aqui cabe a ressalva de que já foi tratado sobre os efeitos dos contratos administrativos inválidos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução coordenada por Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1999.

ANDRIOLO, Leonardo José. Eficiência e desenvolvimento de recursos humanos nas administrações municipais: considerações à luz da emenda constitucional 19/98 e das teorias organizacionais. *Revista do Tribunal de Contas do Rio grande do Sul*. Porto Alegre, n. 29, p. 117-152, 1998.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/agencia!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hnd0cPE3MfAwMDMydnA093Uz8z00B_AwN_Q_1wkA48Kowg8gY4gKOBvp9Hfm6qfkF2dpqjo6IiAJYj_8M!/dl3/d3/L2dJQSEvUUt3QS9ZQnZ3LzZfQ0dBSDQ3TDAwMDZCQzBJRzVONjVRTzBHSDE!/?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/wps/wcm/connect/Anvisa/Anvisa/Agencia#>. Acesso em: 11 mai. 2011.

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Bosch, 1970, Tomo I.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALFONSO, Luciano Parejo. *Eficacia y administración – tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Publica, 1995.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Especificação da marca no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Centro de estudos sobre licitação e contratos*. Comentário n. 181, 15.09.2011. Disponível em <www.celc.com.br>. Acesso em: 15 mar. 2012.

_____. O princípio da eficiência no direito administrativo. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*. Salvador, n. 5, p. 1-6, março/abril/maio 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.org.br>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

ANDREANI, Antonio. *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*. Pádua: CEDAM, 1979.

ÂNGULO, Astrid Uzcátegui. *Marcas de certificação no sistema jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2010.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O princípio da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 237, p. 1-20, jul./set. 2004.

ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. *Revista do Serviço Público*. Brasília, ano 48, n. 03, p. 104-132, set/dez. 1997.

ASOCIACIÓN MERCOSUR DE NORMALIZACIÓN (AMN). Disponível em: <<http://www.amn.org.br/br/>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE CAFÉ (ABIC). Disponível em: <<http://www.abic.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=2>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). Disponível em: <http://www.abnt.org.br/m3.asp?cod_pagina=929>. Acesso em: 10 mai. 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). Disponível em: <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=4576>>. Acesso em: 2 jan. 2012

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3ª ed. Atual. Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, n. 4, p. 1-24, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em 22 mar. 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios jurídicos*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Princípios constitucionais brasileiros. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 01, p. 168-185, 1993.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de direito da Câmara municipal do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, p. 1-6, 2003. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso: em 02 jan. 2011.

BATISTA JR, Paulo Nogueira. A Alca e o Brasil. *Estudos avançados [online]*. São Paulo, vol.17, n.48, p. 267-293, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142003000200021&script=sci_arttext>. Acesso em: 18 fev. 2011.

BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. *A nova modalidade de licitação: Pregão*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia – Uma defesa das regras do jogo*. Trad. brasileira Marco Aurélio Nogueira. 11ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Política e Constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BRASIL. *Constituição da República*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 14 jan. 2012.

_____. *Decreto n. 7.174, de 12 de maio de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7174.htm>. Acesso em: 10 mar. 2012.

_____. *Decreto n. 7.581, de 11 de outubro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em: 7 mar. 2012.

_____. Exército brasileiro. *CEAS – Catálogo de Especificações dos Artigos de Subsistência*. Separata do B. E. n. 49/2008. DF 5.12.2008. Disponível em: <<http://www.2rm.eb.mil.br/download/CEAS%5B4206251%5D.pdf>>. Acesso em: 9 mai. 2011.

_____. *Lei 10176, de 11 de janeiro, de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10176.htm>. Acesso em: 19 fev. 2011.

_____. *Lei 11947, de 14 de dezembro, de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11947.htm>. Acesso em: 18 fev. 2011.

_____. *Lei 12349, de 15 de dezembro, de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm>. Acesso em: 19 fev. 2011.

_____. *Lei 12462, de 5 de agosto de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 7 mar. 2012.

_____. *Lei 8429, de 2 de julho, de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 3 out. 2011.

_____. *Lei 8666, de 21 de junho, de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 6 nov. 2011.

_____. *Lei 9279, de 14 de maio de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 12 fev. 2012.

_____. *Lei 9503, de 23, de setembro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 1 out. 2010.

_____. *Lei 9784, de 29 de janeiro, de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 1 nov. 2011.

_____. *Lei complementar 123, de 14 de dezembro, de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 18 mar. 2011.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *Sistema Brasileiro de Avaliação de Conformidade Orgânica*. Disponível em: <<http://www.prefiraorganicos.com.br/agrorganica/mecanismosdecontrole/sistemabrasileiro.aspx>>. Acesso em: 10 mai. 2011.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. *Relação nacional de medicamentos essenciais: Rename*. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. 7ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome2010final.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2011.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Comissão Gestora da A3P. MMA/SAIC/DCRS. *Agenda ambiental na Administração Pública*. 4ª ed. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/manual_a3p_4ed_rdz.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2012.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Estatísticas gerais das compras governamentais: número de processos/ itens e valor de compra em 2010*. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/DADOS_GERAIS_DW_2010.pdf>. Acesso em: 20 set. 2011.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Instrução Normativa n. 1, de 12 de maio de 2010*. Disponível em: > <http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/wp-content/uploads/2010/03/Instru%C3%A7%C3%A3o-Normativa-01-10.pdf> > Acesso em: 10 mar. 2012.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Departamento de Logística e Serviços Gerais. *CATMAT - Catálogo de Materiais: CATSER - Catálogo de Serviços: Manual do usuário*. Departamento de Logística e Serviços Gerais. Brasília: MPOG, 2005. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/MANUAL_CATMAT_CATSER_JULHO_2006.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 579541/SP*. Primeira Turma. Relator. José Delgado. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200301298896&pv=01000000000&tp=51>>. Acesso em 1 nov. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 547.196/DF*. Relator Luiz Fux. Primeira Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2356856&sReg=200300199932&sData=20060619&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 56.017/RJ*, 6ª Turma. Rel. Fernando Gonçalves. DJ de 23.06.1997, p. 29.196.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS 407/MA*. Segunda Turma. Relator Humberto Gomes de Barros. DJU de 02.09.1991, p. 11787.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 158543*. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212758>>. Acesso em:
13 out. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 067/1995*. Segunda Câmara Relator
Affonso Martins de Oliveira. Sessão 02/03/1995. Disponível em:
<<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=34>>. Acesso em 2 de agosto de 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 445/2002*. Plenário. Relator Guilherme
Palmeira. Sessão 04/12/02. Disponível em: <
<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 14 set. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 457/2002*. Primeira Câmara. Relator Augusto
Sherman Cavalcanti. Sessão 09/07/02. Disponível em:
<<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso
em: 12 fev. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 453/2003*. Plenário. Relator Adylson Motta.
Sessão 07/05/2003. Disponível em
<<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=27&doc=3&dpp=20&p=0>>.
Acesso em: 10 out. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1521/2003*. Plenário. Relator Augusto
Sherman Cavalcanti. Sessão 08.10.2003. Disponível em:<
<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=9&doc=1&dpp=20&p=0>>.
Acesso em: 8 out. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1713/2003*. Plenário. Relator Guilherme
Palmeira. Sessão 12/11/03. Disponível em:
<<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?>>. Acesso
em: 12 fev. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2844/2003*. Primeira Câmara. Relator Lincoln
Magalhães da Rocha. Sessão 18/11/03. Disponível em:
<<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1437/2004*. Primeira Câmara. Relator
Augusto Sherman Cavalcanti. DOU 15/06/04. Disponível em:
<<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 6 out. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 484/2005*. Plenário. Relator Guilherme
Palmeira. Sessão 27/04/2005 Disponível em:
<OU TC-008.868/2004-0 OU 008.868/04-0 OU TC008.868/04-0 OU TC-008.868/04-
0)[B001,B002,B012,B013]&linkerrorstring=>. Acesso em: 10 out. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.034/2005*. Primeira Câmara. Relator
Marcos Vinícios Vilaça. Sessão 29/11/2005. Disponível em:
<<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 7 mai. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 173/2006*. Plenário. Relator Lincoln Magalhães da Rocha. Disponível em:
<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=22&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 3 set. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 392/2006*. Relator Walton Alencar Rodrigues. Sessão 21/02/2006. Disponível em:
<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-56249&texto=2b4e554d41434f5244414f2533413339322b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303036&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;> Acesso em: 13 mar. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2376/2006*. Plenário. Relator Marcos Vinícios Vilaça. Representação. Sessão 06/12/06. Disponível em:
<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=38&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 6 nov. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 62/2007*. Plenário. Relator Marcos Bemquerer Costa. Sessão 31.01.2007. Disponível em:
<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-61852&texto=2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f2532322b414e442b2b4e554d41434f5244414f25334136322b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303037&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;> Acesso em: 17 mar. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 0481-12/2007-P*. Relator Ubiratan Aguiar. Sessão: 28/03/07. Disponível em:
<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-62906&texto=2b52454c41544f52253341253232554249524154414e2b4147554941522532322b414e442b2b4e554d41434f5244414f2533413438312b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303037&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;> Acesso em: 17 mar. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 539/2007*. Plenário. Relator Marcos Bemquerer. Sessão 04/04/07. Disponível em:
<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=8> >. Acesso em: 6 out. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1427/2007*. Plenário. Relator Benjamin Zymler. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-65372&texto=2b4e554d41434f5244414f253341313432372b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303037&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;> Acesso em: 16 mar. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1698-35/2007-P*. Sessão: 22/08/07. Relator Marcos Vinícios Vilaça. Disponível em:
<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-66008&texto=2b4e554d41434f5244414f253341313639382b414e442b2b4e554d414e4f41434>

f5244414f25334132303037&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;>. Acesso em: 17 mar. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2300/2007*. Plenário. Relator Aroldo Cedraz. Sessão 31/10/2007. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=30&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 02 out. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1113/2008*. Plenário. Relator André Luís de Carvalho. Sessão 11/06/2008. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-71304&texto=3131313325324632303038&sort=&ordem=&bases=ATO-PESSOAL;ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;PROCESSO-EXTERNO;NORMATIVOS;PORTAL-PUBLICO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-71304&texto=3131313325324632303038&sort=&ordem=&bases=ATO-PESSOAL;ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;PROCESSO-EXTERNO;NORMATIVOS;PORTAL-PUBLICO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;)>. Acesso em: 18 mar. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1306/2008*. Plenário. Relator Aroldo Cedraz. Sessão de 02/07/2008. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=39&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 18 out. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1612/2008*. Relator Benjamin Zymler. Sessão 13/08/2008. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=23&doc=2&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 3 set. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 512/2009*. Plenário. Relator Aroldo Cedraz. Sessão 2m 25/03/09. Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=21>>. Acesso em: 3 set. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 693/2011*. Plenário. Relator Ubiratan Aguiar. Sessão 23/03/2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces;jsessionid=0592522030EEC7D733E2558A5DEF5199>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

_____. Tribunal de Contas de União. *Acórdão 860/2011*. Plenário. Relator Ubiratan Aguiar. Sessão 06/04/2011. Disponível em: <[https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=SIDOC-geradoSIDOC_DC06474299P.pdf&texto=6571756970616d656e746f732b6f726967696e616973&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=SIDOC-geradoSIDOC_DC06474299P.pdf&texto=6571756970616d656e746f732b6f726967696e616973&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;)>. Acesso em: 16 mar. 2012.

_____. Tribunal de Conta da União. *Decisão 446/1995*. Plenário. Relator Carlos Átila Álvares da Silva. Sessão 30/08/1995. Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=36>>. Acesso em: 8 out. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Decisão 392/1996*. Plenário. Relator Humberto Guimarães Souto. Sessão 03/07/1996. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Decisão 446/1995*. Plenário. Relator Carlos Átila Álvares da Silva. Sessão 30/08/1995. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=36>>. Acesso em: 8 out. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Decisão 641/1997*. Plenário. Relator Bento José Bugarin. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=2>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Decisão 197/1998*. Segunda Câmara. Relator Iram Saraiva. Sessão 28/04/1999. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=3&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 14 set. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. *Decisão 647/1999*. Plenário. Sessão 22/09/99. Relator Bento Bugarin. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=SIDOC-geradoSIDOC_DC06474299P.pdf&texto=6571756970616d656e746f732b6f726967696e616973&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;>. Acesso em: 16 mar. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Decisão 765/1999*. Plenário. Relator Bento Bugarin. Sessão 27/10/99. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=33>>. Acesso em 1 out. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Decisão 664/2001*. Plenário. Relator Marcus Vinicios Vilaça. Representação. Sessão 29/08/01. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em 5 jun. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. *Decisão 1518/2002*. Plenário. Relator Valmir Campelo. Sessão 06/11/2002. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=DECISAO-LEGADO-33382&texto=2b4e554d41434f5244414f253341313531382b414e442b2b4e554d414e4f41434f5244414f25334132303032&sort=&ordem=&bases=ACORDAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;SIDOC;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Processo 20.605/1991-9*. Relator Homero Santos. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=3>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Processo TC 003.831/2007-1*. Plenário. Relator Marcos Vinicios Vilaça. Sessão 28/02/2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/AcompanharProcesso?p1=3831&p2=2007&p3=1>>. Acesso em: 17 mar. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula 177*. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas/BTCU_ESPECIAL_06_DE_04_12_2007_SUMULAS.pdf> Acesso em: 10 mar. 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. Tribunal de Contas da União. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

BRASIL. Universidade Federal do Ceará. *Padronização de medicamentos e material médico hospitalar. Manual de diluição da MEAC – UFC*. Disponível em: <http://www.meac.ufc.br/farmacia/manual_de_padro.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2011.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

CAMMAROSANO, Márcio. Arts. 5º a 7º da Lei n. 12.462, de 5 de agosto de 2001. In CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei n. 12.462/11): aspectos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 21-39.

CAMPOS, Vicente Falconi. *Qualidade total. Padronização de empresas*. Nova Lima: INDG Tecnologia e Serviços Ltda, 2004.

_____. Vicente Falconi. *TQC – Controle da qualidade total (no estilo japonês)*. Nova Lima: INDG Tecnologia e Serviços Ltda, 2004.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Processo administrativo federal (Comentários à Lei n. 9784, de 29/01/1999)*. 4ª ed. E-BOOK. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2009

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009.

_____. O sobreprincípio da segurança jurídica e a revogação de normas tributárias. In: CARVALHO, Paulo de Barros et al. *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres*, v.3. Barueri: Manole, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COMISIÓN PANAMERICANA DE NORMAS TÉCNICAS (COPANT). Disponível em: <<http://www.copant.org/web/guest/home>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). Disponível em:
<<http://www.normalizacao.cni.org.br/perguntas.htm>>. Acesso em: 4 jan. 2012.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 27, p. 210-217, abr./jul.1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O futuro do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEUTSCHES INSTITUT FÜR NORMUNG E.V. (DIN). Disponível em: <<http://www.din.de/>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Pressupostos do ato administrativo – vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de processo administrativo – Palestra. *I SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – TCMSP*. São Paulo, 29 de set. a 3 de out. de 2003. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/29a03_10_03/4Maria_Silvia1.htm>. Acesso em: 1 nov. 2011.

DIAS, Jeferson Aparecido. *Princípio da eficiência e moralidade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DÓRIA, Sampaio Antonio. *Direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1962, vol. I.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERNANDES, Ciro Campos Christo. Transformações na gestão de compras da Administração Pública brasileira. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Panamá, p. 1-14, 2003. Disponível em:
<<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047330.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

_____. *Sistema de Registro de Preços e Pregão presencial e eletrônico*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERRAZ, Sérgio; DALARI, Adilson. *Processo administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1972.

FERREIRA HOLANDA, Aurélio Buarque. *Novo dicionário eletrônico Aurélio versão 5.0*. Curitiba: Positivo Informática Ltda., 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FLORES, Paulo César. *Controle interno dos bens patrimoniais nos municípios*. Porto Alegre, 2002.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009.

GARCIA, Riter Lucas de Miranda. *Eficiência em órgãos públicos: uma proposta de indicadores*. 2008. 87 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Padronização – Escolha da marca. Inexigibilidade de licitação. *BLC – Boletim de Licitações e Contratos [digital]*. São Paulo, n. 218, p. 1-12, maio/96.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. *Gestão por resultados e eficiência na Administração Pública: uma análise à luz da experiência de Minas Gerais*. São Paulo: EAESP/FGV, 2009, 187 f. Tese de Doutorado apresentada ao Curso de Doutorado de Administração Pública e Governo da EAESP/FGV, Área de Concentração: Transformações do Estado e Políticas Públicas. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/EPPGG/producaoAcademica/tese_Eduardo_Granha.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. *Revista de Direito administrativo*. Rio de Janeiro, n. 183, p. 227-236, jan./mar. 1991.

GROTTI, Dinorá Musetti. *Os serviços públicos e a Constituição brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL (INMETRO). Disponível em: < <http://www.inmetro.gov.br/inmetro/oque.asp> >. Acesso em: 10 mai. 2011.

_____. Disponível em: < <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/prodCompulsorios.asp> >. Acesso em: 28 dez. 2011.

_____. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/qualidade/cerflor.asp>>. Acesso em: 28 dez. 2011.

INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION (IEC). Disponível em: <<http://www.iec.ch/about>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). Disponível em: <http://www.iso.org/iso/about/discover-iso_isos-name.htm>. Acesso em: 18 mai. 2011.

JAPANESE INDUSTRIAL STANDARDS (JIS). Disponível em: <<http://www.jsa.or.jp/eng/about/about.asp>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Catálogo eletrônico de padronização. IN: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.) *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – comentários à Lei n. 12462 e ao Decreto n. 7581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 357-360.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba*, n. 50, abril 2011, Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=50&artigo=528&l=pt>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

_____. Procedimentos auxiliares das licitações e a pré-qualificação. IN: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.) *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Comentários à Lei n. 12462 e ao Decreto n. 7581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 309-337.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACOMBE, Francisco; HEILBORN, Gilberto. *Administração: princípios e tendências*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LARENTZ, Karl. *Metodologia da Ciência do direito*. Tradução José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Editora. 1995.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Globalização, regulamentação e direito do consumidor*. Yale Law School SELA (SEMINARIO EM LATINO AMERICANA DE TEORIA CONSTITUCIONAL Y POLÍTICA). Papers. New Haven: Yale Law School Legal Scholarship Repository, p. 1-17, jan./2002. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=yls_sela&sei-redir=1#search=bens+padronizados+pelo+mercado>. Acesso em: 10 mai. 2011.

MACHLINE, Claude. Gestão estratégica da cadeia de suprimentos: modelos e tendências. *Cadeia de valor na saúde. Compras na área da saúde*. Debates GVsaúde. FGV/SP, n.3, p. 4-6, primeiro semestre de 2007. Disponível em: <http://www.eaesp.fgvsp.br/subportais/gvsaude/Pesquisas_publicacoes/debates/03/29.pdf>. Acesso em: 3 out. 2010.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des) encontros entre economia e direito*. 2006. 235 f. Dissertação de mestrado em ciência jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, - UNIVALI/SC, 2007.

MARINHO, Fernando Viegas. *Licitação: padronização e procedimento*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2006.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as Agências Independentes In SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 72-98.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *R. CEJ*. Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/641/821>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15ª ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 7ª ed. São Paulo: RT, 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: RT, 1981.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Raul Armando. *Comentários ao Estatuto das licitações e contratos administrativos*. São Paulo: RT, 1988.

MENDES, Renato Geraldo. *O regime jurídico da contratação pública*. Curitiba: Zênite, 2008.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *REDAE*. Salvador, n. 10, p. 1-11, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 5 set. 2010.

MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade de pregão*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa: emenda constitucional nº 19/98*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política: legislativa, administrativa, judicial*. (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. Globalização, regionalização, reforma do Estado e da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 211, p. 1-20, jan./mar.1998.

_____. *Legitimidade e discricionariedade* – Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOREIRA, Egon Bockman. *O processo administrativo no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Processo administrativo e princípio da eficiência. In SUNDFELD, Carlos Ari e MUNOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As Leis de processo administrativo – Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 320-341.

MOREIRA, Heloíza Camargo. MORAIS, José Mauro. Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil. *CEPAL – SERIE estudios y perspectivas*. Nações Unidas, Santiago, Chile. Oficina de la CEPAL em Brasília n. 1, 147 p, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 6ª ed. São Paulo: RT, 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Princípio da isonomia na licitação pública*. Santa Catarina: Obra Jurídica, 2000.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei 9784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. S. Paulo: Brasiliense, 1989.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES (OAS). SICE. Sistema de informação sobre comércio exterior. *Dicionário de termos de comércio*. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/dictionary/GP_p.asp>. Acesso em: 17 mar. 2011.

PALMIERI, Marcelo Rodrigues. Amostras nas modalidades tradicionais (concorrência, tomada de preços, convite) e no pregão. *BLC – Boletim de licitação e contratos*. São Paulo, n. 10, p. 940-951, out./2006.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma administrativa: o Estado, o serviço público e o servidor*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*. Campinas, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>> Acesso em: 17 jan. 2012.

QUATRO RODAS. *Melhor compra 2011*. Disponível em: <<http://quatrorodas.abril.com.br/melhorcompra/>>. Acesso em 1 nov. 2011.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Compras: preferências de marca. Princípio da padronização. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al.(Coord.). *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 66-68.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990

_____. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. O princípio da padronização. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ*. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 35, p. 147-157, 2006. Disponível em: <<http://www.emerj.jr.gov.br>>. Acesso em 10 jul. 2010.

ROST, Maria Augusta. As exigências de amostra e de carta de solidariedade. IN: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.) *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – comentários à Lei n. 12462 e ao Decreto n. 7581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 111-125.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

SAE INTERNATIONAL. Disponível em: < <http://www.sae.org>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico – Sistema de Registro de Preços: manual de implantação, operacionalização e controle*. 3ª ed., nos termos do Estatuto das Microempresas (Lei Complementar 123/06). Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SANTOS, Ruthberg. *Pregão Eletrônico: O novo aliado da Administração Pública para redução de custos e garantia da transparência* – Estudo de caso do Banco do Brasil, Região Sudeste e Distrito Federal. XI SEMEAD. Departamento de Administração FEA/USP, p. 1-14, 2008. Disponível em:

<<http://www.ead.fea.usp.br/semead/11semead/resultado/trabalhosPDF/900.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2011.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Considerações acerca da nova lei de licitações e contratos administrativos de serviços de publicidade (Lei nº 12.232/2010). *Fórum de contratação e gestão pública*. Belo Horizonte, nº 106, v.9, p. 30-44, out. 2010.

_____; REISDORFER, Guilherme F. Dias. A exigência de certificação de qualidade na licitação e o RDC. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 59, janeiro de 2012. Disponível em:

<http://www.justen.com.br/pdfs/ie59/ie59_rafael_e_guilherme_rdc.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2012.

_____; REISDORFER, Guilherme Frederico. A exigência de certificação de qualidade nas licitações e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei n. 124632 e ao Decreto n. 7581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 127-137.

SILVA, Jomara Alves; TAVARES JUNIOR Francisco Antônio. Painel 40/156. Planejamento de consumo: avanços e inovações com base na experiência obtida. Modernização no processo de compra: aprendizados, oportunidades e inovações. III CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA. Paraná, p. 1-16, dez. de 2010. Disponível em:

<http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_40/modernizacao_no_processo_de_compras.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2011.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Suzana Tavares da. O princípio (fundamental) da eficiência. III ENCONTRO DE PROFESSORES DIREITO PÚBLICO. Porto, p. 1-30, 30 de Jan. de 2009. Disponível em:

<<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/12441/1/O%20princ%c3%adpio%20da%20efici%c3%aancia.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2011.

SIMÕES, Mônica Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOARES. Evanna. A audiência pública no processo administrativo. *Procuradoria Regional do Trabalho da 22ª Região*, 28 p. Disponível em:

<<http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan34.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2012.

SOUTO MAIOR FILHO. Marcos Antônio. Princípio e processo de padronização e a utilização de marca. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 9, n. 322, p. 1-2, 25 maio 2004. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5220>,>. Acesso em: 8 fev. 2011.

SOUZA, Emerson Ricciardi de; HORST. Myrza Macedo Leite de Lucena. *Sistema de custos no SUS: um panorama situacional*. Brasília, 29 p., 2006. Disponível em: <<http://dtr2004.saude.gov.br/sgcs/Documentacao/RelatorioAnalise.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8666/93 e 8883/94*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo, v. 20, n. 84, p. 64-74, out./dez. 1987.

THORSTENSEN, Vera. O Brasil frente a um tríplice desafio: as negociações simultâneas da OMC, da ALCA e do acordo CE/Mercosul. *Cadernos do Fórum Euro-Latino-Americano IEEI*. Lisboa-São Paulo, p. 1-20, outubro 2001. Disponível em: <http://ieei.pt/files/WP9_VThorstensen.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2011.

TROIB, Alan Garcia. A indicação de marcas ou modelos para a aquisição de bens. In JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei n. 12462 e ao Decreto n. 7581*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 101-109.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Marco legal das licitações e compras sustentáveis na Administração Pública*. Biblioteca digital da Câmara dos deputados. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 23p, 2011. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5704/marco_legal_valente.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22. jan. 2012.

VENÂNCIO, Denilson Marcondes. *O planejamento como fator determinante da boa Administração Pública*. 2010. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZÊNITE. *Informativo Licitações e Contratos – ILC*. Paraná, n. 628, v. 66, ago./99.

_____. *Informativo Licitações e Contratos – ILC*. Paraná, n.768, v.21, nov./95.